

Eutanasia y Constitución. O las aporías de la autodeterminación. Notas críticas sobre la STC 19/2023 acerca de la LORE

Euthanasia and constitution. Or the aporias of self-determination. Critical notes on STC 19/2023 on the LORE

MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA

Catedrático emérito de Derecho Constitucional UCH-CEU
sospedra@uch.ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28101>

Fecha de recepción: 25/07/2023

Fecha de aceptación: 08/10/2023

Resumen

La STC 19/2023, que resuelve recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO/2021, de eutanasia, se ve fuertemente condicionada por la decisión del legislador de optar por un modelo en el que, previa la determinación de un presupuesto habilitante configurado mediante conceptos jurídicos indeterminados de base médica, se trata de configurar un derecho de prestación, de la que se encarga en exclusiva el SNS, consistente en dar muerte al sufriente solicitante, de tal modo que, mediante un procedimiento administrativo que concluye en una resolución, el Estado da muerte a aquel. La resolución, que trata de fundamentar la constitucionalidad de la ley no es consistente, toda vez que ni puede basarse en la doctrina del TEDH que se cita, ni es posible definir el sistema establecido por la ley en términos de derecho público subjetivo, ni resulta convincente la tesis de fundamentar una prestación cuyo contenido es privar de existencia al solicitante en el derecho a integridad física y moral. No obstante, la sentencia aclara algunos extremos poco claros de una regulación legal de calidad escasa, establece un conjunto de supuestos de interpretación conforme que, sorprendentemente, no se llevan al fallo, y aclara el régimen jurídico de la objeción de conciencia operando una interpretación *favor libertatis* de la misma.

Palabras clave

Eutanasia; procedimiento administrativo, prestación a cargo del Estado, derecho subjetivo de prestación con pretensión de fundamentalidad, objeción de conciencia.

Abstract

STC 19/2023, which resolves unconstitutionality appeals filed against LO/2021, on euthanasia, is strongly conditioned by the legislator's decision to opt for a model in which, after determining an enabling budget configured through legal concepts indeterminate on a medical basis, it is a question of configuring a right to benefit, which is exclusively in charge of the SNS, consisting of killing the suffering applicant, in such a way that, through an administrative procedure that concludes in a resolution, the State kills the person. The resolution, that tries to support the constitutionality of the law, is not consistent, since it cannot be based on the doctrine of the ECHR that is cited, nor is it possible to define the system established by the law in terms of subjective public law, nor is the thesis of basing a benefit whose content is to deprive the applicant of existence on the right to physical and moral integrity. However, the sentence clarifies some unclear extremes of a legal regulation of low quality, establishes a set of assumptions of compliant interpretation that, surprisingly, are not carried to the ruling, and clarifies the legal regime of conscientious objection operating an interpretation favor "libertatis" of the same.

Keyword

Euthanasia; administrative procedure, provision by the State, subjective right to provision with a claim of fundamentality, conscientious objection.

Sumario

I. Introducción. II. Un derecho de prestación y su procedimiento administrativo. III. Las correcciones al legislador o la interpretación conforme que no se lleva al fallo. IV. La jurisprudencia del TEDH y su uso en el caso. V. La invención de un nuevo derecho, que, a veces, parece fundamental. VI. La fundamentación. 1. La autodeterminación personal. 2. La base constitucional: el derecho a la integridad física y moral. VII. Las contradicciones internas del edificio. VIII. Balance y perspectivas. *Bibliografía.*

Ya sé que muchos dirán
Que pecho de atrevimiento
Si largo mi pensamiento
P´al rumbo que yo elegí
Pero siempre he sido así,
Galopador contra el viento.

A. Yupanqui

I. Introducción

La ley orgánica reguladora de la eutanasia (LORE) nace como una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso al comenzar la Legislatura que acaba de finalizar, proposición intensamente modificada en el trámite parlamentario y de la que ya traté en su día (Martínez Sospedra, 2021). De entrada conviene hacer dos observaciones, de un lado la proposición de ley, por ser tal, no está sujeta a la exigencia legal de informes técnicos en fase prelegislativa, como lo estaría si de un proyecto de ley se tratara, por la sencilla razón de que ni el Reglamento del Congreso, ni el del Senado lo contemplan. Esa omisión podrá merecer el juicio que a cada operador jurídico le parezca oportuno y no parece que la mayoritaria le sea especialmente favorable. Del otro que desde su mismo origen el texto se basa en una opción legislativa clara, a saber, se ha rechazado explícitamente la posibilidad de regular la eutanasia a partir de considerarla una variable de la figura del suicidio asistido, sobre la base de que tal posibilidad produciría una regulación legislativa de insuficiente capacidad garantista¹. En su lugar el legislador ha optado por un modelo distinto: una regulación legal que configura un derecho de prestación a cargo del Estado (Sistema Nacional de Salud mediante), que comporta el diseño e implementación de un complejo procedimiento administrativo *ad hoc* susceptible de acabar, caso de demanda exitosa, con el otorgamiento de una "prestación de

¹ No hace falta ir muy lejos: véase el último párrafo de la exposición de motivos de la proposición de ley.

ayuda a morir" cuya forma y contenido se reservan al poder público. Eso supone que el legislador no ha querido seguir, y no ha seguido, el modelo existente en los tres países del Benelux, en el que se reconoce la legitimidad de la eutanasia según un modelo en el que sólo existe un muy leve control previo destinado a determinar la efectiva voluntariedad de la demanda, al que sigue, en su caso, la prestación, y en el que los controles efectivos son de aplicación posterior a la realización de la prestación misma con el fin de supervisar la regularidad de la aplicación de dicha prestación.² Irracional no es, desde luego.

El precio a pagar por la renuncia al modelo del suicidio asistido es doble: por una parte se pasa de un modelo en el que la decisión del afectado es soberana y el Estado se limita a poner a su disposición el medio o medios para que se satisfaga la demanda, a otro que exige un complejo procedimiento administrativo y es el Estado no sólo el que determina el procedimiento, sino también el que lo ejecuta, el que realiza la prestación; del otro en lugar de operar una sola voluntad, la del peticionario, que determina por sí sola el otorgamiento de la prestación, operan necesariamente dos, que deben concurrir asimismo necesariamente para que la prestación pueda efectuarse: a saber la del solicitante y la del Estado. Un modelo de codecisión en el que el afectado efectúa la demanda de la prestación y es el Estado (Sistema Nacional de Salud mediante, conviene insistir) el que examina, decide y, en su caso, otorga. He escrito "codecisión" porque en el sistema diseñado por la LORE el otorgamiento de la prestación no es jurídicamente posible si no hay una solicitud formal y expresa por parte del afectado, pero el juicio sobre la misma y sobre su pertinencia corresponde al Estado a través de los facultativos del SNS y sin su concurrencia la prestación es jurídicamente imposible³, cosa que la doctrina sentada por la Sentencia que comentamos conserva en su integridad.

Sin embargo la misma decisión jurisdiccional que configura el derecho como uno de prestación se presenta, de entrada, con una vestidura muy diferente, en términos de surgimiento de un nuevo derecho, que se viene a justificar en razón del cambio cultural producido en la sociedad española:

El "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que, a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.⁴

2 Debe señalarse que el control a posteriori tal y como opera en Bélgica o los Países Bajos permite detectar casos de aplicación irregular si estos se dan. Que concurren.

El Legislador no ha indicado con claridad por qué no ha seguido ese modelo, pero su insistencia en el garantismo permite aventurar que no desea correr el riesgo de aplicaciones desviantes por la dificultad del remedio y por el previsible impacto deslegitimador que pudieran surtir.

3 En rigor la ley prevé una excepción en la que la voluntad del peticionario no juega porque, en rigor, no hay peticionario (vide el art. 5.2. en relación con el art. 9 LORE), si bien la STC 19/2023 limita muy fuertemente su relevancia, como veremos.

4 STC 19/2023 FJ 4. p. 57791.

Lo que, en caso de juicio positivo daría lugar al surgimiento de derechos de nuevo cuño, no previstos por el constituyente.

En el juicio sobre la constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.⁵

Obligado por la opción regulatoria impuesto por el Legislador, el Tribunal se va a ver forzado a caminar por la cuerda floja: por una parte, y por razones claramente ideológicas, desea validar la regulación legislativa y aprovechar esa validación para introducir "nuevos derechos", pero por otra parte la configuración del derecho a la eutanasia como un derecho de prestación (que acarrea la necesaria concurrencia de la voluntad del Estado) no resulta claramente compatible con el edificación de un nuevo "*derecho público subjetivo*", y, menos aún, de un nuevo "*derecho fundamental*".

No debemos extrañarnos de que la STC 19/2023 sea muy extensa y compleja, y no esté exenta de contradicciones.

II. Un derecho de prestación y su procedimiento administrativo

La LORE trata de configurar un "*derecho público subjetivo*" que reviste la condición de ser un derecho de prestación cuyo contenido esencial radica en la obtención de la ayuda indispensable para morir, pero, eso sí, en el modo y forma que la propia ley prescribe. Es, pues, correcta la observación de la sentencia que se comenta según la cual:

El articulado de la LORE es inequívoco en cuanto a la condición de derecho público subjetivo y de prestación que en ella se confiere a la pretensión de solicitar y recibir, cumplidas las exigencias legales, la "ayuda necesaria para morir" (art. 1.)⁶

El punto de partida se halla en la determinación legal de una serie de conceptos jurídicos indeterminados, la mayor parte de los cuales son de origen médico, mediante los cuales se trata de configurar el presupuesto de hecho que habilitaría, en su caso, la legitimidad de la demanda de eutanasia y, en consecuencia, a la recepción por el interesado de la prestación de "*ayuda a morir*" en el modo y forma previstos por la ley misma. En resumen dicho presupuesto exige la concurrencia de una enfermedad que inflige al paciente sufrimientos de todo orden de particular intensidad, enfermedad que no se puede curar con los medios y técnicas disponibles en el momento de lo que la sentencia denomina "*solicitud*", y que avoca al paciente a un horizonte de muerte inevitable que culmina el sufrimiento ya existente. En resumen los rasgos de concurrencia necesaria para que el otorgamiento de la prestación merezca el calificativo de "*homicidio piadoso*". La sentencia es exacta y clara:

Por ello, decide configurar la eutanasia como una práctica legalmente aceptable en determinados supuestos, siempre que sean observados concretos

5 STC 19/2023 FJ4 pp. 57791/92.

6 STC 19/2023 FJ 5 p. 57794 (se cita siempre según la página de la versión publicada en el BOE).

requisitos y garantías, al tiempo que descarta, por considerarla insuficientemente garantista, la opción de un modelo meramente despenalizador...⁷

El procedimiento a seguir tiene dos presupuestos: de un lado el "consentimiento informado" del sujeto pasivo, del otro la solicitud expresa de la prestación de ayuda a morir por parte del mismo, a cuyo efecto este debe ser persona con capacidad de obrar. La ley prevé que el consentimiento sea previo a la concurrencia del presupuesto de hecho si el solicitante suscribió en su día documento público (testamento vital y equivalentes) que contiene la voluntad de recibir la citada prestación. Lo que articula lo que podemos llamar el "procedimiento principal". La ley reserva al Servicio Nacional de Salud y, en su caso, a los centros privados concertados al efecto, la competencia de administrar la citada ayuda. Por ello es acertada la observación de la sentencia que señala que:

La ley orgánica configura así un derecho de naturaleza prestacional frente a las administraciones públicas, condición que resulta corroborada por la inclusión de esta prestación en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y por su financiación pública (art. 13.1.)⁸

Como el destinatario de la solicitud es el Estado mediante dicho Sistema la misma se tramita a través de un procedimiento administrativo, en el seno del cual se debe acreditar que concurre el presupuesto habilitante y, en el caso de que así sea un órgano administrativo dicta la correspondiente resolución. La ley es clara en este punto y la Sentencia así lo reconoce:

La prestación de ayuda para morir se reconoce por "decisión" o "resolución" (apartados 3 a 5 del art. 10) de un "órgano administrativo" (...) llamado a verificar si "concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a licitar y recibir la prestación de ayuda para morir (art.10.1.) y que adopta la "resolución definitiva" sobre su reconocimiento o denegación (art.10.4)⁹

El procedimiento a seguir es largo y complejo una vez se ha abierto el mismo a petición del paciente:

Una vez firmado por el paciente el consentimiento informado, el médico responsable deberá dirigirse al médico consultor para que, después de estudiar la historia clínica y de examinar al paciente, verifique si se cumplen o no las condiciones legales, en el plazo máximo de diez días...¹⁰

E incluye no solo la intervención de los dos facultativos citados, sino también el examen por un tercero, que puede confirmar o no la propuesta de decisión de los citados, la elevación a una comisión de evaluación y control, que es la que tiene asignada la competencia para otorgar o denegar la prestación, poniendo así fin a la vía administrativa. No debe extrañar vistas así las cosas que la sentencia remache una y otra vez que es la decisión de la comisión la que habilita por sí misma el otorgamiento de la prestación. *Ad exemplum*:

7 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795.

8 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795

9 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795.

10 STC 19/2023 FJ 5 pp. 57797/98.

El legislador ha diseñado un procedimiento administrativo complejo, articulado en dos fases. Una primera, a cargo de profesionales médicos que acompañan, asesoran al paciente y dictaminan sobre su estado(...) y otra, ya decisoria, para la que se ha configurado un tipo de órgano sin superior jerárquico, que bien puede identificarse como administración funcionalmente independiente, órgano a estos efectos de "garantía y evaluación" (capítulo V) o, en otras palabras de "control" (art. 8.5. o "verificación previa" (rúbrica del art. 10) y al que corresponde- siempre previo parecer favorables de tales facultativos- reconocer o no el derecho a la prestación de ayuda para morir.¹¹

Junto al sumariamente descrito, que es el procedimiento ordinario, la ley contempla el supuesto en el que la persona en la que concurre el presupuesto habilitante, otro distinto a seguir cuando el paciente se halla privado del pleno uso de sus facultades y, por ende, en situación de discapacidad. Al efecto la sentencia señala correctamente que:

Como excepción, el art. 5.2. LORE prevé que dichas exigencias procedimentales no se apliquen si el médico responsable certifica que la persona inmersa en un contexto eutanásico "no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes" siempre y cuando la persona afectada "haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalente legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable"¹²

Empero si tal presupuesto fuere incompleto o sencillamente fallare porque no hubiere persona con capacidad para presentar la solicitud, cabe en último extremo la posibilidad que sea un facultativo del SNS el que presente la solicitud:

d) Los hitos procedimentales que acaban de describirse varían en los casos en que el médico responsable certifique —conforme a los protocolos de actuación que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; art. 5.2.— que el paciente se encuentra en situación de "incapacidad de hecho". Se define como aquella en la que "el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de manera autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica" (art. 3. h). En tal supuesto, la prestación puede reconocerse siempre y cuando el paciente (que ha de cumplir los requisitos ya indicados de mayoría de edad, nacionalidad o residencia) se encuentre en un contexto eutanásico certificado médicamente y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas en este sentido. En los casos de incapacidad de hecho, la solicitud de prestación podrá ser presentada al médico responsable por una persona mayor de edad y plenamente capaz acompañándolo del documento de instrucciones previas suscrito con anterioridad por el paciente; o si no existe ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que le trata (art. 6.4.)¹³

11 STC 19/2023 FJ 7D) c) (iii) pp. 57824/25.

12 STC 19/2023 FJ 5 p. 57796.

13 STC 19/2023 FJ5 p. 57798.

En todo caso en vía administrativa el derecho a obtener la prestación no surge hasta que se dicta por la comisión "de garantía y evaluación" (en rigor de control como el legislador acaba por reconocer) resolución estimatoria, punto en el cual el Tribunal viene a aclarar algo que por sí mismo el articulado de la ley orgánica no dejaba suficientemente claro.

La "realización de la prestación de ayuda para morir" (art. 11) únicamente procederá si existe una resolución favorable de la comisión de garantía y evaluación y si el solicitante no ha ejercido sus derechos a revocar su decisión o a pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda para morir (art. 6.3.)¹⁴

Si el solicitante no obtiene satisfacción en vía administrativa la ley prescribe que tiene abierta la vía jurisdiccional mediante la correspondiente interposición de recurso contencioso-administrativo.

Cinco observaciones merece la regulación legal del procedimiento sumariamente descrito:

Primera. Resulta evidente la fuerte voluntad garantista que mueve al legislador a establecer un procedimiento de tal complejidad. A la misma subyace el temor de que una regulación menos rigurosa y, por ello, más vulnerable a posibles usos desviantes, pueda dar lugar a incidentes que pongan en cuestión la legitimidad misma del procedimiento. Habida cuenta de que el legislador es consciente que la cuestión de la eutanasia es una cuestión discutida e intensamente divisiva en nuestra sociedad (Serrano y Heredia, 2018)¹⁵.

Segunda. El procedimiento está configurado de tal modo que una vez presentada la solicitud el mismo está dirigido y dominado por las facultativos del SNS (sean estos personal estatutario o empleados de centros concertados al efecto), cuya intervención es determinante: sin el asentimiento de dichos facultativos el procedimiento necesariamente encalla. En consecuencia es preciso aceptar que el procedimiento configura una técnica de codecisión: el solicitante inicia el procedimiento y puede interrumpirlo o dilatarlo, pero las decisiones a adoptar en las sucesivas etapas devienen constitutivas y se hallan en manos del Estado, personal facultativo mediante. Finalmente la decisión definitiva corresponde a un órgano administrativo (la comisión) que cierra la vía administrativa y habilita, en su caso, el otorgamiento de la prestación.

Tercera. La prestación viene definida unilateralmente por el Estado: esta consiste siempre en la administración de unos fármacos que el SNS determina, sin que quepa otra posibilidad de acción al solicitante capaz que escoger entre la administración en establecimiento sanitario o en su domicilio.¹⁶

Cuarta. Que precisamente porque nos hallamos ante un derecho de naturaleza prestacional su satisfacción pende de las políticas seguidas por los poderes públicos (en el caso las autoridades autonómicas) y de su eventual cobertura presupuestaria.¹⁷

14 STC 19/2023 FJ 5 p. 57799.

15 Es de señalar que, a juicio de los autores, la opción seguida por el legislador tiene mayor respaldo que la del suicidio asistido.

16 Conviene señalar que lo dicho implica que, por definición, la reproducción de prácticas eutanasias similares a las previas a la ley mediante las técnicas en ellas empleadas quedan fuera de la cobertura la LORE.

17 Aquí hace su presencia un defecto estructural de nuestro sistema de gobierno: la sanidad es materia objeto de compartición competencial, de tal modo que la casi totalidad de su regulación legislativa es competencia del nivel nacional de gobierno, en tanto que su implementación es responsabilidad del nivel regional del mismo, que ni ha sido consultado, ni ha tenido

Quinta. En otras palabras lo que el sistema LORE viene a regular no es otra cosa que un supuesto de homicidio rogado por razones piadosas, lo que explica la reiterada exigencia que la ley establece de la intervención necesaria de los facultativos del SNS. La complejidad del procedimiento se explica así con facilidad, tanto la concurrencia de una pluralidad de facultativos en la apreciación del presupuesto habilitante, como la intervención final de la comisión de control, devienen necesarios a los efectos de la evitación de errores y abusos, cosa especialmente importante dada la irreversibilidad de la prestación una vez efectuada. Y como de un procedimiento administrativo que da acceso, en su caso, a una prestación pública que figura en la cartera de servicios del SNS, en caso de no satisfacción de la demanda en vía administrativa se abre la vía judicial: la del procedimiento contencioso-administrativo.¹⁸

En resumen: homicidio rogado por razones piadosas, el paciente pide, la administración examina y comprueba si se cumplen los requisitos legalmente establecidos, si la decisión de la administración es negativa la prestación no se otorga quedando abierta la vía del recurso contencioso-administrativo; si la decisión de la administración es favorable se efectúa por el Estado la "*prestación de ayuda a morir*", esto es el Estado mata al paciente en el modo y forma que el mismo Estado determina.

III. Las correcciones al legislador o la interpretación conforme que no se lleva al fallo

Una particularidad de la sentencia que comentamos radica en que, a diferencia de lo que es práctica general en la jurisprudencia constitucional, en la que cuando hay una "interpretación conforme" de concretas previsiones legislativas de tal modo que estas se consideran compatibles con la Constitución siempre y cuando se entiendan de un determinado modo, lo que se lleva al fallo, en el presente caso no sucede así, como se advierte de pasada en alguno de los votos particulares. Aunque es posible que haya más casos, dada la complejidad y extensión de la resolución judicial, me parece que baste para ello comprobar, de un lado, que en la parte dispositiva de la sentencia no se hace mención alguna de supuesto o supuestos de "interpretación conforme", y, del otro, que la sentencia contiene previsiones que se asemejan muy fuertemente al recurso a dicha técnica de conservación de la legislación adoptada por el Parlamento. Así:

1. La interpretación del concepto legal de "padecimiento". El enunciado del art. 3 b) LORE, que viene a establecer la definición legal de que es "padecimiento" en el sentido de la ley al efecto de configurar el presupuesto habilitante del otorgamiento de la prestación habla de sufrimientos "físicos y psíquicos", pero no detalla nada más. La redacción legal pudiera entenderse que el "padecimiento" comprende los sufrimientos físicos, que comprende asimismo los sufrimientos psíquicos y que, finalmente comprende la combinación de ambos. La redacción

parte alguna en la elaboración y adopción de la LORE. Si a ello agregamos que buena parte de los gobiernos autonómicos están en manos de fuerzas políticas que o bien no han sido tenidas en cuenta en la elaboración de la ley, y, directamente, son hostiles a la misma no resulta aventurado apreciar que la aplicación de aquella va a dar lugar a roces y conflictos.

¹⁸ Es significativo al respecto que la LORE no precise que el recurso contencioso-administrativo sea el correspondiente a la protección jurisdiccional de derechos fundamentales y, con ello, nos remita al contencioso ordinario.

legal da pié a considerar como "padecimientos" en el sentido del art. 3 b) LORE los derivados de una dolencia psíquica, especialmente si se considera que la jurisprudencia del TEDH citada comprende varios casos de ese corte (*Grass vs. Suiza; Koch vs. Alemania, Mortier vs. Bélgica ad exem.*) En este punto el Tribunal opera una interpretación rigurosa del "padecimiento".

En efecto, en el FJ 7 D) c) (ii) puede leerse que la noción de padecimiento:

*No incluye dolencias ni trastornos de orden psíquico, por más que pudiera ser de esa naturaleza, como el precepto ha previsto, el sufrimiento.*¹⁹

Y, a renglón seguido agrega:

El "padecimiento" definido por el art. 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la ley orgánica en este punto requiere puedan ser de origen psíquico.

De este modo en Tribunal viene a excluir del presupuesto habilitante de la prestación a los padecimientos de orden psíquico, a los que, en consecuencia, no corresponde como respuesta el otorgamiento de la "prestación de ayuda a morir" que la LORE previene. Por lo tanto la posible ambigüedad que registra el enunciado del art. 3 b) LORE se resuelve en el sentido de conformidad con el cual cualquier dolencia psíquica que no sea consecuencia de una enfermedad somática, aun cuando produzca sufrimientos graves queda excluida del ámbito de aplicación de la ley. En este punto la sentencia rechaza que pueda operar como presupuesto habilitante el cansancio vital (*Gross vs. Suiza*) o la depresión duradera y profunda (*Mortier vs. Bélgica*). En contrapartida si operaría en casos como los sufrimientos de orden psíquico derivados del padecimiento de ELA, pongamos por caso. Es, como mínimo, dudoso que pudiera habilitar la prestación en los supuestos en los que se produce una pérdida de la motricidad que no va acompañada de otros sufrimientos físicos, aun cuando sea la causa de sufrimientos psíquicos importantes.²⁰

2. La decisión definitiva de otorgamiento de la prestación. El tenor literal de la LORE no acaba de perfilar con claridad si la autorización del otorgamiento de la prestación de ayuda a morir corresponde a los facultativos cuya intervención es necesaria, de tal modo que finalizado el procedimiento administrativo con un pronunciamiento favorable procedería la prestación en alguna de las dos modalidades previstas por la LORE, salvo impugnación ante la comisión de verificación, o si la decisión definitiva no corresponde a los citados sino a la comisión misma, única facultada por la ley para autorizar la prestación. La decisión del Tribunal se inclina por la respuesta de mayor garantismo. El FJ 7 es claro:

Es la comisión de garantía y evaluación, y no el médico responsable, ni el médico consultor, quien reconoce o deniega el derecho a la prestación. Esta resolución, que sólo puede dictarse previo parecer favorable de los dos facultativos citados pone fin a la vía administrativa (art. 114 de la ley 39/2015)

¹⁹ STC19/2023 FJ 7 D) c) (ii) p. 57817

²⁰ Es el caso que dio pie al film de Amenábar "Mar Abierto", por poner un ejemplo bien conocido.

y se deberá trasladar "al médico responsable (...) para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda a morir (art. 10.4).²¹

En otras palabras si bien la intervención previa de los facultativos favorable al otorgamiento de la prestación es siempre jurídicamente necesaria, no son ni estos ni el médico que, en su caso, sería responsable de la realización de la prestación quienes tienen asignada la facultad de acordar o denegar la prestación, es pues un "órgano administrativo" que la sentencia entiende como "*funcionalmente independiente*" el que decide sobre el otorgamiento de la prestación²².

Si se considera que lo que la ley diseña no es tanto un procedimiento en el que la voluntad del paciente, bien por sí sola, bien de forma predominante, basta para que la prestación se realice, cuanto un procedimiento administrativo reglado que exige la intervención previa y positiva de los facultativos del SNS y en el que la decisión de otorgar o no una prestación de singular importancia por su naturaleza (prestación realizada por personal estatutario y sufragada por fondos público) no parece que la interpretación que el Tribunal hace de las reglas que ordenan el procedimiento mismo, aun cuando fueran susceptibles de otras interpretaciones, peque precisamente de arbitraria, desproporcionada o irracional.

De este modo el Tribunal viene a cerrar la puerta a una interpretación de la LORE que conviniera en establecer que la decisión primaria sobre el otorgamiento y denegación de la prestación corresponde a los facultativos y compete a la Comisión de Verificación una mera tarea de supervisión. Antes bien el criterio del Tribunal es otro: es la Comisión de Verificación a quien corresponde decidir sobre el otorgamiento o denegación de la prestación, poniendo fin a la "vía administrativa". En román paladino: el afectado puede solicitar, pero la decisión sobre el otorgamiento de la prestación exige la concurrencia de la voluntad de los facultativos que forman parte del procedimiento, y la de la comisión de verificación, que es quien, en último término, decide si la prestación se concede o no. No parece que calificar al procedimiento en términos de "derecho público subjetivo" sea especialmente adecuado, vistas así las cosas.

3. La cuestión de los recursos. El apartado 5 del art. 10 LORE preceptúa que la denegación de la prestación acordada opera como presupuesto del ejercicio de acciones ante los tribunales, pero nada dice para el caso del otorgamiento. Los recurrentes impugnaron el precepto en cuanto que el mismo podía entenderse que la resolución que acuerda la prestación no sería justiciable, siendo con ello inmune al control judicial. El tribunal rechaza tajantemente lo que entiende una interpretación desviante del texto legal:

Sin embargo, no cabe aventurar a partir de ello la conclusión excluyente, y desde luego inconstitucional, a lo que sólo cabría llegar ante una determinación legal inequívoca (...) la inconstitucional pretensión de descartar el control judicial de la actuación administrativa sólo podría constatarse ante una norma explícita de la ley, no a partir de inferencias de su intérprete. En definitiva, el legislador no ha cerrado el paso a la eventual impugnación judicial de las resoluciones que reconocen el acceso a la prestación.²³

21 STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) p. 57825.

22 En el mismo sentido STC 19/2023 loc. cit. pp. 57824/25 *in fine*.

23 STC 19/2020 FJ7 D) c) (iii) p. 57826/7

Como puede verse el rechazo a esa interpretación de la legalidad que operan los recurrentes es rotundo, al punto que parece estar respaldada por la idea de ser una interpretación que, a más de ser incompatible con el art. 106.1 CE, no parece hecha de buena fe precisamente. En consecuencia cualquier decisión de la Comisión de Verificación, sea cual fuere su contenido, es susceptible de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. El problema del plazo de realización. Que se plantea por el juego entre los arts. 11 y 18 a) LORE, toda vez que el primero determina que adoptada una decisión favorable por la Comisión de Verificación la misma debe ser comunicada a la dirección del centro al que corresponde la realización de la prestación en el plazo de siete días. En este caso el precepto es ciertamente ambiguo porque no determina con la claridad necesaria si el plazo de siete días es aplicable a la comunicación o si el mismo es predicable de la realización de la prestación acordada. El Tribunal admite que, efectivamente, la regulación legal adolece de imprecisión (y que esa misma puede ser usada para limitar o eludir el control judicial), pero que el precepto no puede entenderse en el sentido de que la prestación debe ser realizada en el plazo de siete días por ser el mismo claramente insuficiente para ello:

Así las cosas, la inicial ambigüedad del párrafo cuarto del art.18 a) no impone al intérprete entender que el requerimiento a la dirección del centro para que "facilite la prestación solicitada" equivale, sin más, a una exigencia de su "realización" (art. 11) en el exiguo plazo de siete días.

Y agrega que:

En definitiva, ha de desestimarse la impugnación del párrafo cuarto del art. 18 a) en tanto que no puede acogerse la interpretación del mismo propuesta por los demandantes. Dicho párrafo cuarto ha de interpretarse, por el contrario, en el sentido de que el requerimiento a la dirección del centro para que, en el plazo máximo de siete días naturales "facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios...

La LORE no impone, por lo tanto, que la prestación sea "realizada" una vez reconocida definitivamente por la comisión, en el plazo de siete días, ni impide la plena tutela judicial -incluyendo su eventual suspensión cautelar-²⁴

En consecuencia el plazo de siete días se entiende aplicable a la comunicación al centro al efecto de que este realice los preparativos indispensables para la realización de la prestación de ayuda a morir, pero no puede ser interpretada como ordenando la realización efectiva de la misma, toda vez que ello dañaría la necesaria tutela judicial sobre la regularidad del procedimiento. Irrazonable ciertamente no es.

5. El problema de la incapacidad. Que aparece a raíz de la inclusión en el art. 6.4 LORE de unas previsiones que podrían interpretarse en el sentido de que si el presunto solicitante se halla en situación de incapacidad para determinar si la solicitud procede es preciso recurrir al testamento vital o documento previo equivalente, o, en defecto, es posible en el caso bien el recurso al consentimiento por representación, bien la solicitud directa por parte del facultativo que le asiste, de tal modo que en tales situaciones se podría proceder a otorgar la

24 STC 19/2023 FJ7 D) c) (iii) p. 57829

prestación de ayuda a morir sin que conste la solicitud del interesado. El texto legal es menos preciso de lo que hubiere sido de desear porque, efectivamente, se presta a una interpretación de ese perfil, lo que permite entender que los recurrentes lo cuestionaran en su recurso.

La posición que adopta el Tribunal pasa por la adopción de una interpretación estricta de la exigencia de consentimiento. Así, de un lado el Tribunal niega que sea posible recurrir para amparar la solicitud al consentimiento por representación previsto en la ley 41/2003, lo que hace en términos rotundos:

Se sigue obviamente de lo dicho, aunque importa puntualizarlo, que la voluntad anticipada del paciente de ninguna manera podría aquí ser suplida ni contrariada mediante el otorgamiento o denegación de un "consentimiento por representación", como el previsto en general para los tratamientos sanitarios (art. 9.3. de la ley 41/2002).²⁵

Del otro el Tribunal es taxativo: no cabe tramitar la solicitud, ni por tanto satisfacer la pretensión, si no hay constancia documental previa mediante alguno de los documentos (testamento vital o equivalentes) suscritos por la persona afectada por el presupuesto habilitante, y, por ello, el facultativo que le asiste sólo puede estar habilitado para formular la solicitud que el paciente se encuentra imposibilitado para hacer si tiene acceso a dichos documentos (loc. cit. p. 57839) pues:

solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9). La situación de incapacidad de hecho no llevaría a prescindir, como se aduce en la demanda, del "consentimiento" del afectado, sino a la imposibilidad de constatar de prestarlo por una vía que no sea la del documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir.²⁶

Es de señalar que en el caso de incapacidad la ley no prevea el supuesto de consulta a las personas próximas (el esposo o la esposa, por ejemplo), ni siquiera a título auxiliar. Como no es posible negar que al menos algunos de los más próximos familiares tengan interés legítimo en la no aplicación de la prestación en supuestos como estos, parece que esa ausencia sólo es explicable en razón del individualismo estricto que inspira tanto el texto legal como la presente jurisprudencia. Sobre lo que más adelante se volverá.

6. La cuestión del registro de objetores. Que no es peculiar del presente caso, (también se da en las dos versiones que a la fecha ha tenido la ley reguladora del aborto), pero que en el mismo opera con singular incidencia.

La ley regula la posibilidad de recurrir a la objeción de conciencia por parte del personas llamado, en su caso, a realizar la prestación de ayuda a morir, y a tal efecto contempla la existencia en cada centro habilitado (sea público o concertado) de un registro en el que se debe inscribir al personal objetor por razones de conciencia, al efecto de proporcionar a la dirección de aquel de la información necesaria al efecto de poder efectuar la prestación. La técnica se-

25 STC 19/2023 FJ 8 C) c) p. 57836.

26 STC 19/2023 FJ 8 C) a) p. 57835. (IC)

guida imita el citado precedente: la objeción afecta al "profesional sanitario", al objetor y a su solicitud se les inscribe en un registro y el acceso a la información correspondiente es restringida al personal responsable de la prestación del servicio y tiene carácter confidencial. Como es bien sabido esa figura ha sido criticada por estimar que el registro mismo es un medio de estigmatizar al personal objetor, objeción que tendría la misma validez (esto es muy escasa) si el mismo contemplara no a quien objeta la realización de la prestación, sino a quienes están dispuestos a prestarla. Si dejamos de lado el correspondiente fantasma la previsión del art. 16 LORE merece, de entrada, dos observaciones y encierra el problema de su fundamento.

Por lo que toca a la primera hay que anotar que el contenido de la prestación (dar muerte al paciente) es contrario a la ética médica, al menos desde el juramento hipocrático, que específicamente la veda²⁷ por lo que cabe esperar un cierto grado de resistencia y, en consecuencia, de objeción. Por lo que toca a la segunda la técnica seguida es irracional con arreglo a fines. Si de lo que se trata es de saber que personal profesional sanitario está dispuesto a efectuar la prestación al efecto de asegurar la misma lo lógico sería realizar la determinación del personal necesario para la prestación del servicio y dispuesto para ello, que es la información que se requiere para que dicha prestación sea viable. A mi juicio ese es un defecto de la ley, pero desde luego un vicio de inconstitucionalidad no es.

De mayor relevancia constitucional es la cuestión del fundamento de la objeción de conciencia. Es de todos sabido que la misma sólo tiene apoyo constitucional textual en un supuesto concreto, devenido por cierto obsoleto, la objeción al servicio militar obligatorio previstos (uno y otra) en el art. 30 CE. Tal limitación adquiere todo su sentido si se considera que una admisión general de una tal facultad haría imposible la correcta administración de las leyes toda vez que cualquiera podría eximirse de su cumplimiento invocando ese pretendido derecho. El problema se revela en su complejidad cuando se tienen en cuenta que efectivamente pueden producirse, y se producen, supuestos de conflicto entre los mandamientos de la ley civil y los propios de la propia conciencia. Entre Scila y Caribdis el Tribunal ha buscado una vía intermedia, que ya apareció en relación con la despenalización parcial del aborto operada por la reforma del Código Penal de 1984 y la consiguiente STC 53/1985 y que recoge en el FJ 10 C) a) de la sentencia que comentamos. Así escribe el Tribunal:

No obstante, el legislador no debe ignorar o desdeñar, a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría, o sufrir, por ser con ellas consecuentes, la sanción que fuere aparejada al incumplimiento de un deber legal. En este sentido, y sólo en él, se ha de entender la apreciación que el Tribunal hizo en su día, ante el silencio de una regulación legal concreta, en orden a que la objeción de conciencia "forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa" (STC 53/85 FJ14.)²⁸

En la encrucijada entre la libertad de conciencia (que supone la facultad de actuar conforme a la misma) y la vinculación por el ordenamiento jurídico (art. 9.1

27 Lo que sucede igualmente en el caso del aborto.

28 STC 19/2023 FJ 10 C) a) p. 57845.

CE) la jurisprudencia se inclina por un uso excepcional, y por ello restringido, de la primacía de la conciencia sobre la ley, dando por supuesto como se ve, que el objetor es parte de una minoría, pues si lo fuere de la mayoría estaría a su alcance el recurso a la ley y, en su caso, a su modificación. Un buen ejemplo de la naturaleza contramayoritaria de los derechos constitucionales.

En otras palabras: si bien no existe un derecho fundamental a la objeción de conciencia, no se puede ignorar que puntualmente puedan darse casos de conflicto irreductible entre conciencia individual y cumplimiento de la ley, en tales casos la exigencia de cumplimiento estricto de la segunda conduciría al sacrificio completo de la primera, toda vez que la persona afectada quedaría privada de la facultad de actuar de conformidad con las propias convicciones, que forma parte del núcleo esencial tanto del derecho a la libertad de conciencia como del derecho a la libertad religiosa y de cultos. En tales supuestos límite es en aquellos en los que la objeción citada puede operar:

Cuestión distinta es que el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba, reconocer el carácter moralmente controvertido de ciertas decisiones normativas sobre asuntos vitales y permitir, entonces, con las debidas garantías para el interés general, que el individuo inicialmente obligado llegue a quedar exento de cumplir con un mandato no conciliables con sus más arraigadas convicciones.²⁹

Obsérvese que no nos hallamos ante un supuesto de mera tolerancia como el inciso primero del texto transcrito pone de relieve ("o incluso en algunos casos deba"), en los casos citados, y no cabe duda que el presente de la práctica de la "prestación de ayuda para morir" es uno de ellos, el legislador debe contemplar la facultad de las personas afectada por el precitado conflicto de norma para eximirse del cumplimiento de la ley. A tal fin el art. 16 LORE contempla tanto la existencia del registro como la facultad de eximirse del cumplimiento de la prestación por razones de conciencia.

La facultad de objetar se extiende a lo que la ley denomina "*profesional sanitario*", esto es a cualquier persona que presta servicios en centro hospitalario en condición de tal, sea o no facultativo en sentido estricto, y cuya participación en la prestación pueda ser requerida por razones de servicio. Lo que la ley no precisa es el estatuto de la inscripción registral. Desde luego conviene precisar que para poder acogerse a la objeción es preciso darse de alta en el registro público que mencionamos, porque de otro modo no habría forma humana de conocer con precisión cuanto y quienes son los "*profesionales sanitarios*" que se eximen de la realización de la prestación por razones de conciencia. Pero de ello no se sigue ni que la inscripción en el registro una vez efectuada devenga permanente, ni que no sea factible proceder a la inscripción más allá del momento inaugural del registro mismo. Lo decisivo en la cuestión no es tanto en componente formal de la inscripción registral, aunque la misma sea necesaria para eximirse, lo fundamental es evitar el conflicto entre la obligación legal y la objeción de conciencia, para lo que el registro es meramente instrumental. En razón de ello la sentencia que comentamos señala que:

Hay que aclarar que la inscripción en el registro no condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia, pues para que sea eficaz basta con que se manifieste "anticipadamente y por escrito" (párrafo segundo del art. 16.1 LORE).³⁰

29 STC 19/2023 FJ 10 C) a) pp. 57845/6.

30 STC 19/2023 FJ 10 C) b) p. 57846.

Incorporándose dicha declaración al registro a renglón seguido. En consecuencia nos hallamos muy lejos de la idea de un registro en el que la inscripción es preceptiva a partir del momento de su creación, y en la que una vez efectuada dicha inscripción la misma es inamovible tanto positivamente (no es posible incorporarse tras el período inicial, constitutivo del registro) como negativamente (no es factible la supresión de la inscripción una vez realizada). Ciertamente ello afecta a la funcionalidad del registro mismo, pero, a la postre, tanto esta como el registro mismo son de naturaleza instrumental, al efecto de evitar un conflicto de derechos sustantivo.

Como se ve los supuestos de "interpretación conforme" de la LORE no son ni escasos, ni poco importantes. La sentencia no obstante no lleva tales supuestos a la parte dispositiva de la misma, no figuran en el fallo como es habitual, pero al figurar en el cuerpo de la sentencia y precisar cuál es el contenido constitucionalmente admisible de la regulación que se enjuicia, constituyen jurisprudencia y están llamados a surtir los "efectos generales" a los que se refiere el art. 39 LOTC. Cuales puedan ser las razones de tal comportamiento omisivo se pueden presumir, pero no acreditar, no siendo descartable que nos hallemos ante una consecuencia negativa de una política de personal poco afortunada, defecto que lejos de ser imputable al Tribunal, lo es a quienes el ordenamiento atribuye la facultad de nombrar a sus miembros.

IV. La jurisprudencia del TEDH y su uso en el caso

El CEDH contiene dos previsiones que afectan a la materia que aquí tratamos: el art. 2, que reconoce el derecho a la vida y el art. 8 que hace lo propio con el derecho a la vida privada y la intimidad. Durante años la cuestión de la que tratamos apenas si ha tenido presencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fuera de los problemas derivados de las excepciones que el propio art. 2 del Convenio contempla acerca de la posibilidad de infligir la muerte sin violar el derecho a la vida del propio Convenio. Las cosas comenzaron a cambiar a raíz de la regulación de la eutanasia, primero en el caso de los Países Bajos, luego en Bélgica y Luxemburgo, que planteaban supuestos de privación de la vida no contemplados en el Convenio. A ello se ha sumado en los últimos años la tendencia de varios Estado miembros del Consejo bien de adoptar regulaciones sobre la eutanasia (aunque mediante modelos diferentes del propio de los Estados del Benelux), bien a tolerar al menos algunos supuestos de suicidio asistido, de tal modo que el consenso de los Estados sobre la negativa a admitir un poder de disposición sobre la propia vida se ha debilitado y esa misma falta de consenso viene moviendo al TEDH a modular una jurisprudencia en origen muy exigente. Al ser España parte del Convenio y haber aceptado la jurisdicción del Tribunal, y al imponer el art. 10.2. CE una suerte de internacionalización de nuestra declaración de derechos, el recurso a la jurisprudencia del TEDH al efecto de precisar alcance y contenidos de los derechos fundamentales ha devenido habitual. Por ello no debe extrañar a nadie que la sentencia que comentamos base su toma de posición, entre otros, en el apoyo que dice encontrar en una serie de precedentes en la jurisprudencia del TEDH. La sentencia es al respecto bien clara:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre demandas individuales en las que se venía a solicitar al Tribunal, frente a la regulación restrictiva nacional, reconociera a la personas el derecho a obtener una ayuda para morir (SSTEDH de 29 de abril de 2002 Pretty c. Reino Unido; de 20 de enero de 2011, asunto Haas c.

Suiza; de 19 de julio de 2012, asunto Koch c. Alemania y de 14 de mayo de 2013 (sala segunda) y de 30 de septiembre de 2014 (Gran Sala) asunto Gross c. Suiza; o la retirada de tratamientos médicos de soporte vital (STEDH de 5 de junio de 2015 (Gran Sala) asunto Lambert y otros c. Francia. Pero en un asunto más reciente a resuelto sobre la conformidad con el Convenio de la eutanasia practicada al amparo de una regulación de su ejercicio (STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto Mortier c. Bélgica).³¹

En esta línea de actuación el Tribunal no es original: ya el texto de la proposición de ley se invocaba la decisión del TEDH en el caso *Gross vs. Suiza*³² al efecto de buscar un apoyo jurisprudencial al modelo escogido por los autores de la mentada proposición. Sin embargo una cosa es que se nos haga una remisión más o menos completa a la jurisprudencia del TEDH y otra cosa es que entre los supuestos de hecho o de Derecho de cada uno de los citados precedente y el diseño que efectúan tanto el texto definitivo de la ley orgánica como la argumentación de la propia sentencia haya una relación de similitud o congruencia. Cosa que debería darse siempre, pero que en el mundo real no concurre necesariamente.

En el supuesto del asunto *Gross* nos encontramos ante un caso en el que la demandante aspira a un suicidio asistido, demanda fundamentada en una situación de fatiga vital, a cuyo efecto solicita se le proporcione un producto farmacéutico mediante cuyo uso pueda efectivamente suicidarse. Como los productos de ese tipo exigen para su expedición receta médica y la legislación suiza no contempla el supuesto concreto a que ha lugar la asistencia se le niega, siendo ese el contenido nuclear la demanda. La decisión del TEDH aprecia que el derecho helvético no proporciona directrices suficientes que garanticen con claridad el alcance del derecho al suicidio asistido y concluye que Suiza puede tolerar la figura del suicidio asistido, pero si así lo decide, dado la ausencia de consenso entre los Estados miembros del CEDH, no puede no establecer una regulación clara que evite una dolorosa incertidumbre.

Como se ve el supuesto de hecho de *Gross vs Suiza* no tiene que ver con el planteamiento que hace la LORE de la cuestión, pues esta se niega a admitir el suicidio asistido, establece un complejo procedimiento administrativo al efecto de otorgar o no la prestación y excluye de su ámbito, como hemos visto, los supuestos de padecimientos de orden estrictamente psicológico. No parece que *Gross* sea un precedente singularmente adecuado a los efectos que aquí interesan.³³ El caso *Hass vs, Suiza* es muy similar tanto por las circunstancias del caso como por las consecuencias que se siguen, si bien en este caso se registra una cierta ambigüedad que no aparece en *Gross*: de un lado se viene a sostener que:

El derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad... es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del art. 8 del Convenio (párr. 51)

31 STC19/2023 FJ 4, pp. 57793/94.

32 Conviene advertir que el caso *Gross vs Suiza* nos remite a dos decisiones distintas: de un lado una de la Sala, en la que se le da su cuota parte de razón a la demandante; del otro una segunda de la Gran Sala, que desestima el caso por darse un supuesto de fraude procesal. Obviamente es de la primera de la que se trata.

33 Recuérdese que en la tramitación parlamentaria se rechazó expresamente la solución del suicidio asistido, como en su lugar se señaló.

Pero, tras señalar la ya referida ausencia de consenso (párr. 55), concluye que la negativa helvética a eximir de la receta médica el suministro del producto que posibilitaría el suicidio asistido, no viola el derecho del recurrente:

Suponiendo incluso que los Estados tuvieran a obligación positiva de adoptar medidas que posibiliten el suicidio con dignidad, las autoridades suizas no violaron esta obligación en el presente caso (párr. 61)

El caso *Koch vs, Alemania* es muy similar al caso *Haas*, siendo la diferencia esencial que en este caso el recurrente ganó el pleito porque los tribunales alemanes declararon en tres instancias sucesivas el carácter inadmisibles de la solicitud de suicidio asistido y prologaron innecesariamente el procedimiento (párr. 54, 68 y 72), y, en todo caso,

Incluso suponiendo que tal derecho existiera, era de carácter eminente personal y pertenecería a la categoría de derechos intransferibles (párr. 78)³⁴

Lo que se reitera por remisión en el caso *Lambert* (párr. 137) que veremos en seguida.

Como puede verse en los casos a los que se la STC se remite y que hasta este momento hemos examinado sumariamente. Encontramos cuatro rasgos comunes: en primer lugar todos ellos giran en torno a una opción regulatoria que no sólo no es la escogida por el legislador español, sino que este ha rechazado expresamente: el suicidio asistido, cuya estructura es incompatible con la propia del sistema LORE; en segundo lugar, se trata de supuestos cuyo presupuesto es una dolencia de naturaleza psíquica, supuesto que no concurre en el sistema LORE y que la propia sentencia que comentamos rechaza; en tercer lugar se trata de casos en los que se combate esencialmente es o bien una ausencia de regulación, o bien la existencia de una que no consiente el suicidio por razones piadosas; en cuarto lugar se trata de precedentes que buscan su base en el CEDH en la protección de la vida privada, en la autoprotección de la vida privada para ser exactos. En suma son casos en los que no se reúne ni la similitud de situaciones de hecho, ni el establecimiento de una arquitectura legal sustancialmente similar a la prevista en el caso de la LORE. En conclusión, como precedentes que puedan de algún modo legitimar la solución adoptada por el legislador español resultan no ser pertinentes.

Restan dos posibles precedentes a los que se atribuye la posibilidad de amparar una solución similar a la prevista por la LORE, se trata de los asuntos *Lambert vs. Francia* y *Mortier vs Bélgica*, siendo ambos muy distintos entre sí. Procedamos.

Por lo que toca al primero se trata de un caso en el que los familiares de una persona en coma por largo tiempo y sostenida en vida mediante técnicas de soporte vital discrepan sobre el mantenimiento de dicho soporte o la desconexión del mismo, lo que en este caso comportaría el fallecimiento de la persona afectada por inanición. El TEDH confirma la decisión de los tribunales galos, tras un largo y muy garantista procedimiento, de proceder a la desconexión. Para lo que aquí interesa conviene precisar que el TEDH parte del supuesto que el art. 2. CEDH implica para el Estado obligaciones, de tal modo que este debe adoptar las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de las personas sujetas a su

³⁴ El demandante actuaba en representación de su esposa. Por cierto el Tribunal se remite en este sentido a un precedente español *Sandes Sandes vs España*, que inadmitió el recurso.

jurisdicción (párr. 117), sostiene la legitimidad de la regla del Código de Salud francés que establece que:

Los médicos no pueden quitar la vida intencionalmente (párr. 121)

Y que en el caso no se halla el Tribunal ante un supuesto de eutanasia (párr. 141) sino ante un caso de retirada del tratamiento de soporte vital. Lo que casa poco y mal con la pretensión de la sentencia que comentamos de usar de la presente decisión a la hora de sostener la legitimidad de la eutanasia en el modo y forma previstos por la LORE.

Si la invocación del caso Lambert no es pertinente no sucede lo mismo con el asunto *Mortier vs. Bélgica*, toda vez que en este caso si se trata de un supuesto de hecho en que se produce aplicación de una ley nacional que prevé la práctica eutanásica, bien que en condiciones muy diferentes a las previstas en la LORE³⁵. Ahora bien en el presente supuesto el TEDH se encuentra con un problema delicado: de un lado se trata de un supuesto de hecho en el que el sistema de control previsto por la ley belga ha fallado; del otro el Tribunal, consciente de la falta de consenso entre los Estados miembros a que se ha hecho referencia, no desea adoptar una posición terminante toda vez que su adopción podría tener efectos poco deseables, y, al tiempo busca una decisión unánime, que por cierto no logra³⁶.

El discurso del Tribunal parte del supuesto según el cual del art. 2. CEDH no se puede deducir

Un derecho a morir, sea con ayuda de un tercero o con la asistencia de una entidad pública (párr. 114)³⁷

De este modo el Tribunal niega la compatibilidad de la práctica eutanásica, aun en la forma de suicidio asistido, con el derecho a la vida. Empero la decisión de poner fin a la propia existencia puede tener cobertura en el art. 8 de la Convención, como señala el párrafo 124 de la sentencia:

El derecho de una persona de escoger la manera y el momento del fin de su vida, siempre que la misma se dé en situación de formar libremente su

voluntad al respecto (...) es uno de los aspectos del derecho al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8 de la Convención.

Y en ese momento el Tribunal cambia de rumbo toda vez que lo que se discute en el caso no es la conformidad de la ley belga con la Convención, sino más bien si en el presente caso aquella ha sido aplicada de forma compatible con esta última. Dicho en otros términos el Tribunal se escuda en el principio de justicia rogada para no entrar en el enjuiciamiento de la ley belga:

35 La ley belga sigue el modelo holandés, de tal modo que admite la posibilidad de la eutanasia a petición del paciente, incluso por sufrimientos psicológicos (que es el caso: depresión severa) previo asesoramiento médico y revisión posterior de la regularidad del procedimiento tras la intervención por parte de una comisión de control.

36 La sentencia tiene dos votos particulares que tienen en común situar en el centro del caso el art. 2 CEDH y ver con malos ojos el recurso al art. 8 CEDH que el voto mayoritario hace.

37 La decisión cita en su apoyo dos precedentes: el del caso *Pretty vs. Reino Unido* y el caso *Lings vs Dinamarca*.

En este asunto, el Tribunal tiene que señalar que el presente caso no versa sobre la existencia o no de un derecho a la eutanasia. Versa sobre la compatibilidad con la Convención de la eutanasia tal y como se ha practicado a la madre del recurrente (párr. 131)

Y, planteado así el asunto el Tribunal decide que, efectivamente, en el supuesto de hecho al que el caso se refiere el sistema de garantías previsto por la ley se revelado ineficiente³⁸. No obstante, ante la evidente insuficiencia de la legislación belga, el Tribunal termina por señalar que para ser compatible con el art. 2. CEDH y el consiguiente deber del Estado ("obligación positiva del Estado de proteger el derecho a la vida (párr. 131) una regulación de la eutanasia debe respetar la autonomía personal (párr. 134) y debe satisfacer determinados requisitos:

Para ser compatible con el art. 2. de la Convención, la despenalización de la eutanasia debe encuadrarse por el establecimiento de garantías adecuadas y suficientes dirigidas a evitar los abusos y asegurar el respeto del derecho a la vida (párr. 139)

Para acabar concluyendo que la ley belga no satisface tales exigencias (párr. 148).

Como precedente de la LORE la decisión *Mortier* es, cuanto menos, ambigua. De entrada porque el Tribunal se niega a entrar a enjuiciar la conformidad de la ley belga con el Convenio y trata de limitarse a un supuesto concreto de aplicación de aquella sin entrar en la suficiencia o no de las garantías que aquella establece. Del otro se admite que del art. 2. CEDH no se sigue un derecho a la autodisposición de la propia vida, y que, en consecuencia no se puede extraer del art. 2. CEDH nada parecido a un derecho de disposición sobre la propia vida, ni en el caso de dicha disposición sea obra del propio sujeto, ni en el caso de que la misma suponga intervención pública. Finalmente se admite que esa autodisposición de la propia vida es un aspecto del derecho al respeto de la vida privada previsto en el art. 8 CEDH. De un lado se señala el deber público (obligación positiva del Estado) de proteger el derecho a la vida y del otro se abre la posibilidad de una regulación (por definición pública) de la eutanasia que pueda ser compatible con el art. 2 CEDH siempre que establezca las garantías adecuadas, de tal modo que en tal caso nos hallaríamos ante un caso de despenalización, y no ante uno de ejercicio de un derecho. Muy congruente no parece que sea, ni muy precisa: el fallo reconoce violación del derecho a la vida.

Vistas así las cosas no parece que la decisión *Mortier* otorgue un fundamento sólido al sistema establecido por la LORE. Sigue planeando sobre la misma dualidad entre despenalización y derecho subjetivo, y la posibilidad de al menos dos alternativas regulatorias: el suicidio asistido y la eutanasia *stricto sensu*, que se podría (tal vez) entender admisible siempre que asegure la autonomía del paciente y su libertad de decisión.³⁹

Y resta la decisión *Pretty vs. Reino Unido* (que ya ha sido mencionada) y sus hijuelas. El caso *Pretty* trae causa de la demanda de una mujer, enferma de ELA

38 El médico que asesora a la solicitante y le recomienda el recurso a la eutanasia es, al mismo tiempo, miembro de la comisión de control que tiene que velar por la regularidad del procedimiento

39 Me parece claro, dicho sea en términos de defensa, que en la decisión *Mortier* el Tribunal no quiere tomar una posición clara. Es entendible: la posición de un tercero entre dos bandos que se tirotean entre sí no es precisamente cómoda. Pero encierra el riesgo de recibir el fuego de ambos bandos.

en estado avanzado y, por ello, imposibilitada de actuar por sí misma, al efecto de que se autorizara a su esposo a poner fin a sus padecimientos mediante la eutanasia sin por ello ser perseguido penalmente con arreglo a la legislación británica, es decir se pide o bien algo similar a una dispensa del cumplimiento de la ley penal⁴⁰ o bien que se declare que las decisiones de los tribunales británicos han violado, entre otros, los arts. 2 y 8 del CEDH al efecto de promover una modificación del derecho interno.

El Tribunal parte del supuesto de la primacía del derecho a la vida del art. 2 CEDH:

De entre las disposiciones de la Convención que juzga preeminentes el tribunal, en su jurisprudencia, acuerda la preeminencia del art. 2. (párr. 37)

Sentado lo cual el Tribunal rechaza la pretensión sostenida por la recurrente según la cual el derecho del art. 2 CEDH cubre no solo el derecho a la vida sino también el derecho a disponer de ella, el derecho a decidir sobre la propia muerte:

El art. 2 no puede, sin distorsión del lenguaje, ser interpretado como confiriendo un derecho diametralmente opuesto, a saber un derecho a morir (párr. 39)

Agregando a renglón seguido que:

Il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit à choisir la mort plutôt que la vie (párr. 39).

Como consecuencia de ese planteamiento el Tribunal señala que no es

Posible deducir del art. 2 de la Convención un derecho a morir (párr. 40)

Agregando que esa interdicción se produce:

Que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique (párr. 40).

Lo que conduce a la desestimación de la queja por violación del art. 2. CEDH.

De otro lado ante la alegación del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio da amparo a una suerte de derecho de autodeterminación el Tribunal señala que el art. 8 CEDH puede ser entendido como un precepto que ampara la autonomía personal y que la protección del mismo se extiende a esa autonomía:

Aunque no ha sido establecido en ningún caso anterior que el art. 8 de la Convención comprende un derecho a la autodeterminación en cuanto tal, el Tribunal considera que la noción de autonomía personal refleja un principio que subyace a la interpretación de las garantías del art. 8 (párr. 61)

Empero esa autonomía es exactamente eso, autonomía, esto es un poder de disposición limitado. Al efecto el tribunal señala que para que la medida limita-

40 No está de más señalar aquí que el ius dispensandi de la Corona desapareció del derecho inglés con el Bill of Rights de 1688.

tiva sea compatible con el CEDH es necesario que esté prevista por la ley, que persiga un fin legítimo y que obedezca a una necesidad social imperiosa, entendida en términos de proporcionalidad. Nadie discute la concurrencia en el caso de los primeros requisitos (vide párr. 70 y 74), el debate se centró en la doble reclamación, bien de cambio legislativo, bien de dispensa del cumplimiento mediante la pasividad del ministerio público. La Corte viene a estimar que la interdicción del suicidio asistido no es desproporcionada ni en lo que afecta a la ley misma, ni en lo que toca a la acción de la acusación, (párr. 76) finalizando con la observación de que en un estado de derecho no es admisible la previsión de supuestos de inaplicación de la ley, bien sea con referencia a un individuo, bien sea con referencia a una categoría de individuos (párr. 77), por lo que desestima la demanda también en este punto.

La doctrina *Pretty* se ha aplicado con singular radicalidad en supuestos posteriores (*Nicklimson y Lamb vs. Reino Unido*), en los que similares pretensiones a las planteadas en el asunto *Pretty* han sido primero acumuladas y después declaradas inadmisibles.

Después de lo dicho resulta difícil de entender por qué el Tribunal cita como precedentes aplicables al caso y que justifican su posición, cuando un examen, aun somero, de los casos de referencia induce a pensar exactamente lo contrario de lo que la sentencia que comentamos trata de justificar. No sólo porque algunos de dichos precedentes responden a decisiones que traen causa de un modelo que el legislador expresamente no ha querido (el suicidio asistido) y no pueden ser por ello precedentes, sino también porque en los casos en los que cabe apreciar similitud entre los casos que se citan y el contenido de la ley la doctrina del TEDH es más bien contraria al modelo establecido por el legislador y que el Tribunal Constitucional en su decisión pretende consagrar. Si desde el punto de vista de la argumentación jurídica la invocación de los citados precedentes es incomprensible si de consagrar la legitimidad constitucional del modelo LORE se trata, las cosas pueden verse desde otra óptica si el enfoque se centra en aquella, sino en las ideas y sentimientos de la mayoría del Tribunal.

V. La invención de un nuevo derecho, que, a veces, parece fundamental

Desde el comienzo de su tramitación parlamentaria lo que ahora es la ley orgánica de la que tratamos ha sido sostenida por la pretensión de dar forma a un nuevo derecho subjetivo al que se tiende a calificar de "fundamental". Según el punto de vista al que dicha pretensión recurre la sentencia que estamos comentando la primera premisa del razonamiento que conduce a la dicha pretensión se halla la afirmación según la cual cuando cambian los valores y juicios sociales que en su día se tomaron en cuenta a la hora de configurar el Derecho Constitucional Escrito el entendimiento de las disposiciones de éste último deben ser reinterpretadas al efecto de ajustar la ley fundamental al cambio, así en el FJ 4 podemos leer:

El "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que, a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado

*ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.*⁴¹

En principio no parece que haya nada que objetar, no obstante conviene señalar antes de seguir que ese "en principio" no resuelve sin más los complejos problemas que el cambio social suscita a la interpretación constitucional, y que su constatación, caso de darse, puede ser condición necesaria para cambiar la interpretación del Derecho Constitucional Escrito, pero no es *per se* condición suficiente para ello. Por citar un ejemplo ajeno: el inciso final de la enmienda VIII de la Constitución USA prohíbe los castigos crueles e inusuales, pero por tales hay que entender no los que tenían tal consideración en 1791 cuando se votaron las primeras enmiendas, sino los que tienen tal consideración a día de hoy⁴². El cambio social puede inducir e incluso hacer necesario el cambio de la interpretación constitucional, pero por sí mismo no tiene entidad suficiente para ello. El propio Tribunal es consciente de ello, y por ello señala:

*(la Constitución), a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.*⁴³

La interpretación evolutiva es legítima si, y solo sí, su resultado resulta coherente con los "grandes principios" y se dirige a hacer efectivos tales "grandes principios" en un contexto social y político significativamente distinto del que contemplaron los constituyentes.⁴⁴ En tales casos puede plantearse la corrección constitucional de aquella interpretación pero esa es operación sujeta a condición:

*En el juicio sobre la constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.*⁴⁵

Teniendo en cuenta siempre que la posible introducción de "nuevos derechos" si bien puede ser operada al menos en parte por el legislador, exige imperativamente que la obra de este no sólo respete los "grandes principios", sino que la

41 STC 19/2023 FJ.4. p. 57791.

42 Los autores del Bill de Derechos no pudieron conocer la privación sensorial, pongamos por caso, método de tortura de singular crueldad, que no cabe duda que, a día de hoy cae bajo la interdicción de la Enmienda VIII.

43 STC 19/2023 FJ 6 B) b) p.57802.

44 Un ejemplo: la fundamentación del habeas data como derecho fundamental sobre la base del art. 18.4 CE.

45 STC 19/2023 FJ4 pp. 57792/92.

introducción de nuevos derechos tenga anclaje en la declaración de derechos de la ley fundamental, pues si este no se diera, o no fuere suficiente, nos podríamos hallar ante un supuesto de reforma constitucional efectuada por actor distinto de los titulares del poder de revisión, con las consecuencias que son de rigor.⁴⁶

Dada la naturaleza de la "prestación de ayuda a morir", que consiste ni más ni menos que privar de la vida al paciente a solicitud del mismo, cabría pensar en la compatibilidad del diseño de la LORE con el derecho a la vida del art. 15 CE, primer inciso, y del art. 2. CEDH. Aquí el Tribunal se halla limitado por sus propios precedentes, para no extendernos basta citar "los casos de los GRAPO" de 1990 en los que el Tribunal desestimó el amparo solicitado por los internos miembros de dicha organización terrorista frente a la decisión de la administración de alimentarlos evitando así el mantener una huelga de hambre que podría terminar en el fallecimiento de los huelguistas:

No es posible admitir que la Constitución garantice en su art.15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente (SSTC 120/90 FJ 7 y 137/90 FJ5)⁴⁷

Decisión plenamente concorde con la jurisprudencia del TEDH (caso *Pretty* sin ir más lejos). Ahora bien de ello el Tribunal extrae una consecuencia que conviene señalar:

En absoluto puede extraerse de tal jurisprudencia una imposibilidad constitucional de admitir la eutanasia y, mucho menos, un pronunciamiento sobre el problema iusfundamental que suscita.

La observación es interesante por al menos dos razones: en primer lugar porque en los casos precitados el Tribunal no sólo negó que la asistencia médica obligatoria lesionara el derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE, sino también que aquella no lesionaba el derecho a la integridad física y moral del segundo inciso de dicho precepto constitucional (en la STC 137/90); en segundo lugar porque la contundente afirmación que se ha transcrito no se halla acompañada de justificación o razonamiento alguno que le de soporte. Y aquí no nos hallamos ante un *obiter dicta* en el que tal ausencia pudiera ser aceptable.

Lo dicho no supone que el Tribunal rehúya la cuestión, antes bien, la afronta directamente cuando sostiene en un texto esencial para el discurso que sostiene la sentencia, diciéndonos:

que la previsión del art. 15 CE se inserta en una axiología constitucional que tiene a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art 1.1 CE) y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1). En tal medida, frente a lo defendido en el recurso, la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien de la vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir.

46 Va de suyo que si se trata de interpretación evolutiva de derechos fundamentales el escrutinio debe ser estricto, a la vista de lo que previene el art. 168 CE. Por si acaso conviene precisar aquí que esa operación que puede legítimamente efectuar el juez constitucional no se halla al alcance del legislador, ni ordinario, ni orgánico, so pena de quebrantar el principio de supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE)

47 STC 19/2023 FJ 6 C) 9 b) pp. 57804/5.

La consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) "implica, evidentemente, el reconocimiento como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias" (SSTC 132/89 de 18 de julio FJ 6, por todas).

De otro lado, esta misma facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia se deriva de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cláusulas que son "la base de nuestro sistema de derechos fundamentales" (por todas STC 212/05 de 21 de julio FJ 4)⁴⁸

Donde se expone con claridad y precisión en que se funda la decisión del Tribunal en lo que al núcleo esencial de la cuestión afecta.

Lo que no se nos dice es en qué medida una construcción así es compatible con los "grandes principios" a los que ya se ha hecho referencia, y con la finalidad política que persigue un sistema de derechos fundamentales tan riguroso como el nuestro. A mi juicio en esta cuestión sigue siendo relevante el planteamiento que en su día hicieron los padres de la Constitución y que puede resumirse del siguiente modo: en la ley fundamental debe distinguirse entre Constitución en sentido propio y leyes de la Constitución de tal modo que estas últimas son ante todo normas de desarrollo y aplicación de las primeras⁴⁹, los principios de dignidad y libertad constituyen el fundamento del sistema de derechos (art. 10 CE) y, entre ellos, tiene una posición preferente el derecho a la vida toda vez que vivir es el presupuesto (lógico y ontológico, dirá en 1985 el TC) de la titularidad y ejercicio de cualquier derecho, sea este fundamental o no. En consecuencia la reconstrucción jurisdiccional de uno o varios derechos fundamentales está limitada en primer lugar por el modelo político constitucionalmente prescrito; en segundo lugar por el conjunto del sistema de derechos (y el orden constitucional de valores que subyace a éste) constitucionales y, en tercer lugar por el respeto al principio hermenéutico de concordancia práctica, que hace posible tanto una interpretación coherente del sistema de derechos como la optimización de la eficacia de los mismos. Y, vistas así las cosas, no resulta evidente que la interpretación de la que tratamos satisfaga esas condiciones.

La razón de esa ausencia de evidencia se halla muy bien expuesta en el razonamiento que podemos encontrar en la página 57802 y que reza así:

(la Constitución), a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a

48 STC 19/2023 FJ 6 C 9 (IV) p. 57805.

49 Herrero de Miñón (UCD) DSCD .Comisión 5/5/79 p. 2024, lo que explica la dualidad de procedimientos de revisión constitucional de los arts.166 y ss. CE. Que la Constitución debe asentarse en una función de justicia, para lo cual es indispensable que las distintas fuerzas políticas puedan gobernar con la misma ley fundamental. Peces-Barba ídem pp. 2031 y ss. hallándose el límite de cualquier derecho en los derechos de los demás Peces-Barba DSCD.Comisión 17/5/78 pp. 2393 y ss.

*que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.*⁵⁰

El texto es revelador: de un lado porque encomienda al legislador (ordinario u orgánico) la actualización de tales "grandes principios" lo que no parece precisamente la mejor de las ideas, desde la perspectiva de la supremacía constitucional al menos, y porque el Tribunal se autohabilita para fiscalizar dicha actualización, eso sí, sin señalar con que parámetros se puede efectuar la misma. La cuestión no es baladí porque lo que aquí está en juego es a quien corresponde el poder de revisión constitucional y como se ejerce. Como la sentencia de que tratamos no da respuesta a esas cuestiones se presta a la lectura según la cual el Tribunal pretende imponer a las Cortes Generales y a las legislaturas autonómicas su propia interpretación de la obsolescencia de ciertas previsiones constitucionales, al tiempo que se coloca en la posición de poder constituyente constituido sin que exista habilitación clara para ello, sustituyendo a la representación nacional y al cuerpo electoral.⁵¹ Entiéndase bien: no se trata de negar que la interpretación que el Tribunal haga de las normas constitucionales debe velar por su eficacia y que, al efecto, si se producen cambios sociales que tienen por consecuencia el cambio del contenido de los enunciados constitucionales el Tribunal puede actuar en consecuencia: está facultado para ello.⁵² Se trata de afirmar que ese poder de interpretación no es ilimitado, y que tiene sus límites en la conservación de las decisiones políticas que definen la "Constitución en sentido propio" (en el lenguaje schmittiano) en el respeto al orden axiológico constitucional y a la coherencia del sistema de derechos fundamentales. Y, en el caso que tratamos el respeto a esos límites no es evidente. En especial porque nuestra Constitución asume lo que el Trotsky periodista de las guerras balcánicas denominaba "la superstición cuáquero-papista de la santidad de la vida humana".⁵³

En todo caso las afirmaciones reiteradas según las cuales la LORE consagra un nuevo derecho, fuere cual fuere su fundamento constitucional, deben someterse para su validación al examen del sistema previsto en la LORE misma al efecto de comprobar si el mismo puede ser entendido en términos de derecho subjetivo o no, pues si dicho examen condujera a una respuesta negativa resulta claro que no se podría hablar con propiedad de "derecho" alguno, sino, como máximo en un supuesto de despenalización parcial.

Para que quepa hablar de un "derecho subjetivo" es indispensable que exista un instituto jurídico, que el mismo determine el contenido (la esfera de acción) que constituye su objeto, al tiempo que determina quien es su titular, que este se halle dotado de las facultades necesarias para defender mediante el uso de las facultades legales que integran el contenido del derecho y por su mera voluntad, esto es, sin concurso necesario de voluntad ajena, pueda ejercer las facultades de disposición que integran el contenido mismo del derecho.

50 STC 19/2023 FJ 6 B) b) p. 57802. Es significativo que el Tribunal se apoye en una decisión del Tribunal Supremo canadiense de 1930 que aplica la Ley de la Norteamérica Británica de 1867, que era y sigue funcionando de Constitución del Canadá, y en el seno de un sistema jurídico fundado en la declaración judicial del Derecho. Cosas todas ellas que evidentemente concurren en nuestro caso.

51 Despotismo ilustrado químicamente puro. Y ya se sabe que el despotismo ilustrado es un concepto autocontradictorio.

52 No en vano el que suscribe ya escribió en 1980 que adaptar la Constitución al cambio sin necesidad de recurrir a la revisión constitucional es una de las funciones de la justicia constitucional. Vide El Tribunal Constitucional 3.v. IEF.Madrid.1981. v. II. El tribunal constitucional como órgano político. p. 1785 y ss, en especial pp. 1812/13.

53 Es claro que D. Leon no había leído a Kant.

En el caso que nos ocupa es claro que la LORE pretende generar un instituto jurídico al efecto de atender de modo expreso, preciso y directo a una demanda social: la eutanasia. A ese efecto la LORE configura un presupuesto habilitante mediante la remisión a un haz de conceptos de origen médico que vienen a operar como conceptos jurídicos indeterminados cuya concurrencia es necesaria para que la citada habilitación se dé y, como ya sabemos, el presupuesto exige sufrimientos físicos causados por una enfermedad grave e incurable (que pueden ir acompañados de sufrimientos síquicos) que mueven al sujeto pasivo a pedir la finalización de su sufrimiento mediante la dación del fin de la propia vida. Empero si bien el complejo sufrimiento/ petición debe necesariamente concurrir no basta por sí mismo para que la última se satisfaga. En otras palabras la combinación citada es necesaria, pero no suficiente. Para que la suficiencia se alcance es indispensable una intervención en cadena de facultativos del SNS que valoren si el presupuesto concurre y nos hallamos ante una efectiva voluntad del paciente. A tal efecto la LORE diseña un complejo procedimiento administrativo que incluye no sólo un pronunciamiento favorable por parte de los facultativos intervinientes, sino también un pronunciamiento final (una "resolución") por parte de un órgano administrativo que cierra dicho procedimiento y es la que habilita el otorgamiento de la "prestación de ayuda a morir". En otras palabras nos hallamos ante un procedimiento de codecisión: para que la prestación se reconozca y efectúe es necesaria tanto la voluntad del sujeto solicitante como la voluntad del Estado expresada por los sucesivos facultativos cuya opinión prevé el procedimiento, y cerrada por la resolución favorable de la comisión de supervisión.⁵⁴

Por ende la LORE no permite la determinación del personal médico interviniente por parte del solicitante, este viene designado en forma tal que debe ser siempre facultativo del Sistema Nacional de Salud⁵⁵, bien porque presta servicio en una dependencia del mismo, bien porque lo hace en un establecimiento privado que ha establecido un convenio con el Sistema público al efecto de la presente prestación. Finalmente, en el caso de resolución positiva la misma determina que es el SNS el que fija el medio por el cual se efectúa la prestación sin que al sujeto paciente se le otro margen de decisión propia que el de escoger el lugar en el que se efectúa la prestación misma.

Como el núcleo esencial de cualquier derecho subjetivo exige que sea la voluntad del titular por sí sola la que determina el ejercicio o no de los poderes legales que forman parte del contenido del derecho, y ese núcleo aquí no se da es claro que debemos concluir que en el sistema diseñado por la LORE no hay derecho subjetivo alguno, y, por ello, no cabe hablar de un derecho de configuración legal, ni, con mayor motivo, de un derecho subjetivo de rango fundamental. Lo que la LORE establece es un sistema de homicidio rogado por razones piadosas en el que la iniciativa corresponde al paciente y la decisión y realización al Estado. Lo demás no es lenguaje jurídico, es lenguaje publicitario.

Las razones que han llevado al legislador a optar por un sistema así (que resulta obvio no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH y es más bien incompatible con ella) me parecen evidentes, y quedan en todo caso claras si se atiende al rechazo explícito que del modelo del suicidio asistido se incluyeron en su

54 Procedimiento de codecisión que la Sentencia define explícitamente como un "procedimiento administrativo" vide STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) pp. 57824/25.

55 Y por eso la LORE contempla la figura de la objeción de conciencia, que carecería de sentido si se admitiera la posibilidad de determinación del o de los facultativos intervinientes por parte del solicitante.

día en la exposición de motivos de la proposición de ley y se formularon en el debate parlamentario. Es la voluntad garantista del legislador en cerrar las posibilidades de realización de eutanasia por personal no cualificado, de un lado, y el propósito de establecer un sistema lo menos vulnerable al fraude posible, del otro, lo que permiten entender el sistema LORE, probablemente porque en un tema tan sensible y divisivo como este la posibilidad de otorgamiento de la prestación sin respetar ni la voluntad del paciente, ni la concurrencia plena del presupuesto habilitante acarrearían la deslegitimación del instituto mismo, y , con ella, de su sostenibilidad.⁵⁶ El Tribunal parece ser de la misma opinión cuando señala que la participación de un tercero (de un "agente externo") podría dar lugar a efectos indeseados⁵⁷, y , en consecuencia, veta tal posibilidad, lo que impide de raíz la posibilidad de recurso al suicidio asistido. Que es la vía que la jurisprudencia del TEDH, que ya vimos, deja abierta (por todos *Grass vs. Suiza*).

VI. La fundamentación

Una vez rechazada la posibilidad de fundar el sistema LORE en el derecho del art. 2.CEDH, y en el correlativo del primer inciso del art. 15 CE, el Tribunal se ve forzado a buscar una fundamentación jurídico-constitucional distinta que le permita salvar la constitucionalidad de la ley orgánica, para ello recurre a una línea de argumentación que recuerda fuertemente a aquella a la se refiere el TEDH al efecto de poder afirmar la compatibilidad con el convenio del suicidio asistido en los casos en los que el Estado afectado ha decidido tolerar a estos efectos tal medio. El razonamiento del Tribunal es un razonamiento en dos etapas interdependientes entre sí: de un lo que la sentencia denomina la "autodeterminación personal", del otro su incardinación en el derecho fundamental a la integridad física y moral del segundo inciso del art.15 CE interpretado a la luz del derecho a la privacidad que garantiza el art.8 CEDH. Así escribe el Tribunal:

A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho a la integridad física y moral (art. 15). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/04 FJ3 y 34 (08 FJ5))⁵⁸

Y, a renglón seguido escribe:

*Ciertamente excluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2. CEDH un derecho a morir (por todos asunto *Pretty c. Reino Unido* párr. 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos*

56 Incluso cabe pensar que la introducción en la agenda de la política sanitaria del preocupante ascenso de número de suicidios y la frecuencia con se recurre al mismo por personas jóvenes (introducción que debemos a los esfuerzos de Doña Carmen Monzón) tuvo cierta influencia en la configuración del modelo LORE.

57 STC 19/2023 FJ6 D) a) p. 57811.

58 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.

intereses. Pero, y es lo aquí determinante, la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba per se una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio (asunto Mortier vs. Bélgica párr. 137 y 138.)⁵⁹

Como consecuencia de dicha interpretación de la ley fundamental se sigue que el Estado tiene el deber constitucional de establecer un sistema mediante el cual quepa el auxilio de terceros, al menos cuando el paciente no puede obrar por sí mismo, eso sí, a condición de que se den las "condiciones extremas" que el propio legislador está llamado a configurar:

De ello se sigue que la Constitución demanda de los poderes públicos —en primer término del legislador— permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia.⁶⁰

Una decisión de tal clase por parte del paciente está amparada por el derecho a la autodeterminación, que trae causa del derecho a la integridad física y moral que, ahora sí, exige del poder público el cumplimiento de una obligación jurídica de regulación:

Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.⁶¹

Lo que supone afirmar que la Constitución no puede exigir, y no exige, que se dote a la protección de la vida humana de un paciente de naturaleza absoluta, antes bien el derecho de autodeterminación impone al legislador el respeto de ese derecho y, con él, la adopción de las medidas que sean necesarias para que

59 STC 19/2023 FJ 6 (V) in fine p. 57806.

60 STC 19/2023 FJ 6 (iii) pp. 57809/10. Si no hay "deber prestacional del Estado" no puede haber derecho subjetivo de clase alguna salvo que se opte por un modelo expresamente rechazado por el legislador: el suicidio asistido. Y aun en tal caso el Estado debería levantar los obstáculos que impiden al titular poner fin a su existencia por sí mismo. Mismamente el supuesto de hecho del caso Gross.

61 STC 19/2023 FJ 6 e) p. 57810.

si es precisa la asistencia de terceros para posibilitar que el paciente pueda poner fin a su existencia en las "situaciones trágicas" que la LORE viene a regular:

La Constitución no exige, como tampoco lo hace el CEDH, una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades, se encuentra inmerso en una situación extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho a la autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.⁶²

A efectos de exposición conviene, pues, diferenciar los dos rasgos que vienen a concurrir el sistema que el legislador ha venido a establecer: de un lado la autodeterminación, del otro el fundamento del sistema LORE en el derecho a la integridad física y moral (art.15 Constitución) y al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH).

1. La autodeterminación personal

El uso del concepto de "autodeterminación" aplicado a la persona singularmente considerada se suele usar sin demasiada precisión como sinónimo (en unos casos) o como muy próximo (en otros) a un concepto jurídico bien perfilado cual es el de "autonomía", al punto que no es raro encontrar ejemplos en que dichos términos , en su uso, devienen intercambiables.⁶³ Con origen probablemente en la sicología ese uso supone una adaptación al efecto de la posición jurídica de personas individuales del concepto político originario, en cuyo caso se aplica a un colectivo. La sustitución, aun parcial, de un concepto por otro es fácilmente entendible si se piensa que la "autodeterminación" hace referencia a un principio jurídico de mayor fuerza e impacto que el más exacto, pero menos enérgico en su expresión, de "autonomía". El primero nos remite a una capacidad de decisión plena, toda vez que nació para dar cobertura a procesos de independencia en los que una parte de un cuerpo político anterior decide separarse del original para pasar a ser un cuerpo político pleno y, por ello, dotado de soberanía, en tanto que "autonomía" nos remite a un supuesto de capacidad de decisión limitada por estar sujeto a reglas no disponibles por el titular cuyo cumplimiento le viene impuesto. De modo implícito, pero eficaz, se procura con

62 STC 19/2023 c) p. 57810. Obsérvese que el Tribunal está admitiendo la disponibilidad de los derechos fundamentales.

63 Por citar un solo ejemplo vide Benda (1996: 117), con referencia al modelo del T.I CE, esto es la GG germana.

el uso de la "autodeterminación" a acentuar el poder de disposición del sujeto titular, cuya potestad pasa a ser plena. En contexto como en el que nos movemos la sustitución no es inocua, ya que la autodeterminación invoca una capacidad de acción de mayor extensión e intensidad, aplicado a supuestos como el que tratamos la autodeterminación expresa con mayor intensidad un individualismo radical no sujeto a otras reglas que aquellas que el sujeto que se autodetermina decide darse., de ahí que se sostenga, como hemos visto, que del mismo se siguen obligaciones de hacer para el Estado orientadas a defender y garantizar la soberana voluntad individual del paciente. La autodeterminación es más extensa e intensa que la autonomía y permite eximirse de los límites que a esta última son inherentes. Empero el uso para supuestos como el que nos encontramos de la idea de la autodeterminación encierra al menos dos puntos débiles: uno que tiene que ver con el origen del concepto y otro que trae causa de su aplicación individualizada.

El primero es sencillo de exponer: la autodeterminación tiene sentido cuando, y en la medida en que, el sujeto del que la predicamos es autosuficiente y autosostenible, como en el caso de los colectivos, en especial si son sociedades, esos rasgos concurren se puede sostener que el colectivo titular es titular de poder decisión no sujeto a límites o reglas porque la necesaria base material se da. En el caso del individuo ese presupuesto no concurre, de lo que sigue que no podemos ser titulares de un poder de autodisposición sin bien acotados límites y fronteras, con lo que llegamos a la autonomía.

Como los seres humanos singulares no somos ni lo uno, ni lo otro, no podemos vivir, ni desarrollarnos, sin el concurso necesario del auxilio de terceros, nuestro poder de autodisposición tiene que ser necesariamente limitado, podemos ser titulares de autonomía, de soberanía no. Hace dos mil trescientos años ya nos lo advertía Aristóteles: el hombre es un animal de la polis: nace en ella y no puede vivir, crecer ni perfeccionarse sin la concurrencia de los recursos que le da la sociedad a la que pertenece. No es casual, pues, que el estagirita señalara que en los casos de suicidio el ofendido es la ciudad (Aristóteles).⁶⁴

La predicación de la autodeterminación individual sólo tiene sentido si partimos de una filosofía radicalmente individualista, que niega la entidad sustantiva de los marcos de vida en que nos desenvolvemos, y aquí nos asalta la paradoja: la autodeterminación comporta la plena disposición del individuo sobre sí mismo, prescindiendo de los lazos sociales, si eso es así el sistema LORE resulta incomprensible toda vez que la única solución coherente al problema de la eutanasia en ese marco no puede ser otra que la de la plena y exclusiva decisión del individuo sobre sí mismo, lo que el sistema LORE excluye de raíz.⁶⁵

De este modo la autonomía que hemos expulsado por la puerta viene a reintroducirse por la ventana. Entonces, ¿por qué en el discurso fundador no se recurre a esta? No resulta difícil entender por qué no se quiere seguir ese camino:

64 ¿Qué diría hoy cuando vivimos en un Estado Social y Democrático de Derecho, que nos ampara y protege literalmente desde el comienzo de la vida hasta su final?

65 No está de más observar aquí que la concepción individualista más radical operante entre nosotros trae causa de una filosofía social, la de los economistas de la escuela de Viena, que niegan la realidad de la sociedad misma, sosteniendo que no existe otra realidad radical que la del individuo mismo, concepción que, a través de Hayek y la sociedad Mont-Pelerin, se convierte en paradigma dominante a partir de los años 80, y en el seno del cual se comprende sin dificultad a la sra. Thatcher: " lo que algunos llaman la sociedad no existe". Paradojas de la vida: la interpretación "progresista" de la Constitución tiene en el caso de la autodeterminación la misma base intelectual que el neoconservadurismo más radical. Vide de la Nuez Sánchez-Casado (2022: 233 y ss.). Realmente hay progresistas muy raros.

una de las dos corrientes intelectuales que reclaman la centralidad del concepto de dignidad a la hora de fundamentar los derechos fundamentales es de cuño religioso (el humanismo cristiano) y la otra es portadora de un mal concepto del suicidio y sus variantes (el kantismo).⁶⁶ Si la dignidad como concepto central del sistema de derechos y como fuente de estos mismos comporta una exigencia de respeto incondicional de la persona, fundamentar en el mismo un modelo de eutanasia en el que el Estado determina por sí la regulación, se reserva el poder de fijar sus condiciones de posibilidad, estatuye la necesidad de recurrir para su práctica a un complejo procedimiento administrativo que determina si se da o no el necesario consentimiento del Estado, siendo este mismo el que la práctica no resulta ciertamente sencillo. No es de extrañar que no se recurra a él.

2. La base constitucional: el derecho a la integridad física y moral

En su necesidad de fundamentación constitucional, y vista la insuficiencia de la legitimación sobre la base de la autodeterminación, el Tribunal trata de construir una alternativa mediante la invocación del derecho fundamental del segundo inciso del art. 15 de la Constitución y construye la misma a partir de la invocación al derecho a la integridad física y moral según una lectura del mismo claramente inspirada en la jurisprudencia del TEDH referente a los casos en los que el Estado viene a tolerar algo parecido al suicidio asistido, de tal modo que, una vez admitido que el derecho a la intimidad y a la vida privada puede dar cobertura a los actos de autodisposición de una persona sobre sí misma, incluyendo en su caso la de los supuestos en que la misma consiste en poner fin a su existencia, se trata de construir una justificación del sistema LORE sobre dicha base.

La propia sentencia que invoca los precedentes TEDH mencionados no tiene más remedio que admitir que el problema que plantea la legitimidad constitucional de la LORE es distinto de los tratados por el TEDH:

Asimismo, ha de tenerse en especial consideración que, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los casos en relación con la eutanasia activa directa hasta ahora examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por los tribunales constitucionales de nuestro entorno, este tribunal se ve ahora llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad no de normas penales prohibitivas, sino de una regulación legal que habilita su práctica.⁶⁷

Para proceder a construir el discurso legitimador el razonamiento del Tribunal parte del dato de la previa admisión de la legitimidad constitucional del rechazo de tratamientos aun cuando su consecuencia pueda ser el fallecimiento, supuestos en los que no se aprecia vulneración de derechos fundamentales:

En tercer lugar, debemos destacar que la jurisprudencia constitucional respalda con base en el derecho fundamental a la integridad personal, proclamado en el propio art.15 CE, las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos aun cuando puedan conducir a un resultado fatal (STC 37/2011 FJ5).⁶⁸

66 Por todos vide Kant (2007: 36). Una aplicación en Maihofer (1996: 242 y ss.).

67 STC 19/2023 FJ 6 B. b) p. 57802.

68 STC 19/2023 FJ 6 C 9 b) p. 57805. Podría haber citado la seminal STC 137/90 FJ 6 que abre ese camino.

Ahora bien, conviene advertir desde ya mismo que tal precedente se compadece mal con un sistema, el de la LORE en el que la única decisión libre por parte del paciente es solicitar una determinada prestación, solicitud que, como hemos visto ya, puede ser avalada o no a lo largo del procedimiento administrativo y que finaliza con una resolución (de un órgano administrativo nuevamente) que es la que determina si la prestación se va a hacer efectiva o no. En todo caso se trata de un argumento introductorio, porque el efectivo suena así:

A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho a la integridad física y moral (art. 15). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/04 FJ3 y 34/08 FJ5)⁶⁹

Donde, como se ve, la autodeterminación pasa de derecho a facultad y, a renglón seguido, esta última se inserta en el derecho fundamental del segundo inciso del art. 15 CE. El Tribunal usa esa construcción para "delimitar" el ámbito propio del derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE:

El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos.⁷⁰

Así el derecho a la vida se concibe como mero medio de asegurar la autonomía individual y esta, y no aquella, es la que no admite otras limitaciones que las necesarias para asegurar los demás derechos⁷¹. A renglón seguido se nos indica que el fundamento constitucional de esa pretensión autonómica se halla en el derecho a la integridad física y moral, de tal modo que este ampara la autodeterminación y esta, a su vez, delimita el campo de aplicación del derecho a la vida del propio art. 15 CE:

Como a continuación razonamos y se desprende de lo expuesto, tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral- integridad personal en definitiva- del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida que resulta amparado por la Constitución.⁷²

Como consecuencia de lo dicho se sigue que el citado derecho a la integridad física y moral viene a amparar el suicidio, en su modalidad eutanásica al menos:

69 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.

70 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.

71 Si ese discurso fuere correcto el derecho a la vida solo ampararía al ser humano consciente y con capacidad de obrar, pues esos son los requisitos necesarios para ejercer la autonomía.

72 STC 19/2023 FJ6 d) p. 57807.

En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica.⁷³

Empero si nos detuviéramos aquí el sistema LORE no podría satisfacer las exigencias señaladas, el argumento podría ser usado al efecto de defender un modelo de eutanasia en el que la misma fuere practicada por el paciente mediante los medios que este determinare, pero no serviría para sostener la legitimidad constitucional de un modelo en el que el paciente es un peticionario que solicita, procedimiento administrativo mediante, una prestación que el Estado acuerda y se proporciona según el modo y forma que el Estado determina. Por ello es necesario dar un paso más que permita definir la realización de la petición en términos de prestación pública. En consecuencia el Tribunal se ve obligado por la propia lógica de su argumentación a dar un paso más, a saber, configurar un deber del Estado de ordenar la prestación y realizarla, en consecuencia se escribe:

Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.⁷⁴

Pero no cualquier sistema establecido por el Estado en cumplimiento de tal obligación sería constitucionalmente legítimo al ser compatible con la ley fundamental, sino sólo aquel (o aquellos) tengan la propiedad de dotar de protección suficiente a los principios, derechos y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de la citada facultad:

Sin embargo, ello no significa sin más que toda regulación de ayuda de terceros a la muerte de quien así lo decide en un contexto eutanásico sea por sí mismo compatible con la Constitución. Para que exista tal compatibilidad es necesario que el legislador, que fija los mecanismos para dotar de efectividad al derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que pueden verse afectados por el ejercicio de tal derecho...⁷⁵

73 STC 19/2023 FJ 6 (ii) p. 57808

74 STC 19/2023 FJ 6 e) p. 57810.

75 STC 19/2023 c in fine p. 57810. Donde el deber del Estado reaparece.

Sentado lo cual basta el considerar que el sistema diseñado por el legislador tiene esa naturaleza y vocación garantistas para concluir en la plena constitucionalidad del sistema LORE. Que es lo que el Tribunal decide. Puede decirse que el discurso legitimador que el Tribunal construye así resulta un tanto barroco (cosa lógica, el sistema LORE también lo es), pero no puede negarse, ni debe discutirse, que es un discurso coherente con el texto de la LORE y que supone un notable esfuerzo a tal efecto. Otra cosa es que resulte convincente y, a mi juicio, tal cosa no sucede.

Si dejamos de lado el argumento de la autodeterminación, ya visto, y cuya capacidad de convicción no es muy elevada precisamente según ya se señaló, el presente está diseñado para procurar un amparo de la eutanasia en general, primero, y del modelo LORE, después incardinándolo en algún derecho fundamental. Ahora bien, no bastaría para ello cualquier derecho fundamental (no bastaría, por ejemplo, el recurso a las libertades del art. 16 CE —ideológica, religiosa y de conciencia—) porque las mismas presuponen la conservación de la existencia de su sujeto titular, y en el caso de una prestación cuya naturaleza consiste en dar muerte al paciente con el fin de aliviar sus sufrimientos ese dato previo no concurre. Si a ello unimos que es el recurso al derecho a la vida privada del art.8 CEDH el usado en las decisiones del TEDH que de alguna manera amparan al menos los supuestos de tolerancia del suicidio asistido, como ya hemos visto, y que resulta claro que el art. 8 CEDH coincide, cuanto menos parcialmente, con la protección del conjunto de bienes que protege asimismo el art. 15, segundo inciso, CE, se entiende sin dificultad que el Tribunal se incline por una estrategia legitimadora centrada en el derecho a la integridad física y moral, entre otras razones porque la propia jurisprudencia previa del TC ha venido a señalar la inviolabilidad personal como el eje de dicho derecho.⁷⁶

Como hemos visto hasta aquí la estrategia legitimadora del sistema LORE comprende al menos dos componentes: de un lado la incardinación del sistema escogido en el derecho a la integridad física y moral; del otro su uso al efecto de delimitar el alcance de la protección del derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE. Aquí vamos a tratar del primero, toda vez que el mismo es el presupuesto de la delimitación.

El argumento del Tribunal tiene una peculiaridad que merece ser destacada de entrada: se refiere a la integridad *in toto*, esto es se refiere tanto a la integridad física como a la integridad moral, si bien la asociación que la sentencia efectúa entre el derecho del art. 15 CE, segundo inciso, y los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad apuntan más bien a la segunda y no tanto a la primera. Como estrategia discursiva está bien, otra cosa es que en el mundo real sea sostenible.

La combinación entre el derecho mencionado y los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad podría resultar adecuada, una vez más, si el objeto del juicio de constitucionalidad fuere un sistema de suicidio asistido en el que es el propio paciente el que por sí y ante sí decide poner fin a su existencia al efecto de liberarse de sus padecimientos y del que se deducen dos deberes públicos: en primer lugar el del respeto incondicional a la decisión del afectado y, en segundo lugar, la obligación de establecer una regulación legislativa correspondiente. Pero a estas alturas sabemos muy bien que no es así, que hay muy poco de "autodeterminación" del paciente en un sistema en el que la valoración de la concurrencia de los requisitos que pueden habilitar el recurso a la eutanasia depende de juicios de terceros y que el juicio de adecuación compete

76 Cf. STC 137/90 FJ 6 y concordantes

a la administración a través de un procedimiento administrativo de tal forma configurado que es la voluntad del Estado, y no la del paciente, la que determina la concurrencia o no del presupuesto habilitante y fija, asimismo, el modo y forma de la correspondiente prestación. La estrecha ligazón entre voluntad del paciente y realización de la prestación que subyace al argumento tal y como se formula, sencillamente no existe.

Descartado que la conexión principios-derecho fundamental se tan íntima como la sentencia presupone permanece en pie el dato según el cual el anclaje del sistema LORE en los derechos fundamentales depende de la inclusión de este en el ámbito de aplicación del derecho a la integridad física y moral y, con perdón del Tribunal eso es, como mínimo, muy poco claro. En abstracto cabría considerar que el respeto del derecho a la integridad moral se encuentra en estrecha conexión con los derechos reconocidos en el art. 16 CE: libertad ideológica, de creencias, religiosa y de cultos, empero tanto el derecho a la integridad moral como su conexión con las libertades de pensamiento constituyen una variable dependiente de un dato previo: el respeto a la integridad física, entendida como el derecho a ser y permanecer "entero y sin daño", entre otras razones porque si omitimos el "sin daño" abriríamos un portillo a la coacción, pero si omitimos el "entero" correremos el riesgo de quedarnos sin sujeto titular. No es casual que el propio Tribunal hable de la integridad personal, en sus dos dimensiones, en términos de "inviolabilidad" (STC 137/90 FJ 6), pero conviene asimismo recordar que la misma doctrina se aplica sobre la base de que la

vida es un valor superior del ordenamiento jurídico" (FJ 6)

como lo son la dignidad y la libertad.

En otros términos: el bien jurídico protegido por el art. 15 CE, segundo inciso, es la inviolabilidad de la persona tanto en su realidad física como en su autonomía moral. Es propio de la naturaleza misma del derecho el que la autonomía moral presuponga la inmunidad física, ya que esta es la condición de posibilidad de la primera. Pues bien, el Tribunal pretende hacernos creer que se funda en el derecho fundamental a la integridad física y moral el ejercicio de unas facultades cuya finalidad radica precisamente en privar de vida al paciente, destruyendo así la condición de posibilidad de la autonomía moral.

Si se desea una formulación distinta: el derecho a la integridad física y moral no puede dar cobertura ni al sistema LORE, ni al suicidio asistido, porque tanto uno como en el otro exigen la supresión de la persona titular del derecho fundamental del que tratamos. Sencillamente no se puede entender que privar de existencia al titular sea facultad incluida en el haz de facultades propio del derecho a la integridad personal, que es lo que a la postre el Tribunal viene a sostener. No se puede privar de existencia al titular del derecho sin destruir su integridad física y, con ella, su integridad moral. Sencillamente no se puede, como gustaba decir mi maestro "los hechos son tozudos, y no se dejan desconocer". Es más, por ello la exigencia que el propio Tribunal plantea (p. 57810, ya citada) de la necesidad de garantías efectivas (que presten "protección suficiente") de los bienes y valores constitucionales en juego no se puede satisfacer en supuestos como el presente.

VII. Las contradicciones internas del edificio

Toda la construcción que el Tribunal erige para sostener la legitimidad constitucional de un edificio legislativo, expresada en unos términos en los que en

no pocas ocasiones se nota que la regulación despierta en el Tribunal un entusiasmo fácilmente descriptible⁷⁷ reposa, como ya se ha señalado, sobre el presupuesto de la primacía general e incondicionada del principio de libertad. No es precisamente casual que la mejor intervención parlamentaria en defensa del proyecto (la del senador socialista De Lucas en el debate en la Cámara Alta) se sostuviera en ese punto de vista, no obstante el sistema LORE, que quiere basarse en el mismo, debe enfrentarse ante una realidad política y jurídica que se muestra resistente a amoldarse a ese principio rector, entre otras muchas razones porque ese no es el modelo constitucional.

Como ya hemos visto la sentencia trata de construir un derecho público subjetivo de prestación, que se viene a deducir del derecho constitucional a la integridad física y moral interpretado desde el valor superior de la libertad, lo que hace posible incardinarlo entre los derechos de carácter fundamental. Una construcción así está condenada a ser incoherente. Vayamos por partes

a) *El derecho público subjetivo de prestación.* Como ya se ha señalado con anterioridad esa construcción forma parte de lo constitucionalmente posible, pero otra cosa es que el régimen establecido en la LORE pueda ser descrito en tales términos. La cuestión no está en la subordinación de la posible prestación pública a un presupuesto habilitante⁷⁸, cosa que me parece lógica, la cuestión radica en que en los casos en que ello se da, sentado el presupuesto habilitante es el titular del derecho el que por sí puede exigir a las administraciones públicas la prestación de que se trate. Como ya sabemos en el sistema LORE concurre el presupuesto habilitante, pero la concurrencia de éste no apodera per se, e inmediatamente, al titular para exigir la prestación, antes bien el sistema LORE exige un procedimiento administrativo en el seno del cual es personal dependiente del Estado el que aprecia la concurrencia o no del presupuesto habilitante, el que propone el otorgamiento o denegación de la prestación, facultad que reside en un órgano administrativo (la comisión de verificación), sin la opinión favorable de los primeros y sin la aprobación del otorgamiento por la segunda no cabe prestación alguna. Ciertamente en sistema LORE irrazonable no es, al menos desde un punto de vista garantista, el problema radica en que el garantismo se lleva al extremo de que el hipotético derecho no se puede satisfacer sin el plácet de la administración. Como ya se ha señalado siempre hay codecisión y, por si misma, la codecisión impide que podamos calificar como derecho subjetivo el propio del sistema LORE.

b) *La cuestión de la fundamentalidad.* Que en la sentencia que comentamos casi siempre aparece tangencialmente. Aquí surge de entrada la cuestión de la posibilidad de que un derecho de prestación pueda ser un derecho fundamental. Para ser exactos si un derecho en el que el objeto del mismo consiste en una prestación pública puede ser un derecho fundamental. El objeto tén-gase claro. A mi juicio es constitucionalmente factible, en nuestro sistema de derechos al menos, que el ejercicio de un derecho fundamental por su titular o titulares comporte el deber que se impone al Estado de establecer alguna clase de acción pública, sea esta prestacional o no. Es el caso, sin ir más lejos, del derecho de sufragio, o a la tutela judicial efectiva, pongamos por caso: el

77 El caso más gráfico es, me parece, el de la evidente incomodidad del Tribunal cuando tiene que tratar con la d. adicional primera vide STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) p. 57830 y es que justificar la calificación de la muerte por eutanasia como "muerte natural" en el registro civil alegando que se trata de evitar acciones penales indebidas muy sólido no parece.

78 Eso se hace en la forma original de la vigente ley sobre el aborto: hay una despenalización parcial operada según el sistema de plazos y al eventual supuesto despenalizado se anuda la prestación pública que la gestante afectada puede exigir.

primero no se puede ejercer sin administración electoral, ni el segundo puede ser efectivo sin la preexistencia de un determinado sistema de administración de justicia. Ahora bien, en los casos en los que así sucede, y en los que casi siempre recae sobre los mismos la observación jurisprudencial de ser derechos de configuración legal, lo que es objeto de esta última son las condiciones materiales, organizativas y procedimentales del ejercicio del derecho, pero no el objeto del derecho mismo. Aquí se halla frontera que separa el derecho fundamental (que se impone al legislador) del que no lo es, que es configurable por el legislador mismo. Y, a mi juicio, es claro que en el caso que tratamos, estamos en el caso del segundo y no en el del primero. Por hablar llanamente, aquí se halla la divisoria entre el sistema basado en la regla: "la ley según los derechos fundamentales", del sistema basado en la regla "los derechos fundamentales según la ley". Y es claro que nuestro sistema, fiel hijo del alemán, por cierto, corresponde al capítulo de los primeros. Para que el modelo LORE pudiera aspirar a alguna clase de fundamentalidad sería necesario que el poder de decisión sobre la continuidad o no de la vida del sufriente dependiera exclusivamente de la voluntad de éste, de tal modo que fijada dicha voluntad el Estado viniera obligado a establecer primero y proporcionar después la o las prestaciones atinentes al caso. Y eso aquí no se da.⁷⁹

c) *Un vicio estructural*. Que no es otra cosa que la aplicación al caso de uno que aqueja al sistema general de gobernación del país, cuando éste trae causa de una opción a favor de un potente sistema de autonomías territoriales. En nuestro sistema autonómico no existe foro, escenario o método alguno que afronte la cuestión de las relaciones entre el nivel nacional y el nivel territorial de gobierno. Si el reparto competencial que hace el bloque de la constitucionalidad se hubiere configurado a partir del criterio según el cual la competencia sobre cada materia es siempre exclusiva, de tal modo que en cada una de ellas la totalidad de las potestades públicas recayentes sobre cada materia o bien se adscriben al nivel nacional de gobierno, o bien se encarga al nivel territorial la cuestión sería sobrellevable. Pero no es así. El criterio de asignación de competencias seguido por el bloque de la constitucionalidad pivota sobre la compartición competencial: las materias de competencia autonómica exclusiva, aun siendo formalmente muy abundantes, son muy mayoritariamente de escasa entidad, en tanto que las más relevantes⁸⁰ son objeto de compartición competencial, bien porque el nivel nacional de gobierno asume todas o las mayoría de las facultades de normación, encargando la ejecución y/o la gestión de los asuntos al nivel territorial de gobierno, bien porque el nivel nacional retiene una competencia normativa limitada a la estructura y normas principales, correspondiendo al nivel autonómico el desarrollo normativo y la ejecución de una regulación, mixta por definición. Pero, olvidando el sabio consejo del Derecho Canónico, el modelo existente no contiene ni instancias, ni reglas que hagan efectivo el criterio "lo que a todos afecta, entre todos debe ser decidido". Y ello pone en tela de juicio la unidad de acción y la posible fundamentalidad del sistema LORE. Por poner un solo ejemplo: la LORE no precisa ni quien, ni como, ni cuando, ni en qué condiciones se va a poner en planta en cada territorio la Comisión de Verificación, como es esta la que decide sobre el otorgamiento o no de la autori-

79 Por cierto, no se alcanza a entender como la LORE no prevé clase alguna de servicio de atención psicológica a la persona del sufriente. Y no será porque en el trámite parlamentario no se plantearan observaciones y enmiendas en este sentido. Que se lo pregunte al senador Roman Jaseneda.

80 Incluso a nivel presupuestario: enseñanza y sanidad suponen no menos del 60% del gasto de las Comunidades Autónomas, y no faltan casos en que ese nivel resulta superior.

zación de la prestación se abre la puerta a la divergencia de criterios, aun extrema, entre los diversos actores institucionales competentes. Si a ello añadimos que el sistema constitucional español está pensado para regir una democracia consociativa y que ya llevamos años sufriendo una dinámica política de polarización, proclive por demás a la "política de adversarios" no parece que el riesgo de fragmentación aplicativa sea algo poco imaginable. Y esa posibilidad niega de raíz la fundamentalidad del sistema LORE.⁸¹

d) *El contenido de la prestación y el art. 15 CE.* Como ya sabemos el contenido de "la prestación de ayuda a morir" se configura mediante la combinación de dos elementos: de un lado la voluntad del sufriente de que se ponga término a su padecimiento mediante suicidio ; del otro una regulación según la cual la voluntad del sufriente debe ser acreditada, y una vez producida la acreditación se exige seguir un complejo procedimiento administrativo que finaliza en una "resolución" que habilita a la administración sanitaria competente a poner fin a la existencia del sufriente solicitante mediante un envenenamiento mediante fármacos. En suma: el sufriente pide, la administración acuerda y el Estado (SNS mediante) mata. Mas allá de la retórica al uso el sistema excluye que se pueda hablar de autodeterminación toda vez que sin la voluntad del Estado y su acción la prestación ni se otorga ni se realiza. Por sí mismo el modelo así diseñado no se puede justificar en los términos de una autodeterminación que se funda en la combinación entre dos principios constitucionales (dignidad y libertad) y la invocación del derecho a la integridad física y moral. De hecho si nos debemos tomar en serio la invocación de la autodeterminación personal, de ella se sigue que cualquier intervención pública en la realización de la solicitud del paciente que no sea interpretable como meramente facilitadora del propósito del sufriente, cuando este es libremente adoptado, resulta incompatible con dicha autodeterminación y, en consecuencia, habría que concluir que deventría inconstitucional. Como el sistema LORE no responde a tales parámetros habría que concluir que el mismo es inconstitucional en la medida en que exige la concurrencia de la voluntad del Estado. Mas claro: si hay autodeterminación personal caben dos vías de salida contrastadas: o bien se opta por el suicidio asistido, o bien se sigue un sistema similar la holandés o belga en el que basta la solicitud del paciente, con el asesoramiento en su caso de, o de los, facultativos pertinentes para proceder o bien a proporcionar al solicitante los medios necesarios para consumar su propósito o bien para darle la asistencia técnica necesaria para que medio o medios cuya administración produce el fallecimiento se usen correctamente. Ninguna de las dos es compatible con el sistema que sigue nuestra ley orgánica, y, por ello, carece de sentido hablar de "autodeterminación" del sufriente en el sistema LORE.

e) *La delimitación del ámbito de los derechos del art. 15 CE.* La sentencia reconoce que en supuestos como el que estamos tratando nos hallamos en presencia de al menos dos derechos fundamentales que entran en concurso: el derecho a la vida del primer inciso y, en función de la construcción realizada, el derecho a la integridad física y moral. Como es bien sabido ha sido doctrina constante del Tribunal que en caso de concurso de derechos fundamentales el intérprete debe operar de conformidad con el principio hermenéutico de concordancia práctica, de tal modo que debe preferirse sistemáticamente la solución o soluciones del concurso que hagan posible que, en el caso, todos los derechos fundamentales en juego tengan la máxima eficacia posible, y, en consecuencia, deben excluirse aquellas interpretaciones que conducen a

81 Que, de este modo, postula su propia reforma.

la primacía incondicional de uno de los derechos fundamentales en concurso. Pues bien, en el presente caso el intérprete no opera así, más bien lo que hace es otorgar una preferencia sistemática a uno de los derechos en concurso. No lo dice abiertamente, claro está, pero lo hace y, emboscadamente, lo dice. A mi juicio el punto clave se halla cuando en la sentencia podemos leer lo siguiente:

Como a continuación razonamos y se desprende de lo expuesto, tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral- integridad personal en definitiva- del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida que resulta amparado por la Constitución.⁸²

Obsérvese que el concurso de derechos fundamentales no se trata de afrontar y resolver considerando el peso de aquellos en el caso al efecto de procurar una solución óptima desde el punto de vista de la eficacia de las disposiciones constitucionales, antes bien lo que se hace es otorgar en el caso una posición más fuerte a uno de ellos, de tal modo que el favorecido "delimita" el contenido del minusvalorado, que lo es en razón de esa unilateral "delimitación". Hay un derecho fundamental más débil (el del primer inciso del art. 15 CE) y un derecho fundamental más fuerte (el del segundo inciso del art. 15 CE) y es este último el que "delimita" al primero: un derecho delimita y el otro es delimitado. Punto. La solución dada no se ajusta al principio de concordancia práctica, en tanto en cuanto supone dar una prioridad genérica a uno de los derechos fundamentales en juego en detrimento del otro, que se diga que hay un derecho fundamental que "delimita externamente el ámbito de aplicación del otro" supone que uno de los derechos fundamentales en concurso, por sí, tiene la capacidad de determinar por sí solo, insisto, cual es el "ámbito de aplicación" del otro, que de este modo le viene inevitablemente subordinado, este último es plenamente válido y eficaz sólo en el "ámbito" que el derecho fundamental preponderante le permite mantener.

La debilidad intrínseca de tal construcción aparece así con claridad: si hay un derecho fundamental que delimita y otro que es delimitado es preciso admitir que en caso de concurso el segundo será válido y eficaz en el "ámbito" que el primero determine: todos los derechos fundamentales son iguales, pero alguno o algunos son más iguales que los demás. No parece una construcción afortunada.

De otra parte esa construcción deviene aún menos afortunada si se considera que el derecho fundamental que la misma subordina es el presupuesto necesario de la posibilidad de ejercicio del derecho al que se atribuye un rol preeminente: para poder gozar del derecho a la integridad física y moral, y con ella, de la autodeterminación que es su consecuencia, es preciso estar vivo (los difuntos no son titulares de derechos) y mantenerse vivo, pues de otro modo la autodeterminación se convierte en autodestrucción. Y si un derecho fundamental posibilita la continuidad del titular y otro exige, en su ejercicio, que esta se rompa no parece exagerado sostener, al modo de Rawls, que el primero y el segundo guardan entre sí una ordenación lexicográfica.

82 STC 19/2023 FJ6 d) p. 57807.

VIII. Balance y perspectivas

1. A estas alturas me parece que no es irrazonable sostener que la LORE no es un producto normativo que destaque por su calidad. Es cierto que un juicio negativo sobre la calidad, por sí mismo, no nos dice nada acerca del problema, bien distinto, de la compatibilidad del mismo con la Constitución, que es el objeto propio del juicio de legitimidad constitucional, pero una vez dicho eso también hay que admitir que si un texto legal adolece de deficiencias compete al legislador revisar su texto al efecto de facilitar su aplicación y evitar conflictos. El mero hecho de que una sentencia desestimatoria de un recurso de inconstitucionalidad contenga importantes correcciones a la obra del legislador, como hemos visto sucede en el caso, no hace sino reforzar esa opinión que, como mía, no pasa de ser humilde.

2. La construcción en que se basa el juicio de compatibilidad de la LORE con la Constitución no pasa de ser endeble, haciendo un juicio benévolo. Siendo de notar que las debilidades se concentran no en aspectos secundarios del régimen legal previsto, sino en su núcleo esencial. Aunque solo fuere por prudencia revisar la LORE debería figurar en la agenda del Parlamento.

3. Adicionalmente la compatibilidad de la doctrina que fija la sentencia con la jurisprudencia del TEDH no es precisamente evidente, por decirlo en términos suaves y, en consecuencia, el juicio sobre ley orgánica y doctrina desde la perspectiva del art. 10.2 CE no parece gozar de muchas posibilidades de ser favorable, especialmente si se considera el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

4. La doctrina de la sentencia que comentamos se separa de la preexistente, inaugurada por la STC, s 53/85, y reafirmada en las STC, 136/90 y 127/90. Como esa doctrina precedente no es compatible en puntos esenciales con la fijada por la que comentamos y, al tratarse, cuanto menos en la primera de ellas, de decisiones del TC que gozan de efectos generales (art. 38.1 LOTC) al resolver recurso de inconstitucionalidad cabría plantearse si en casos similares posteriores no sería necesario que la decisión que porta una nueva doctrina debería explicitar tal cambio, un poco al modo del proceder habitual del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, toda vez que no parece suficiente la bien conocida doctrina según la cual cuando un tribunal cambia de criterio de decisión debe sustituir un criterio general de decisión por otro, bastando a tal efecto que tal cambio sea reconocible como tal.

5. En cuanto al fondo la doctrina que sienta la sentencia que comentamos me parece incompatible con la jurisprudencia de valores toda vez que esta contempla los derechos fundamentales como institutos jurídicos preordenados a la protección de determinados bienes (que devienen valores cuando reciben un uso estimativo) y, en la presente se avala la legitimidad constitucional de una norma que establece un supuesto de hecho nuevo que hace factible que el Estado mate a un ciudadano fuera de los casos que contemplan tanto el propio art. 15 CE como el art. 2 CEDH.

6. Si no me equivoco la interpretación de los derechos fundamentales en juego que efectúa la sentencia reposa sobre el presupuesto de un cambio sustancial del orden de valores sobre el que reposa el entero sistema de derechos constitucionales (por citar un ejemplo vide FJ6 B) b) p. 57802). La sociedad ha cambiado y, por ello, la lectura de la carta de derechos, y del orden de valores que a la misma subyace debe cambiar. Debe hacerse notar que aunque el texto invoca la jurisprudencia evolutiva, en un caso como el presente no hay tal, hay una sustitución de un discurso fundado en la intangibilidad de los derechos fundamentales por otro que hace posible su modificación, por obra de los poderes constituidos y que se funda no en un complejo doctrinal alimentado por dos corrientes ideológicas éticamente muy exigentes (kantismo y humanismo cristia-

no), sino en una visión rigurosamente individualista de los mismos que identifica como "derecho" cualquier pretensión socialmente relevante y que presupone que siendo subjetivos los valores, cuando estos cambian la interpretación constitucional debe cambiar. Vistas así las cosas me temo que habrá que recordar lo que escribió hace muchos C. Schmitt en su artículo "La tiranía de los valores": a saber admitido que los valores, incluidos los constitucionales, son subjetivos la jurisprudencia de valores es una máscara de la voluntad de poder (Schmitt, 1961: 65).

7. Concluyendo. Me temo que una buena parte de la incongruente doctrina que la sentencia constitucional 19/2023 porta no es sino una consecuencia de una errónea política de personal, a la que han contribuido los dos grandes partidos, que no busca jueces constitucionales imparciales y de consenso, sino jueces constitucionales militantes de parte. Política de personal que tiende a producir decisiones inadecuadas y hasta peligrosas, sea la mayoría conservadora (véase la inverosímil STC 148/2021) o "progresista" (la presente).

Bibliografía

- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Libro V, C. XI.
- Benda, E. (1996). Dignidad humana y derechos de la personalidad. En Benda et alii. *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 117-144). 1.ª ed. Marcial Pons: Madrid.
- de la Nuez Sánchez-Casado, P. (2022). La Escuela Austriaca. En H. Aznar y K. Esteve (eds.). *Crisis y revisión del liberalismo en el período de entreguerras* (pp. 233-256). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (2007/1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Maihofer, W. 1996 "Principios de una democracia en libertad", en E. Benda et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 1ª ed. Marcial Pons: Madrid.
- Martínez Sospedra, M. (2021). Entre los Países Bajos y Oregón: eutanasia, garantías y suicidio asistido: notas sobre la ley orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia y su tramitación parlamentaria. *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, 35, 57-114.
- Schmitt, C. (1961). La tiranía de los valores. *Revista de Estudios Políticos*, 115, 65-82.
- Serrano del Rosal, R. y Heredia Cerro A. (2018). Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio asistido. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 161, 103-120.