



Euthanasia: from crime to right

Eutanasia: de delito a derecho

MARTA ALBERT

Universidad Rey Juan Carlos
marta.albert@urjc.es

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp.2020.24.013>
Bajo Palabra. II Época. N° 24. Pgs: 243-268



Recibido: 15/05/2020

Aprobado: 28/07/2020

Resumen

La proposición de ley reguladora de la Eutanasia actualmente en tramitación parlamentaria no sólo despenaliza la conducta típica, sino que convierte lo que era un crimen en un derecho. El artículo aborda este tránsito desde el punto de vista de la filosofía del derecho, extrayendo algunas conclusiones básicas sobre los problemas que plantea convertir la decisión de morir de delito en conducta jurídicamente exigible.

Palabras clave: Eutanasia. Delito. Derecho.

Abstract

The legislative proposal on Euthanasia, currently at the parliamentary stage, not only decriminalizes the decision to die but also converts a crime into a right. The paper addresses this process from the point of view of the Philosophy of Law, drawing some conclusions about the problems involved in the conversion of the decision to die into a right.

Keywords: Euthanasia. Crime. Right.

Introducción. Algunos problemas reales

EL OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO consiste en analizar el proceso en virtud del cual una conducta considerada delictiva puede convertirse en un derecho, es decir, en una conducta jurídicamente exigible. A priori parece que estaríamos ante un caso “de laboratorio”, pues usualmente tendemos a pensar que un crimen no puede convertirse en un derecho subjetivo, ya que una misma acción no podría pasar de la reprobación social a la protección, defensa y promoción por parte del Estado.

Y a pesar de la extrañeza que pueda causarnos este proceso, no sólo hemos presenciado este fenómeno en nuestro ordenamiento jurídico en el pasado (ocurrió, como veremos, con la interrupción voluntaria del embarazo) sino que es muy probable que asistamos de nuevo a una evolución semejante de la consideración jurídica de una conducta, si finalmente se aprueba la Proposición de ley reguladora de la eutanasia¹. En este caso, además, el paso del delito (homicidio con una responsabilidad muy atenuada) al derecho (a “solicitar la prestación de ayuda a morir”, artículo 4 de la Proposición de ley) se llevará a cabo de modo instantáneo: un mismo texto legal destipificaría la conducta y la elevaría, siempre en determinados supuestos, a la categoría de derecho.

Así, la propia Proposición de ley establece como su objeto el “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” (artículo 1 de la Proposición). En la Exposición de Motivos el legislador es aún más claro: “en definitiva, esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia”.

Como ya ocurriera en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, el nuevo derecho se hace entroncar con derechos fundamentales sí existentes. El discurso

¹ El 24 de enero de 2020 se presentó la Proposición de Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia, por el grupo parlamentario socialista (Iniciativa 122/000020), BOCG de 31 de enero de 2020, actualmente en fase de enmiendas, Cfr. <[– 245](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWA14&PIECE=IWA4&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%281%29.ACIN1.+%26+%28EUTANASIA%29.ALL.&DOCS=1-1> 2020 (22 de abril de 2020). En el anterior período de sesiones el mismo grupo parlamentario había presentado otra iniciativa de contenido muy semejante, denominada “de despenalización” de la eutanasia. El título de la actual proposición reza, en cambio, “de Regulación” de la eutanasia. La nueva iniciativa, como la anterior no solo despenaliza, sino que, en el mismo texto legal, convierte en derecho lo que antes era delito.</p></div><div data-bbox=)

del legislador gira en torno a la necesidad de hacer compatible el derecho a la vida y a la integridad con otros “bienes constitucionalmente protegidos”: la libertad, la dignidad y la autonomía de la voluntad.

Despenalizar, como su propio nombre indica, significa que una conducta deja de estar penada, es decir, deja de ser considerada por el ordenamiento jurídico como acreedora de una sanción. ¿La convierte esto en un derecho?, ¿es la conversión en derecho positivo el destino inevitable de toda conducta destipificada?, ¿por qué pensamos que algo que deja de ser punible puede pasar a ser inmediatamente exigible?, ¿tenemos derecho a algo por el mero hecho de que deje de ser delito?

En las páginas siguientes trataremos de responder a estas preguntas profundizando en las ideas que subyacen, como presupuesto, a estos planteamientos. En primer lugar, me referiré a la despenalización parcial como técnica jurídica, y a los efectos de eludir la sanción de ciertas conductas punibles, realizadas bajo determinada modalidad (normalmente, inimputables *per se*) mediante el mecanismo de la *normalización* jurídica. En segundo lugar, abordaré la noción de derecho subjetivo, haciendo hincapié en las tesis que afirman la existencia de un derecho “a lo torcido” (*right to do wrong*). El estudio de ambos fenómenos nos permitirá entender el paso de delito a derecho. A continuación, examinaremos los problemas conceptuales que este tránsito plantea, para finalizar aludiendo a algunas ideas que pueden ayudar, desde mi punto de vista, a articular una nueva forma de abordar el problema que nos ocupa.

1. Despenalización y protección del bien jurídico

DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO, la conducta humana puede ser considerada bajo la óptica de tres categorías básicas: como algo *prohibido* (la comisión de la acción típica llevará aparejada una sanción penal); como algo *lícito*, es decir, como una conducta que, por no estar expresamente prohibida, puede realizarse sin violar el orden jurídico, pero no cuenta con una protección jurídica especial o, por último, como un *derecho*. En este caso, la conducta deseada no solo puede realizarse, sino que, además, el ciudadano (titular del derecho) puede exigir la realización efectiva de su pretensión frente a terceros y, en última instancia, frente al Estado, con independencia incluso de la voluntad de esos terceros implicados, sobre los que recaerá una obligación estén o no de acuerdo con ella.

El derecho es una realidad esencialmente dinámica que no solo tolera sino exige una cierta circulación de las conductas a través de estas tres categorías básicas. Esto significa que entra dentro de la naturaleza histórica de lo jurídico que una misma acción pueda ser considerada en un determinado momento como delito y, poste-

riormente, deje de serlo (así, por ejemplo, la prostitución, o las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo²) y también puede ocurrir lo contrario, es decir, que el derecho responda castigando conductas anteriormente no penadas o apenas sancionadas (por ejemplo, los delitos vinculados a la violencia denominada “machista” o los nuevos delitos “de odio” tipificados en la reforma del código penal de 2015).

Las conductas se tipifican y las tipificaciones se derogan y esto, sencillamente, revela el hecho de que el derecho penal refleja las opciones axiológicas de sociedades que están vivas y que evolucionan en su moral y en la percepción de los bienes jurídicos que han de protegerse especialmente en cada momento histórico³.

Ahora bien, ¿es igualmente esencial al dinamismo histórico-jurídico que una conducta pase, directamente –o en un lapso escaso- de tipificarse como un delito a ser concebida como un derecho?, ¿algo reprochable puede convertirse en algo exigible?, ¿cómo se produce el paso de delito a derecho?

Comencemos por el tránsito de lo prohibido a lo lícito. Este se realiza a través de la derogación de la tipicidad de una determinada conducta. Es lo que se denomina frecuentemente “despenalización”⁴, entendida como la “decisión de la autoridad tendente a eliminar ciertas conductas del catálogo delictivo de los derechos penales en los Estados⁵.

En la praxis jurídica, la derogación de la tipificación puede ser total o parcial, según queden despenalizadas todas las modalidades tipificadas de una determinada conducta o solo algunas de ellas.

Lo primero ocurrió, por ejemplo, al derogarse el adulterio de la esposa: este dejó de ser delito en cualesquiera circunstancias que rodeasen su comisión. Lo segundo,

² La posibilidad de despenalización de estas conductas dio lugar, como es conocido, al Informe Wolfenden y con él a un debate ya clásico en la Filosofía del Derecho, protagonizado por Lord Devlin y H.L. Hart.

³ Pues aunque aquí hablaremos, y en más de una ocasión, de la moral social y su relación con el derecho penal, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que el derecho penal no protege la moral social, sino exclusivamente bienes jurídicos concretos. Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” en Hefendehl, R., Von Hirsch, A., Wohlers, W., (eds.), *La Teoría del Bien Jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* edición española a cargo de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2016, pp. 433-448. Ahora bien, lo que cada sociedad considere bienes dignos de la protección jurídica y, más aún, de la protección penal, depende, en última instancia, de las valoraciones socialmente dominantes, esto es, de la moral social.

⁴ Algunos penalistas, como Ruiz Vadillo, prefieren emplear el término “descriminalización” para hacer referencia a “todo proceso o decisión legislativa en virtud de los cuales se extrae del Código o de una ley penal una conducta en ellos incluida, eliminando, por tanto, de forma definitiva, la posibilidad de asociar a la misma una pena. Se trata, en suma, del fenómeno inverso a la tipificación o criminalización”. Se reserva entonces la palabra “despenalización” para significar “una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena (...) una desescalada en el sistema punitivo”, vid., Ruiz Vadillo, E., “Descriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización” en *Eguzkilore*, 13, marzo 1999, pp. 97-104, p. 100.

⁵ Medina Jara, R., “Despenalización o reforma penal. Algunos rasgos en la Ley 19450”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, (1996), pp. 331-337, p. 331.

en cambio, ocurrió cuando se despenalizó el aborto, de modo que únicamente determinados supuestos de comisión de la conducta típica resultaban exentos de sanción⁶. La Proposición de ley reguladora de la eutanasia, por su parte, plantea una despenalización parcial del homicidio, que solo dejaría de ser delito en el caso en que la conducta del antes homicida encaje dentro de los supuestos que la nueva regulación establece como integrantes del “derecho a recibir la ayuda a morir”.

En estos casos, el objetivo que se persigue es mantener la tipificación, contemplando excepciones a la sanción. La despenalización parcial no es la única manera de lograrlo. Es la única que requiere la intervención del legislador. Como ha señalado el Tribunal Constitucional: “el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una *carga insostenible*, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos”⁷.

¿Cuál es la otra posibilidad que permite la protección del bien jurídico excluyendo la sanción por su violación en aquellas ocasiones en que respetarlo “representara una carga insostenible”? En principio, la propia dinámica de la aplicación del derecho en sede judicial. Si la despenalización se caracteriza por su carácter general (por el establecimiento generalizado de excepciones a la prohibición), esta otra posibilidad que comentamos deja el protagonismo a la actividad judicial, que, mediante el empleo de circunstancias eximentes, agravantes o dirimentes, aprecia, caso por caso, la existencia de excepciones al establecimiento de la sanción prevista genéricamente.

Si de lo que se trata es de mantener la protección del bien jurídico que la prohibición genérica permite, pero renunciando a la sanción penal cuando la conducta signifique “una carga insostenible” para quien habría de llevarla a cabo, realmente

⁶ El artículo 417 bis del Código Penal contemplaba los tres supuestos como sigue: a) Que sea necesario, para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien, o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso (aborto terapéutico).

b) Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado (aborto ético).

c) Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto (aborto eugenésico).

⁷ STC 53/1985, de 11 de abril. Fundamento jurídico 9. Subrayado nuestro.

cabe cuestionarse la necesidad de que entre el juego el legislador, pues es de suyo antijurídica la exigencia de responsabilidades a quienes no están en condiciones de cumplir con lo establecido en la norma.

Como señala Ollero, el conflicto más extremo, en este sentido, se expresa en la apreciación de la eximente de estado de necesidad. Si no se trata de alterar el bien jurídico, ¿es realmente precisa la intervención del legislador?, ¿no podría dejarse la determinación de la responsabilidad jurídica a la propia actividad judicial de aplicación del derecho, que ya contempla la posibilidad de que no resulten penadas las personas que no son susceptibles de imputabilidad?

La cuestión es sumamente relevante debido al hecho de que la intervención del legislador provoca ciertos efectos que están ausentes en la solución judicial, y que tienen que ver con la fuerza con la que continúa defendiéndose el bien jurídico más allá de la despenalización parcial de ciertas conductas típicas encaminadas a su protección.

En palabras de Ollero, al despenalizar (en sentido estricto) determinadas conductas dentro de un tipo, el legislador asume “el negativo coste social que su dimensión “pedagógica” llevará inevitablemente consigo”⁸. Ese “negativo coste social” tiene que ver con la normalización (literal) de la excepción, es decir, con el hecho de que lo que se consideraba excepcionalmente no punible se convierte en una acción normalizada. Las excepciones, “con la ayuda del patrón de la norma”⁹ se convierten en conductas normativas, con el consecuente debilitamiento de la prohibición reflejada en el tipo. Y, el siguiente paso, como veremos a continuación, es la confusión del permiso explícito con el derecho subjetivo.

Ciertamente, cuando la tarea de excluir la sanción en determinados casos (los que representan una “carga insostenible”) se encomienda al juez, resulta evidente que ese debilitamiento de la protección del bien jurídico no se produce. El inconveniente radica en que la exención de la responsabilidad no se produce de forma automática en los casos considerados excepcionales, sino que ha de mediar un proceso judicial en el que el juez valore que, efectivamente, se dan las circunstancias necesarias para excluir o minimizar la sanción, con el consiguiente coste para el ciudadano que ha cometido la conducta típica en las especiales circunstancias que le eximirían (o no, pues acaso el juez no lo contemple) de la responsabilidad penal.

En el caso del empleo de la despenalización normativa, desaparecen los costes (obviamente, no solo económicos) del proceso, y desaparece igualmente la incertidumbre sobre la exención misma de la responsabilidad penal, que, no habiendo

⁸ Ollero Tassara, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2006, p. 94.

⁹ *Ibid.*

derogación expresa del tipo, corresponde en principio (y salvando, por supuesto, la presunción de inocencia) a quien asume la comisión del delito. A cambio, como acabamos de poner de manifiesto, la protección del bien jurídico se ve debilitada, por el efecto inevitablemente pedagógico de la normalización de la exención de la sanción en ciertos casos.

Teniendo presente este trascendente efecto de la despenalización parcial de las conductas, cabe preguntarse, ¿es la moral social jurídicamente relevante la que determina la “salida” del código penal de determinados tipos, o es la despenalización de conductas lo que provoca su consideración social de normalidad o, incluso, de obligatoriedad?

La referencia al clásico debate sobre la relación entre derecho y moral social es, en este caso, prácticamente ineludible. Resulta obvio que, haciendo referencia a las categorías anteriormente mencionadas, una conducta despenalizada deja de ser delito para convertirse en una actuación lícita, pero la despenalización, por sí misma, no puede implicar la conceptualización de la conducta como un derecho subjetivo.

Sin embargo, no es infrecuente en la praxis jurídica que conductas despenalizadas comiencen a ser consideradas por la opinión pública como derechos subjetivos, en medio de no escasa polémica. Piénsese, por ejemplo, en el caso anteriormente citado de la interrupción voluntaria del embarazo. No hizo falta que trascurrieran demasiados años desde la despenalización de 1985 para que la conducta en cuestión fuera considerada una prestación sanitaria exigible por parte de las mujeres.

La reciente proposición de ley de regulación de la eutanasia apela ya desde la Exposición de Motivos a la existencia de una demanda social que reivindica la existencia de un derecho a morir. La ley vendría a hacer que el derecho se acompasara a la realidad social.

Ollero se preguntaba, con relación al caso del aborto, “en qué medida lo que se presenta como una mera despenalización excepcional de determinadas conductas no acaba confiriendo en la práctica a éstas carácter de derecho, e incluso de derecho fundamental. Prueba de ello sería que la despenalización –aunque presuntamente no legaliza conductas ni confiere derechos- llega a atribuir a terceros (los médicos) deberes específicos; y de tal alcance que les obligaría a refugirse en lo excepcional (la objeción de conciencia) si quieren negarse a realizar una conducta –en teoría- excepcionalmente despenalizada, que –en la práctica- se les acaba presentando normalmente como obligatoria”¹⁰.

¹⁰ Ollero Tassara, A., “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, en Massini, C.I., y Serna, P., (Eds) *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 279.

La respuesta a la pregunta es clara en el caso de la eutanasia. Como ya se ha señalado, la actual proposición de ley no solo modifica el artículo 143.4 del Código penal, sino que crea un nuevo derecho, el derecho a la eutanasia o a “ser ayudado a morir”.

La despenalización, por tanto, posee, como mínimo, un claro efecto normalizador de la conducta que deja de ser típica. La pregunta que surge es si el legislador no se plantea un objetivo más ambicioso: alterar la percepción social de una determinada acción, que no solo deja de formar parte del código penal, sino que comienza a ser considerada como una conducta exigible, fruto de un cambio operado en los valores sociales dominantes bajo el efecto pedagógico del código penal.

2. Right to do wrong: autonomía individual y neutralidad estatal

DE ESTA MANERA, comprender correctamente qué sea un derecho subjetivo deviene cuestión esencial. En teoría, como hemos señalado, una conducta que deja de ser considerada delito no se convierte por ello en un derecho. Pasa a ser considerada lícita, pero no exigible. Sin embargo, las cosas distan mucho de ser tan claras. En la praxis ya hemos visto que la despenalización, normalizando las excepciones a la protección del bien jurídico, alimenta la idea de que lo despenalizado ha de ser obligatorio (está en la norma). En el caso que nos ocupa, además, el propio legislador, en un mismo acto, despenaliza y convierte en derecho la conducta despenalizada.

Preguntémosnos qué ocurre en el ámbito teórico, qué concepciones del derecho subjetivo dan cabida a la consideración de una conducta meramente despenalizada como exigible.

Nos centraremos a continuación en dos ideas esenciales que impregnan ciertas teorías sobre el derecho subjetivo, si no dominantes, sí al menos bien extendidas en el debate académico contemporáneo.

La primera es la desvinculación de la existencia de un derecho con la de razones para obrar la conducta que el derecho protege, y la consiguiente vinculación del derecho con la autonomía individual y la capacidad de toma de decisiones. La segunda se centra en la categoría de *liberty rights*: por una parte, esta categoría sugiere que contar con un permiso explícito para realizar una conducta lícita nos introduce en el ámbito de lo exigible, al hablar expresamente de *rights*; por otra, aunque sea de manera meramente semántica, aumenta la confusión entre libertades y derechos, y de algún modo allana el camino que media entre algo lícito (aún expresamente lícito) y algo exigible frente a terceros.

Una especial atención merece, en este sentido, el debate académico sobre la existencia de un *right to do wrong*, es decir, de un derecho “a lo torcido”¹¹.

Waldron fue el primero en defender la existencia de un derecho “moral”¹² a hacer lo equivocado. En sus propias palabras: “es necesario insistir en que tanto las acciones erróneas como las correctas y las que son indiferentes pueden ser objeto de derechos morales. De esta forma, el conjunto de acciones que pueden subsumirse bajo nuestros derechos puede incluir acciones que podrían ser estúpidas, cobardes, desconsideradas, destructivas, dispendiosas, engañosas y simplemente erróneas, así como acciones sabias, valientes, cultas, compasivas, creativas, honestas y buenas”¹³.

La razón de fondo radica, a mi juicio, en que para Waldron la moralidad de los derechos tiene como finalidad fundamental la protección de las elecciones personales, es decir, la protección de la autonomía personal¹⁴. Cosa distinta es la moralidad de lo que es correcto o incorrecto, que tiene por objeto orientar esas elecciones.

De esta forma, bajo la afirmación de que alguien tiene derecho a realizar una determinada acción opera la idea de que el abanico de opciones dentro de las que la acción en concreto se ubica “representa un área de decisión importante para la persona”¹⁵. Existen, afirma Waldron, algunos tipos de elección y algunas áreas clave de toma de decisiones que tienen una especial importancia para la integridad individual y para la propia identidad¹⁶. Obviamente, no todos los tipos posibles de decisión son iguales ni merecen la misma protección jurídica, pero, al margen de esta consideración “material”, el derecho al error sería, en todo caso, un auténtico *claim right*, y no una mera posibilidad fáctica de elegir entre diversos cursos de acción¹⁷.

¹¹ Así lo ha traducido Andrés Ollero, manteniendo en nuestro idioma el juego de palabras, en su breve ensayo “El derecho a lo torcido”, en Puig, Valentí (ed), *El fraude del buenismo*, Madrid, FAES, 2005, pp. 63-77.

¹² La paradójica expresión “derecho moral” es propia del debate anglosajón sobre los derechos, y con ella quieren significarse aquellos derecho cuya vinculatoriedad no se fundamenta en el derecho positivo (a diferencia de los *legal rights*) sino en su intrínseca juridicidad.

¹³ “It is necessary to insist that wrong actions as well as right actions and indifferent actions can be the subject of moral rights. So the clusters of actions that we find subsumed under our general rights are likely to include, in the circumstances that face us, actions that would be stupid, cowardly, tasteless, inconsiderate, destructive, wasteful, deceitful, and just plain wrong, as well as actions that are wise, courageous, cultured, compassionate, creative, honest, and good”, Waldron, J., “A right to do wrong”, *Ethics*, 92, 1, 1981, pp. 21-39, p. 37.

¹⁴ “I have spoken as if the morality of rights and the morality of rightness and wrongness -the morality that gives rise to statements like 1 and the morality that gives rise to statements like 2- were distinct. And so they are, for they have distinct functions: the former has the function of protecting choices and the latter the function of guiding them”, *Ibid.*, p. 37. El subrayado es nuestro. La misma tesis puede encontrarse en Herstein, O.J., “Defending the right to do wrong”, en *Law and Philosophy*, 2012, 3, pp. 343-365, DOI 10.1007/s10982-011-9126-x, p. 344.

¹⁵ “That is why the claim that someone has the right to perform one particular action does not stand alone: the claim is understood in the light of the more general proposition that the range of options in which that action is located represents an important area of choice for that person”, *Ibid.*, p. 35.

¹⁶ There are certain types of choice, certain key areas of decision making, which have a special importance for individual integrity and self-constitution, *Ibid.*, p. 34.

¹⁷ Para la diferencia entre *liberty rights* y *claim rights*, vid., Hohfeld, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press; Finniss, J. *Natural Law and Natural Rights*. New York/Oxford, Clarendon Press, 1980, p.199.

No entiende Waldron, por tanto, que el *right to do wrong* pudiera ser una mera libertad, sino que lo considera un auténtico derecho. Tener una libertad quiere decir que se cuenta con un permiso explícito para la realización de una determinada conducta. Ese permiso no se extiende, no obstante, a la posibilidad de obligar a otros a colaborar para la consecución o el efectivo cumplimiento de la pretensión esgrimida por quien está en posesión de una libertad, aunque sí al poder de impedir su interferencia en nuestra acción si desearan impedir que la realizáramos.

Cuando se ejercita un *claim right*, en cambio, otras personas pueden verse obligadas a contribuir a la realización de la conducta en cuestión, y desde luego ninguna estará autorizada para impedir de ninguna forma la satisfacción de la prestación.

Para Waldron, el hecho de que pueda existir un derecho moral a la realización de algo inmoral implica que el *right to do wrong* se concibe como un *claim right*. El fundamento último descansa, como hemos señalado, en la fuerza de la autonomía como elemento legitimador de conductas¹⁸.

Idéntica tesis sostiene Herstein, para quien: “un derecho al error debe corresponderse con deberes que surgen para otros, que no necesariamente han de ser deberes “negativos” de no interferencia. Conceptualmente, un derecho puede tener como correlato deberes “positivos” para facilitar, hacer posible y realizar aquello a lo que otro tiene derecho”¹⁹. Por lo que resulta evidente que: “en términos hohfeldianos el presunto derecho moral al error moral debe concebirse como un auténtico derecho –claim right”²⁰.

Lógicamente, esta concepción de la moralidad de los derechos los desvincula de las razones en virtud de las cuales se ejercen, es decir, de todo el discurso sobre las razones para la acción. Las razones se vuelven algo completamente irrelevante a la hora de conceptualizar y evaluar el ejercicio de un derecho. Para Waldron, el hecho de que alguien tenga el derecho de llevar a cabo una acción concreta no le proporciona una razón para llevar a cabo dicha acción. El derecho de llevarla a cabo le confiere una potestad de decidir en el ámbito dentro del que se circunscribe la acción, nada más. No implica la idea de que existan razones operantes sobre mí para llevarlo a cabo²¹.

Esta desvinculación entre la atribución de derechos y las razones para ejercitarlos (o no) nos conduce a una tesis en la que Waldron no se detiene, pero que, desde mi

¹⁸ Williamson, J., *Against the right to do wrong*, p. 1, https://www.academia.edu/3678472/Against_the_right_to_do_wrong?auto=download

¹⁹ “While a right to do wrong must correspond to some duty in others, it need not necessarily correspond to the ‘negative’ duty of non-interference. Conceptually, a right may also correlate to ‘positive’ duties to facilitate, enable, and realize what one has a right to”, Herstein, O.J., *op. cit.*, p. 344.

²⁰ “In Hohfeldian terms the presumed moral right to do moral wrong is best conceived of as a claim-right”, *Ibid.*, p. 345.

²¹ “That is why the fact that an individual has the right to perform some particular action does not in itself provide a reason for his performing that action. For the claim that he has the right to perform it refers us to the wider area of decision, in which the action is located and in which alternatives are available and asserts only that his decision making in this area is to be protected. To protect decision making is not to provide a reason for the making of any particular decision”, *Ibid.*, p. 35.

punto de vista, no puede separarse de la concepción de los derechos que defiende: se trata de la supuesta neutralidad ética estatal.

Como cabe observar, según Waldron, cuando el legislador reconoce un derecho, no está advirtiendo, en ningún sentido, sobre la bondad o maldad moral de la acción que resulta especialmente protegida por el ordenamiento jurídico. Simplemente, está reconociendo que, en ese concreto ámbito, el poder de decisión debe recaer sobre el individuo, y no sobre el Estado, que, en consecuencia, se limita a jugar un papel neutral, garantizando posibilidades de elección.

Por este motivo, quien pretendiera oponerse al reconocimiento de un derecho subjetivo basándose en razones materiales contrarias a su consideración como conducta jurídicamente digna de protección por el derecho, estaría argumentando erróneamente, al partir de un presupuesto equivocado. No se trata, desde esta perspectiva, de que el derecho considere que hay conductas “buenas” o “mejores” que deben protegerse jurídicamente, sino, más bien, de que hay ámbitos de la vida humana en los que el Estado debe abstenerse y dejar el poder de decisión en manos del individuo.

Pero paradójicamente, esta exigencia necesita de una intervención del Estado, supuestamente neutral, para reconocer al ciudadano la capacidad de llevar a cabo su decisión, sobre todo, cuando esta no consiste en una conducta omisiva.

Empleando el ejemplo de la eutanasia, cabría afirmar que, al convertir la propia muerte en un derecho, lo único que el Estado hace explícito es su convicción de que la decisión (de ciertas personas en determinadas circunstancias) de cómo y cuándo morir, debe dejarse al arbitrio del individuo.

En definitiva, el fundamento último, desde mi punto de vista, de la existencia del derecho “a lo torcido” radica en la autonomía personal y en la convicción de que el derecho ha de servir, por encima de otros fines, al fortalecimiento de tal autonomía y a su desenvolvimiento a lo largo de la vida de las personas. En el trasfondo, claro está, la idea expuesta, entre otros por Dworkin, de la existencia de un derecho a la “independencia moral”²².

3. De delito a derecho: un camino no tan largo

ALGO APARENTEMENTE TAN PARADÓJICO como la transformación de una conducta reprobable penalmente en otra digna de protección puede entenderse mejor si la

²² Cfr. Dworkin, R., “Is There a Right to Pornography?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1.2, 1981, pp. 177-212. Para una interesante crítica a esta posición, vid., George, R. P., *Making Men Moral*, Oxford, Oxford University Press, 1993, chapter III.

contemplamos a la luz de las ideas que subyacen en los dos epígrafes anteriores. En primer lugar, opera la convicción de que la defensa del bien jurídico no se resentirá por el hecho de que la sanción penal se exceptúe, mediante ley, en determinados supuestos. Sin embargo, el efecto pedagógico de la norma provoca inevitables resquebrajamientos en la protección jurídica del bien. Y, puesto que se autorizan legalmente determinadas conductas, estas terminan generando auténticos deberes en terceros lo que, desde mi punto de vista, nos permite hablar de la existencia de un derecho.

Si a esto se suma la noción del derecho como algo que no tiene en principio nada que ver con el contenido material de la pretensión esgrimida, sino únicamente con esferas de la vida en las que la libre decisión es fundamental, entonces resulta mucho más fácil la conceptualización como derecho de acciones previamente calificadas de delito, puesto que el carácter reprobable de la acción es indiferente para su conceptualización como derecho. El énfasis deja de residir, en el nuevo esquema del *right to do wrong*, en la naturaleza de la conducta que se vuelve exigible. Lo decisivo es si, en el ámbito al que pertenece el derecho, es importante para las personas tener capacidad de decisión.

De esta manera, destipificando lo que, como veremos a continuación, vendría a corresponderse con estados de necesidad, se convierte esta clase de comisión del delito en una actuación legalizada y, de ahí, en la práctica, e incluso en la propia ley, la encontramos convertida en un derecho.

Bien pero, ¿hablamos en todo caso de un verdadero derecho?, ¿cuándo y cómo hemos dado el paso de tener el poder de impedir que otros interfieran en mi libertad, a tener el poder de obligar a otros a actuar positivamente en pro de la efectiva garantía de mi pretensión?

Me parece muy esclarecedor el pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hass v. Suiza*. En él la Corte enfoca la cuestión de la existencia de un “derecho a decidir en qué circunstancias y en qué momento la vida debería acabar” como parte del artículo 8, desde el punto de vista de si existe “una obligación positiva del Estado encaminada a la adopción de las medidas necesarias para permitir el suicidio asistido” (par. 51 & 53).

El Tribunal pone acertadamente el foco en la existencia o no de obligación del Estado o de terceros a la hora de analizar si existe o no un derecho subjetivo al suicidio asistido. Tal derecho no podría ser proclamado si los deberes que de él se dedujeran resultaran antijurídicos. Tan antijurídicos como el deber de matar, aun mediando el consentimiento de la víctima.

Los letrados del Sr. Hass habían intentado demostrar que para que su cliente pudiera ejercitar adecuadamente (sin intromisiones) su derecho a la vida privada

personal era precisa una intervención estatal que, autorizándole a él (u obligando a los jueces) hiciera posible en este caso, la dispensación mediante receta de la sustancia letal que le autorizaría a suicidarse, dándole así el poder de decidir, en el ámbito de su derecho a la vida privada, dónde y cuándo morir.

Sin embargo, el Tribunal desmontó la existencia de semejante capacidad de decisión, fundándose, como acabamos de señalar, en las consecuencias que la existencia de este derecho traería consigo. Esas consecuencias son, además, consideradas a la luz de una visión de conjunto del ordenamiento jurídico, de su construcción como Estado de Derecho, del significado del respeto a la vida humana en este contexto, etc²³.

Como vemos, para evitar el tránsito no legítimo de las libertades a los auténticos derechos es preciso superar una visión atomista del derecho ejercido en el caso concreto y considerar en cambio, que todo derecho cobra sentido en el ámbito de una relación social que involucra a otros. Si no es así, el camino de lo prohibido a lo exigible se convierte, efectivamente, en un camino más corto de lo esperable.

4. Ininteligibilidad del derecho y otros problemas

Hemos visto cómo la idea de la despenalización como normalización de la excepción y la idea de derecho como protección jurídica para obrar incluso lo erróneo contribuyen a acortar distancias entre delito y derecho y a explicarnos cómo es posible este aparentemente paradójico proceso en virtud del cual un crimen deviene conducta exigible.

Desde mi punto de vista, esta comprensión del proceso que va del delito al derecho plantea dos inconvenientes importantes en términos conceptuales (que obviamente tienen, antes o después, su reflejo en la práctica).

Del primero ya hemos hablado, se trata del debilitamiento progresivo y prácticamente irrefrenable del tipo penal que resulta parcialmente despenalizado, cuando el objetivo de dejar sin sanción la conducta realizada bajo cierta modalidad se lleva a cabo por la vía de la legalización, (de forma no total pero sí en buena medida gra-

²³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció posteriormente, en el caso *Gross v. Suiza* (2013), a favor de la inclusión de la pretensión de morir dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada. La sentencia del caso *Gross* es la única expresamente citada en la Exposición de Motivos de la Proposición de ley reguladora de la Eutanasia. Seguramente el legislador ignora el hecho de que esta sentencia fue declarada nula por el propio Tribunal Europeo 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", en *Medicina e Morale* 2014/6: pp. 1027-1045.

tuita, pues no hay supuesto despenalizado que no sea reconducible a una eximente de la responsabilidad). Esto introduce evidentes riesgos en términos generales para la protección del bien jurídico que se pretendía defender, y no únicamente en los casos afectados por la despenalización.

La inconsistencia de la voluntad de mantener la protección del bien jurídico (en el caso de la eutanasia, la vida humana) y despenalizar legalmente ciertos supuestos de violación del mismo nos invita a plantearnos, como hacíamos anteriormente, si no habrá en el trasfondo un proyecto de ingeniería social que comienza con la despenalización, lo que sería extremadamente llamativo en el contexto de una concepción de los derechos que se justifica en el deber del Estado de mantenerse en una posición éticamente neutral. Dejaremos meramente enunciada esta interrogante, para centrarnos en el segundo de los problemas que debemos afrontar.

El segundo inconveniente radica en que la forma de entender los derechos que subyace en esta concepción termina por convertirlos en una categoría básicamente ininteligible.

Tanto Waldron como Herstein parecen haber probado la consistencia lógica de la tesis de la existencia de derechos morales a hacer lo inmoral, y, a mi juicio, no han fracasado en su intento. Personalmente me adhiero a la crítica de Robert P. George, cuando advierte que, en cualquier caso, la existencia de un deber de no interferencia por parte del Estado, garantizado por la ley, no implica necesariamente la existencia de un derecho al error, puesto que hay otras razones que justifican esa no intervención estatal, fundamentalmente, razones de prudencia, que, en determinados casos, pueden existir para justificar la no prohibición de algo moralmente incorrecto. Lo que no se justifica es que el derecho a hacer el mal sea el correlato lógico del deber estatal de no intervención²⁴.

Mi discurso ahora tiene como objetivo demostrar una imposibilidad conceptual entendida más ampliamente de lo que esta discusión entre Waldron y George refleja.

¿En qué sentido afirmo que esta concepción de los derechos los vuelve ininteligibles? En primer lugar, quiero significar que resulta prácticamente imposible distinguir lo exigible de lo lícito, y, por tanto, entender qué es tener un derecho. Si tenemos derecho a todo lo que no esté expresamente prohibido, o a lo que ha sido expresamente permitido²⁵, entonces casi todo podría llegar a ser un derecho, lo que obviamente implica no solo una devaluación de la categoría, sino la imposibilidad de identificarla adecuadamente separándola de otras categorías jurídicas, como lo lícito.

²⁴ George, R. P., *op. cit.*, pp. 118-122.

²⁵ La despenalización funciona como un permiso expreso y creo que realmente cuando Ollero se refiere a derecho a lo no prohibido los casos que cita están más cerca de supuestos de permiso explícito.

Es preciso mantener viva y lo más clara posible la diferencia entre ejercer un derecho y actuar dentro del ámbito del “agere licere”. El propio Tribunal Constitucional español lo ha puesto de manifiesto con ocasión de sus pronunciamientos en torno a la alimentación forzosa de los presos del GRAPO en huelga de hambre. Con relación al derecho a la vida, el Tribunal nos recuerda que no es lo mismo la posibilidad de disposición fáctica sobre la propia vida que la existencia de un derecho a morir, que implicaría la capacidad de comprometer a terceros y, en última instancia, al Estado, en la garantía de la realización efectiva de la prestación. Literalmente: “el derecho a la vida [tiene] un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del “agere licere”, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”²⁶.

No tenemos derecho, por tanto, a todo cuanto no está prohibido. La ausencia de prohibición implica la posibilidad fáctica de actuar, pero no el respaldo jurídico en la forma de concesión de derechos. Éste respaldo tampoco existe cuando la ausencia de prohibición se ha manifestado explícitamente, por ejemplo, durante un proceso de despenalización. La despenalización, a diferencia de la mera ausencia de prohibición, visibiliza la posibilidad de llevar a cabo la conducta en cuestión como algo no sancionable jurídicamente. Pero ni siquiera este permiso explícito la convierte en algo parecido a un derecho. Como mucho, estaríamos hablando, en el lenguaje del debate anglosajón, de una libertad, pero no de una conducta exigible jurídicamente.

En segundo lugar, la ininteligibilidad de la categoría misma de derecho trae causa del hecho de que los derechos morales encuentren su fundamento en la autonomía de la voluntad y no en la razón o en la razonabilidad de la pretensión. Al hacer descansar la existencia de derechos en la autodeterminación personal (¿por qué tengo derecho a morir?: “para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida”²⁷), cuando explícitamente se descarta la existencia de un bien para la persona que diera razón de sus derechos, estos se asientan sobre algo tan poco inteligible

²⁶ STC 120/1990, de 27 de junio (HH1).

²⁷ Exposición de Motivos de la Proposición de ley Reguladora de la Eutanasia.

como la voluntad inspiradora de un proyecto de vida personal que puede construirse de forma completamente arbitraria. Los derechos se vuelven, no inmorales, sino sencillamente opacos para cualquiera que pretenda aprehenderlos racionalmente, al vincularse a la voluntad y desvincularse de las razones.

La devaluación y la escasa inteligibilidad de los derechos, así concebidos, puede expresarse denunciando la crisis de un elemento que tradicionalmente se había considerado esencial en la configuración del derecho subjetivo: me refiero al justo título que legitima su ejercicio.

Por “título” en sentido estricto entendemos todo “documento o acto jurídico que sirve de fundamento legal para el ejercicio de un derecho”²⁸. En este contexto, apelar a la necesidad de que todo derecho se base en un justo título tiene el sentido de la apelación a razones que den cuenta de la existencia de algo tan serio como un derecho subjetivo, y, sobre todo, de la existencia de un deber en un tercero, que deberá contribuir tanto si lo desea como si no, con la efectiva realización de la conducta de que se trate.

Para que exista un derecho es preciso, como señala Ollero en su crítica a Waldron, la existencia de un “justo título como fundamento de todo derecho”, que justifique la existencia de un deber en terceros y en última instancia, en los poderes públicos²⁹.

Además, al convertir al individuo y su capacidad autónoma de decisión en el centro neurálgico del discurso sobre los derechos, proclamando la neutralidad ética del Estado, se olvida algo esencial, a saber: que si hay alguien que *siempre* decide, ese es el propio Estado. La idea de que es la necesidad de dotar al individuo de la capacidad de decidir sobre determinadas esferas de su vida oculta o hace menos diáfano para ese mismo ciudadano el hecho de que este planteamiento, en sí mismo, es ya una decisión, y una decisión que él no ha tomado, que se le ha hurtado por completo en nombre de su propia libertad y de la garantía de sus derechos.

5. Algunas ideas para otra comprensión del delito y del derecho

LA EXISTENCIA DE LOS PROBLEMAS recién apuntados nos obliga, de alguna forma, a tratar de formular una alternativa. Nos limitamos aquí a exponer cuatro ideas que, desde mi punto de vista, podrían rescatar la inteligibilidad de la noción de derecho

²⁸ <http://dej.rae.es/#/entry-id/E259430>

²⁹ Ollero Tassara, A., “El derecho a lo torcido” en Puig, Valentí (ed), *El fraude del buenismo*, Madrid, FAES, 2006, p. 68.

subjetivo y contribuir a una mejor comprensión de su relación con el delito y, en particular, con el delito sin pena.

1. Hemos de comenzar, como es debido, por los fundamentos. La primera idea que creo no debemos en absoluto desterrar, pero sí reubicar en el mundo jurídico es la de la autonomía individual. El *logos* del derecho no consiste en el desenvolvimiento de la propia autonomía sin daños para terceros, sino en el acto de dar, a cada uno, su derecho, aquello que objetivamente merece, en el contexto de una relación con los demás y con la comunidad fuera de la cual toda noción de derecho se vuelve confusa³⁰.

A partir de este presupuesto, evitar los efectos perjudiciales del paso del delito al derecho subjetivo exigiría, desde mi punto de vista:

2. Revisar en profundidad la oportunidad y la necesidad del empleo de la técnica de la despenalización parcial de conductas típicas. Como hemos podido comprobar hasta aquí, a menudo “la despenalización solamente es un eufemismo, que camufla la contradicción hasta que los conflictos que se querían evitar se desencadenan”³¹.

La doctrina penal de forma mayoritaria entiende, para el caso del aborto, que los supuestos despenalizados en el artículo 417 bis del Código penal se corresponden con estados de necesidad entendidos como causa de justificación, o, al menos, como una manifestación del principio de ponderación de intereses³².

De hecho, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 53/1985, legitima el recurso a las indicaciones refiriéndose a la imposibilidad de que a través del derecho se obligue a la realización de conductas “heroicas”. Es decir, plantea claramente el problema como un conflicto de intereses entre la mujer gestante y la vida intrauterina (que, como es sabido, constituye el bien jurídico que explica la existencia del tipo en este caso).

Si las indicaciones se corresponden, básicamente, con estados de necesidad y se legitiman en la medida en que eliminan la sanción para casos “insoportata-

³⁰ Cfr. Cotta, S., ¿Qué es el Derecho?, trad. De José Joaquín Blasco, Madrid, Rialp, 3 ed., 2000, pp. 97-98.

³¹ Sarteau, C., “Aventuras y desventuras del derecho a la privacy”, en Santos, J.A., Albert, M., Hermida, C., *Bioética y Nuevos Derechos*, Granada, Comares, 2015, p. 192.

³² Esto no implica, ni es asunto que debamos abordar ahora, reconocimiento del efecto oclusivo del precepto específico (en este caso, el artículo 417 bis CP) sobre el precepto general (artículo 20.5 CP). Vid., Roper Carrasco, J., “Las “disfunciones” establecidas por el sistema de indicaciones en la protección de la vida y de la salud en el periodo prenatal. Una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto a partir de la provocación de la situación de conflicto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2004, pp. 331-400, p. 347 y ss.

bles”, entonces habría que evaluar si no sería preferible dejar que fuera la propia aplicación judicial del derecho la que determinara los casos de existencia de tales “situaciones singulares o excepcionales” eximentes de la responsabilidad penal. Siempre si, como venimos advirtiendo, se desea mantener la protección jurídica del tipo, ya que esta se verá comprometida cuando optemos por la despenalización.

3. La tercera exigencia conceptual que querría plantear consiste en distinguir nítidamente entre las conductas meramente permitidas (ya sea este permiso explícito o implícito) y las conductas que pueden ser exigidas jurídicamente. Que algo sea *legal* significa que no está prohibido y que el ordenamiento jurídico considera la conducta expresamente lícita. Pero una cosa es la licitud y otra distinta la exigibilidad. La clave está, desde mi punto de vista, en la medida en la que la realización de esas conductas nos legitima para obligar a terceros y, en última instancia, al Estado.

Cuando esa obligación está prevista y reconocida como válida, entonces podemos afirmar sin lugar a duda la existencia de un derecho. No existen, como nos ha recordado Ollero, derechos sin deberes³³. El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso Hass, antes mencionada, es bastante explícito a este respecto.

4. En cuarto lugar, convendría no entender el ejercicio de los derechos subjetivos de forma aislada, sino insertándolos en el marco concreto de una relación jurídica, y, más genéricamente, dentro de una unidad representada por el ordenamiento jurídico que hace posible su efectividad.

Para que quepa hablar de la existencia de un derecho no cuenta solo si es importante para el individuo poder decidir sobre la cuestión de que se trate. Es preciso que ese derecho pueda estructurarse dentro de una relación jurídica que sea, en su conjunto, razonable.

Pensar el derecho subjetivo en el marco de la relación jurídica nos obliga a contemplarlo siempre en conexión con los correlativos deberes que su garantía haga nacer en otros. Y nos obliga a contemplarlo desde la óptica de los fines generales del derecho, que deben respetarse en cada regulación concreta de cada derecho subjetivo.

Sobre todo, la estructura relacional del Derecho exige que quien es titular de un derecho deba esgrimir un justo título que legitime su posición privilegiada

³³ Ollero Tassara, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte, op. cit.*, p. 122.

en el marco de la relación jurídica, pues esta no es indiferente a los demás, sino que implica la existencia de deberes que recaen sobre ellos.

El panorama que observamos y que tiene su origen en las teorías que comentamos y en otras igualmente operantes ha sido descrito, con razón, como un escenario donde “encontramos ahora no ya a la persona objetivamente entendida en su estructura relacional propia, sino a la voluntad arbitraria de cada individuo capaz; por lo tanto, las reglas jurídicas deben limitarse a protegerlo en sus determinaciones y afianzar sus pretensiones con el respaldo de las normas y de las instituciones”³⁴. En cambio, si en el centro del sistema colocamos no un individuo, sino un entramado de derechos y deberes que caracteriza la naturaleza relacional de la condición humana, el panorama cambia. Antes de reconocer un derecho habrá que sopesar si las razones que se esgrimen para justificar su ejercicio son lo suficientemente poderosas como para justificar también la obligación correlativa en otros. Como muy bien ha señalado Finnis, el Derecho consiste, fundamentalmente, en un “ajustamiento” de las relaciones sociales (más que en el reconocimiento de ámbitos de poder al ciudadano considerado en sí mismo). La explicación primaria del derecho tiene que ver con los “ajustamientos” (“arights”) más que con los derechos (“rights”)³⁵.

En definitiva, la cuestión de las razones por las que se ejerce un derecho no es irrelevante para la teoría jurídica. Es cierto que no todas las razones tienen relevancia para el derecho, pero no es menos cierto que el derecho tiene sus propias razones (su propio logos) y que no puede configurarse derecho alguno que pretenda ignorarlo o pasarlo por alto. Cuando se entienden *los derechos* al margen de *el Derecho*, corremos el riesgo de que, a la larga, éste deje de funcionar como límite al poder, frente al que representa, justamente, la fuerza de la razón.

6. Eutanasia: de delito a derecho. conclusiones

¿QUÉ CONCLUSIONES OBTENDRÍAMOS si aplicáramos estas cuatro ideas al caso de la protección jurídica de la vida humana, la despenalización de la eutanasia, y la creación del nuevo “derecho a solicitar la prestación de ayuda a morir”?

³⁴ Sartea, C., op. cit., p. 193.

³⁵ Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 235.

1. En primer lugar, hacíamos referencia a un necesario redimensionamiento de la autonomía como valor jurídico. El Derecho, en términos generales, no responde a la finalidad de garantizar el desenvolvimiento de la autonomía individual, sino a la de dar a cada uno lo suyo. Esta primera idea nos invita a poner en cuarentena la afirmación que tan resueltamente se realiza en la Exposición de Motivos de la Proposición, según la cual, se legisla para “respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida de quien está en una situación de enfermedad grave e incurable, o de una enfermedad grave, crónica e invalidante, padeciendo un sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que considere aceptables”.

La eutanasia no puede legislarse para dar cobertura a la decisión de morir, sin más (o, lo que es casi peor, en las condiciones que el Estado determine). Para entender si tales situaciones pueden o deben dar lugar al surgimiento de un derecho a morir (y no de una mera despenalización de la decisión de morir) hemos de contextualizar la pretensión de morir, situándola dentro de la red de derechos y obligaciones que constituye la convivencia social, y comprobando que dicha pretensión repercuta de manera positiva en el bien común, hasta tal punto que podríamos vencer la resistencia a asumir la obligación de matar, aduciendo razones comunes que avalaran la bondad de eliminar ciertas vidas, razones más allá de la realización del deseo individual de morir.

El derecho a la propia muerte solo puede abordarse desde la perspectiva del entramado de relaciones jurídicas en el que se incardina su ejercicio, y la perspectiva del legislador parece contemplarlo de forma acusadamente aislada.

Por otra parte, si dejamos de enfocar ingenuamente hacia qué puedo o no puedo decidir y giramos nuestra atención hacia qué merezco como paciente o como profesional sanitario, veremos cómo otras consideraciones entran en juego. La universalización de los paliativos, por ejemplo (que se presentan en la Proposición de ley como una alternativa a la eutanasia, cuando no pueden ser más que su presupuesto necesario) o los fines propios de las profesiones sanitarias, vinculados a la sanación y a la paliación, pero no a la muerte de los pacientes.

2. En segundo lugar, consideremos la regulación de la eutanasia como lo que es, una despenalización parcial del homicidio, y preguntémosnos por la oportunidad de emplear esta técnica legislativa cuando lo que está en juego es un bien jurídico tan básico como la vida humana. En primer lugar, cabría plantear si la conducta típica dentro de cuyos márgenes se permite la práctica de la eutanasia, se corresponde con un estado de necesidad. Parece ser que

sí, si las condiciones que exige el legislador se cumplen efectivamente, pues la proposición hace referencia a un contexto de “sufrimiento insoportable que no puede ser aliviado en condiciones que se consideren aceptables”: una circunstancia que ya *per se* daría razones para la inimputabilidad³⁶.

Hemos visto cómo la despenalización implica, tarde o temprano, un debilitamiento en la protección del bien jurídico que el tipo protege que, en este caso, no es otro que la vida humana. El efecto pedagógico de toda norma, al que antes nos referíamos, no debe ser subestimado en el caso de la decisión de morir. Una vez que esa decisión se convierta en una posibilidad respaldada jurídicamente, quien decida no tomarla pasará a convertirse en único responsable de su propia existencia. Es prácticamente imposible que el ordenamiento jurídico proteja de manera efectiva a las víctimas de la presión social que semejante responsabilidad implica.

¿No serían estas razones suficientes como para considerar correctamente abordados los casos de “sufrimiento insoportable” a través de un adecuado estudio en sede judicial del caso concreto y consiguiente valoración de la pertinencia de aplicar para ellos el estado de necesidad?

La Proposición de ley pretende hacer compatible el respeto por el derecho a la vida con el reconocimiento de la autonomía de la persona, ¿es esa compatibilidad posible en los términos en los que se plantea en la iniciativa legislativa? La protección de un bien jurídico básico en nuestro ordenamiento, la vida humana, está en juego cuando recurrimos a la técnica de la despenalización para resolver problemas que no revisten la generalidad que da sentido a la introducción de las normas, sino que son de suyo situaciones trágicas y excepcionales que se acomodan mejor a un tratamiento en sede judicial que no menoscaba la protección del bien jurídico.

3. La distinción entre lo permitido y lo exigible se nos ha revelado fundamental en este estudio. La clave, se recordará, radicaba en la capacidad del titular del derecho de obligar a terceros y, en última instancia, al Estado, con la finalidad de hacer realidad su pretensión. La Proposición de ley de eutanasia ignora esta diferencia. Es más, opera como si despenalización y exigibilidad fueran dos realidades equivalentes. En realidad, simplemente, se da el salto de una a otra sin ofrecer mayor explicación. En la Exposición de Motivos se afirma que no basta con despenalizar, pero en el sentido de que se ha de regular de

³⁶ Inimputabilidad predicable desde luego del paciente y probablemente de su familia. La situación del profesional sanitario requeriría una evaluación de su relación con el paciente y de la medida en que se ve afectado por ella.

modo que el derecho a la vida no quede completamente desguarecido. Por tanto, se regula y se despenaliza. Y más: entre los dos modelos de tratamiento normativo de la eutanasia³⁷ nuestro ordenamiento jurídico optaría por aquel que sostiene que “la eutanasia no debe ser objeto de reproche penal”. Y tras explicar en qué consiste tal cosa, se concluye: “en definitiva, esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia”. La proposición pasa de la despenalización al derecho como si lo uno derivara naturalmente en lo otro, emplea las expresiones como si fueran sinónimas. No es así y conviene que el legislador establezca claramente qué es lo uno y qué es lo otro: despenalizar no equivale a crear derechos: aquellos ciudadanos sobre los que recaiga el deber de llevar a cabo un homicidio (despenalizado) lo van a entender muy rápidamente.

4. Esto me permite enlazar con nuestra cuarta conclusión, que se refiere justamente a la necesidad de insertar los derechos en el marco de la relación jurídica dentro de la que adquieren sentido. Como ya se ha señalado, no puede abordarse el análisis de un derecho desde la perspectiva de la voluntad o del deseo de su aspirante a titular. Ese aspirante deberá dar razones que legitimen su capacidad de exigir al otro, más allá del propio deseo o la propia voluntad, apuntando al bien común.

En este sentido, debe advertirse que el reconocimiento debido de la objeción de conciencia no puede servir de excusa para eludir ese necesario “ajustamiento” al que se refería Finnis.

Si hablamos de objeción levantamos acta de la existencia de un deber normativo que se cierne sobre el profesional sanitario, y del que este puede pretender desvincularse apelando a su conciencia.

Un deber de matar o ayudar a morir existente requiere de un fundamento más allá de la autodeterminación del titular del derecho, con total independencia de que después, en ciertas circunstancias, se convierta en un deber eludible a través de la objeción. La ausencia de razones para obligar a una persona a terminar con la vida de otra no debe camuflarse a través del reconocimiento de un derecho generalizado a la objeción de conciencia³⁸.

³⁷ Olvida el legislador un tercero, el de los países que la prohíben, que son la mayoría.

³⁸ Del que muy probablemente se hará también un uso generalizado, con las consecuencias que esto traerá consigo. Si nos atenemos a la experiencia reciente en el caso del aborto, podemos pensar en una proliferación de centros privados que absorban la demanda de la prestación de ayuda a morir, “conciliando” así el ejercicio del derecho de acceso universal a la prestación con un no menos universal recurso a la objeción de conciencia por parte de los profesionales sanitarios.

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”, en *Medicina e Morale* 2014/6: pp. 1027-1045.

Cotta, S., ¿Qué es el Derecho?, trad. De José Joaquín Blasco, Madrid, Rialp, 3 ed., 2000.

Dworkin, R., “Is There a Right to Pornography?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1.2, 1981, pp. 177-212.

Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*. New York/Oxford, Clarendon Press, 1980.

George, R. P., *Making Men Moral*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

Herstein, O.J., “Defending the right to do wrong”, en *Law and Philosophy*, 2012, 3, pp. 343–365, DOI 10.1007/s10982-011-9126-x.

Hohfeld, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press

Medina Jara, R., “Despenalización o reforma penal. Algunos rasgos en la Ley 19450”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, (1996), pp. 331-337.

Ollero Tassara, A., “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”, en Massini, C.I., y Serna, P., (Eds) *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.

Ollero Tassara, A., “El derecho a lo torcido”, en Puig, Valentí (ed), *El fraude del buenismo*, Madrid, FAES, 2005.

Ollero Tassara, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thompson Aranzadi, 2006.

Ropero Carrasco, J., “Las “disfunciones” establecidas por el sistema de indicaciones en la protección de la vida y de la salud en el periodo prenatal. Una interpretación sistemática de los delitos de aborto y de lesiones al feto a partir de la provocación de la situación de conflicto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2, 2004, pp. 331-400.

Roxin, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?” en Hefendehl, R., Von Hirsch, A., Wohlers, W., (eds.), *La Teoría del Bien*

Jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? edición española a cargo de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons, 2016.

Ruiz Vadillo, E., “Descriminalización y despenalización. Reforma penal y descriminalización” en *Eguzkilore*, 13, marzo 1999, pp. 97-104.

Sartea, C., “Aventuras y desventuras del derecho a la privacy”, en Santos, J.A., Albert, M., Hermida, C., *Bioética y Nuevos Derechos*, Granada, Comares, 2015.

Williamson, J., *Against the right to do wrong*. https://www.academia.edu/3678472/Against_the_right_to_do_wrong

Waldron, J., “A right to do wrong”, *Ethics*, 92, 1, 1981.

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp.2020.24.013>
Bajo Palabra. II Época. N° 24. Pgs: 243-268

