

DERECHO MORAL Y DERECHO A LA MUERTE EN SENTIDO ESTRICTO: AL HILO DEL BIODERECHO DE ANDRÉS OLLERO

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón
UCM

El Profesor Andrés Ollero ha reunido en su ya larga trayectoria de forma convincente la dedicación a la vida activa, en su faceta más noble a juzgar de los clásicos, que es la política, con la actividad universitaria. Casi podríamos decir que no encontró oposición entre ambas actividades que realizó de forma paralela. Se distingue así de quienes prefirieron dedicarse al ocio creativo tras la actividad política como Montaigne o incluso fueron expulsados a ella como Tucídides. Culminando este esfuerzo ha llegado a la posición de magistrado del Tribunal Constitucional. Posición que parece relacionada y sin embargo es distinta de cualquiera de las anteriores. Distinta en cuanto se le ha creado una especial incompatibilidad con seguir haciendo lo mismo, relacionada pues la nueva actividad hunde sus raíces o se justifica en lo que anteriormente ha realizado. Así su presencia en el Tribunal exige la actividad docente como requisito habilitante y probablemente si consideramos las exigencias de la oportunidad también una cierta labor política. La nueva condición puede definirse como peculiar en el sentido de que ya no sabemos si atribuirla en sentido estricto a la vida activa de servicio a la polis o a la vía filosófica de búsqueda de la verdad.

Y ello por que no cabe duda de que en la función recién adquirida , el homenajeadado ha repetido una costumbre que venía incorporada ya a sus discursos parlamentarios, y que era adoptar un tono, que sin ironías califico de profesoral. Esta elevación del debate a través de los votos particulares es una aportación innegable de Ollero, recibida a mí entender con una cierta reticencia por buena parte de la opinión y de los colegas.

Por supuesto, cuando nos referimos a la elevación del debate a través del tono profesoral debemos huir de algunas definiciones de profesor producidas desde el exterior de la academia y con las que he coincidido por mis particulares aficiones gomezdavilianas.

Así el filósofo Emil Cioran, motivo y causa de muchas tesis pero no autor de ninguna y ello a pesar de haber disfrutado una bolsa de estudios del gobierno francés a estos efectos, imprecaba a un catedrático bajo el conocido dictum de que òle pagan por ser neutralö, posición que quizás con sorpresa o quizás sin ella encontramos en la definición macinteriana de la Universidad contemporánea, o más bien del estado al que han llegado los anteriormente caracterizados como templo del saber.¹

En la misma línea respecto a la neutralidad se manifestaba el escritor colombiano Nicolás Gómez Dávila para quien la actividad universitaria tenía la peculiaridad de congelar el saber, indudablemente por las mismas razones que hemos visto en Cioran. Esta actitud en el caso del bogotano podría atribuirse al desconocimiento, pues no frecuento ningún nivel de la enseñanza reglada, y refleja una cierta contradicción en su vida, en cuanto participó en la fundación de la Universidad de los Andes, de notable prestigio en Colombia.² Para mayor desconcierto, la intención de los fundadores parecía ser la reproducción del modelo norteamericano, que con el tiempo y en el apogeo de la corrección política haría de la pretendida neutralidad toda una bandera. Recordamos pues un escolio de Gómez Dávila: òLa civilización no mora sino en casas solariegas. En aulas universitarias muere de frío.ö

Esa imparcialidad que gomezdavila detestaba en la literatura pero que entendida en el sentido del desapego antiexistencialista (lo opuesto a no conocemos sino lo que hacemos nuestro) también sería criticable en el estudio del Derecho: òSentirnos capaces de leer textos literarios con imparcialidad de profesor es confesar que la literatura dejo de gustarnosö.

Creo no sorprender a nadie cuando afirmo que en esos sentidos Ollero no ha sido nunca ni desapegado ni imparcial. Una notable distancia irónica le ha permitido comprometerse sin parecer catequista, pero me parece claro que estaría libre de las imputaciones de Cioran o Gómez Dávila, que si me parecen justas respecto a buena parte de los profesores contemporáneos. Por supuesto se encuentra aún más libre de otras imputaciones no menos ofensivas òEnseñar exime de la obligación de aprenderö.³

¹ Especialmente en su obra *Dios, Filosofía, Universidades*, trad. esp., Ed Nuevo inicio, Granada, 2012.

² Véase en este sentido José Miguel Serrano, òNicolás Gómez Dávila. Contra la Academia y la profesionalización de la culturaö, *Nueva revista de política, cultura y arte*, nº 145, pp. 155-167.

³ Nicolás Gómez Dávila, *op. cit.*, p 559.

Ciertamente la actitud de Ollero le ha creado sus problemas, ignoro cuales fueron los de su vida política y no voy a entrar en los de la universitaria, doctores tiene la Iglesia, pero los de su función en el Tribunal Constitucional han sido bien notorios y dicen bastante de la lectura que de la coherencia de ideas tienen buena parte los observadores políticos, ciertamente escorados a la izquierda. Podría pensarse por lo que le pasó posteriormente al actual Presidente del Tribunal que alguien manejara su actividad parlamentaria como argumento pero curiosamente la ñincompatibilidadö se encontró en su actividad universitaria o intentando ser más preciso, en sus opiniones jurídicas.

Exigencia peculiar esta de que a quien se le exige reconocido prestigio y al menos quince años de ejercicio profesional, se le pida, en cierta forma también la ñirrelevanciaö en facetas fundamentales de su actividad.

* * *

Ollero por supuesto había visto lo que se le venía encima, en cuanto observó que la ñparcialidadö rechazada por el pensamiento dominante, es sólo un tipo de ñparcialidadö por usar el término con el que se critica, la que hunde sus raíces en una apreciación de la realidad abierta a la realidad ontológica o aún peor a la verdad religiosa. De hecho, la confusión intencionada podría reducirse a decir mas o menos lo que sigue: toda valoración de la vida como un bien intangible o sagrado es de base religiosa (al menos a los asuntos sujetos a controversia) y evidentemente esa base debe excluirse del discurso público.

Considerando la gran aportación de canonistas o eclesiásticos del Estado en este volumen dejo a ellos el tratamiento del asunto. Tan sólo me limito a apuntar algunas de las valiosas ironías que Ollero ha prodigado sobre este intento de exclusión, que con acierto venía augurando que se le aplicaría:

ñAdmitida en clave cognostivista una racionalidad práctica, sólo una caprichosa determinación justificaría la exclusión de toda propuesta con posible parentesco religioso. Rechazada la razón práctica, por el contrario no cabrá recurrir a argumentos, tampoco para justificar la presencia en el ámbito público de una religión a la que se ha adjudicado la condición de perturbadora o incluso despreciable. Dentro del un mero zafarrancho sentimental será fácil acabar identificando la postura propia en el sentido común, convertirla en pagana religión civil, negar el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa y conceder al creyente con generosa tolerancia, desde un nada descartable fundamentalismo, el honroso privilegio de exponer posibles discrepancias en la intimidad de su hogar.ö⁴

⁴ Andrés Ollero, *Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público, en Derecho moral y religión, en Bioderecho, entre la vida y la muerte*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2006, p. 99.

Recientemente hemos tenido ocasión de reflexionar sobre ese uso alternativo anticristiano en el encuentro que sobre Libertad religiosa celebró la Universidad de George Town en Roma entre los días 13 y 14 de diciembre. Aunque puede resultar aparentemente un caso menor frente a la persecución en sentido pleno de, por ejemplo, la India, estamos de acuerdo con el profesor del Ramsey Centre de la Universidad de Oxford Roger Trigg sobre que la presión en países como el Reino Unido (o España) está aumentando.⁵ La acritud con la que se manifestaron esas acusaciones de contaminación nos han permitido recordar otro escolio reiteradamente citado «El mal humor es secreción específica del intelecto de izquierda».⁶

El argumento fue descrito por el diario *El País* de la siguiente forma, ciertamente haciendo «lalomö y jugando a la atribución de la opinión a terceros:

«Andrés Ollero, recientemente nombrado magistrado del Tribunal Constitucional, será el ponente de la resolución sobre el recurso presentado por el PP contra la nueva ley del aborto aprobada en 2010. Asociaciones de jueces y colectivos de mujeres, y partidos como el PSOE, han opinado que Ollero debería inhibirse de participar en el debate para evitar la tacha de parcialidad que deriva de sus reiterados pronunciamientos públicos no solo contra esa ley sino contra el aborto en general.»⁷

Si no he interpretado mal, el argumento dominante durante las presiones proyectadas sobre Ollero a fin de que no manifestase su opinión sobre la constitucionalidad de la Ley Aído podría resumirse como sigue:

Ollero ha manifestado su opinión reiterada sobre aspectos jurídicos que pueden ser sometidos a control de constitucionalidad. Tiene una opinión coherente, y entiendo que aún no prohibida, sobre aspectos tales como la constitucionalidad o no de una Ley que no proteja en modo alguno la vida prenatal, o sobre la existencia de un derecho a eliminar fetos, derecho sagrado en la terminología postdworkiniana,⁸ o sobre la pretensión de la existencia de un derecho a la muerte en sentido estricto. El tener una opinión manifestada en obras teóricas sobre estos aspectos contaminaría la neutralidad de Ollero sobre un recurso en estas materias en el Tribunal Constitucional.

⁵ Roger Trigg, *Religion in Public Life: Must Faith Be Privatized?*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁶ Nicolás Gómez Dávila, *op. cit.*, p 626.

⁷ *Diario El País*, 16 de agosto de 2012.

⁸ R. Dworkin, *Religion Without God*, Harvard University Press, 2013.

El sofisma manejado es lo suficientemente claro como para que fuera necesario contestarlo, permítaseme sin embargo una ligera reducción al absurdo con ánimo polémico.

En determinadas materias lo normal es que el conocimiento se manifieste de una forma creativa. Eso pareció en su momento el principal papel del oficio universitario. Dicho de otra forma, salvo que se demuestre lo contrario, y con la excepción del núcleo de los sabios ágrafos, que los hay, aunque muchas veces bajo palabra de honor, en Derecho el que sabe sobre algo ha escrito sobre eso, es decir, ha manifestado una opinión fundada.

En efecto, por una diversidad de razones el control de conocimiento universitario se ha reducido en algunas ocasiones a una serie de parámetros formales, agudizados hoy en día por el sistema de indexación de las revistas. La crítica sin embargo, salvo error por mi parte, no se ha centrado sobre una carencia de correspondencia con esos parámetros en el trabajo del homenajado sino en la existencia de esas tomas de posición.

La aporía es notoria. Se supone que salvo que los nombramientos para magistrado sean fruto de la arbitrariedad, estos tienen que estar motivados en los conocimientos constitucionales de los magistrados. Ahora bien, estos conocimientos en el caso de los profesores se manifiestan en trabajos escritos que deben incluir ciertamente tomas de posición constitucionales. Según la teoría que puede deducirse de los alegatos de prensa observados, el saber de una materia, que se prueba mediante la publicación sobre esas cuestiones, contaminaría la posición para un posible juicio sobre las mismas.

Creo que en esto, como en tantas cosas, el argumento apenas esbozado traiciona en ciertamente una opinión subyacente que lee las resoluciones del Tribunal Constitucional como un juicio entre una parte, que aprobó una ley, por ejemplo, y otra que fracasó en su intento de impedirlo. Procedimiento donde el Tribunal da a cada parte lo suyo, algo así como su razón ideológica. En este contexto no es la opinión sobre la constitucionalidad o no de una norma lo que prima sino lo que se le da a uno y a otro. De esta forma, la opinión manifestada anteriormente se describe como la proclividad a dar a uno o a otro y no como lo que es, es decir, una medio que prueba el conocimiento constitucional.

Sirva el breve excurso para aclarar que al recoger algunas opiniones sobre el denominado "derecho a la muerte" manifestadas por Ollero como profesor o parlamentario no pretendo apartarle de posibles resoluciones sobre esta pretensión que pudiesen llegar ante el Tribunal Constitucional, tampoco por supuesto sustituir su ulterior

juicio como si estuviese fijado completamente por opiniones manifestadas en diversos foros o circunstancias.

* * *

Derecho a morir. ¿Qué tipo de derecho?

Supongo que es arbitraria mi opinión de que el autor que mejor ha tratado la cuestión del denominado derecho a morir, o si se quiere rebajar la contundencia de la afirmación el derecho a morir con dignidad, ha sido un médico de amplia formación filosófica: Leon Kass.

Este autor, nacido en el South Side de Chicago, licenciado en medicina, doctor en bioquímica y activista en la campaña de registro de voto en Missisipi durante el esfuerzo por los derechos civiles, fue principalmente discípulo de Hans Jonas. Por otra parte fue profesor en el St John College lugar de desarrollo del programa de los grandes libros, por el que muchos hemos sentido fuerte simpatía. Tiene además la peculiaridad de manejar argumentos similares a los que utiliza Andrés Ollero, en el sentido de insistir en la juridicidad del derecho tratado, lo que lleva inmediatamente al rechazo del maximalismo de los denominados derechos morales, o si se quiere de la reivindicación de un derecho absoluto.

No supone esto en ninguno de los dos autores observados que se pueda ignorar la compleja relación entre Derecho y Moral, cuestión sobre la que ha vuelto Ollero en el que creo que, hasta el momento, es su último libro:

õDerecho y moral seguirán mientras cruzándose y entre cruzándose en el complejo juego de los derechos humanos. No toda exigencia moral podrá aspirar a verse convertida en derecho, pero siempre que se plantea una exigencia jurídica de cierta solidez la respuesta- positiva o negativa- a su requerimiento no será nunca ajena a un trasfondo moral. Ninguna aportación debería verse excluida a la hora de conformarlo.⁹

El derecho absoluto reivindicado de tipo moral tiene dos peculiaridades que han sido señaladas con acierto por Kass: la primera es que elimina totalmente el proceso político

⁹ Andrés Ollero, õDerechos humanos y multiculturalismoö, en *Derecho moral y religión, en Bioderecho, entre la vida y la muerte*, Thomson Aranzadi, 2006, P 18

de elaboración de la norma. El segundo es que deja fuera de la visión cuestiones que son relevantes desde una óptica jurídica. En lo que se refiere a la primera habitualmente quien propone una nueva norma asume en el proceso político de elaboración normativa una especie de carga de la prueba consistente no sólo en la justificación de la reivindicación sino en la construcción del razonamiento y consenso que la justifica.

Como ha señalado Kass aunque el peso de la carga filosófica de la prueba para establecer derechos nuevos, especialmente uno tan extraordinario como el òderecho a morir, debería recaer sobre los proponentes, la carga social de la prueba ha recaído sorprendentemente en quienes se oponen a la elección voluntaria de la muerte mediante el suicidio asistido (se refiere a la legislación de Oregon procedente del referéndum de 1994)¹⁰.

Este proceso natural de construcción política, que prueba la superioridad de la ley razonada, articulada, escrita y votada se abandonó en Estados Unidos durante la explosión de reivindicaciones de los años cincuenta y sesenta que llevaron a la aprobación de nuevos derechos, especialmente en los setenta y muy particularmente tras *Roe v. Wade*.¹¹

La historia de este proceso no es justa sin considerar que una serie de circunstancias habían provocado que los denominados derechos civiles encontrasen grandes trabas en su desarrollo en la legislación, fundamentalmente por el juego de tensiones entre algunos legisladores estatales y la legislación federal. El protagonismo adoptado por los jueces federales no pareció en principio sino la forma jurídica fundamental para supera las dificultades del proceso político.

Pero es justo preguntarse si a la postre los efectos de la solución no han hecho sino crear una serie de nuevos problemas. En la cuestión de los derechos en torno a la *due clause* norteamericana y en torno a la *privacy* es donde estas consecuencias afloran con mayor fuerza. La imposición maximalista de algo parecido a lo que Dworkin ha venido llamando el òsagrado derecho al aborto òha eliminado el debate sobre aspectos esenciales como es la naturaleza del nasciturus y ha establecido una limitación radical a las funciones del legislador. No hay que ser estrictamente originalista como el juez Scalia para sospechar que el Tribunal va mas allá de sus competencias en la imposición de las soluciones adoptadas.

¹⁰ Leon Kass, *Liberty and the Defense of Dignity. The Challenge for Bioethics. Encounter books*, San Francisco, 2002, p. 202.

¹¹ 410 U.S. 113 (1973).

El problema evidentemente no se limita al juego legislador creando derechos mediante la ley o tribunal creando derechos mediante la sentencia y la extensión de conceptos que originalmente realizaban otra función, sino al propio juego de la afirmación de nuevos derechos.

A esto se refiere Kass cuando afirma que al aceptar un derecho como el derecho a morir creamos el riesgo de extender la función tradicional protectora de los derechos a áreas donde no se cumplen ya esas funciones y que van más allá de las áreas limitadas donde los derechos protectores cumplen sus funciones apropiadas. Se perjudica así nuestro conocimiento de los derechos y debilitamos su respetabilidad en su esfera propia cuando permitimos que sean inventados sin apoyo en la naturaleza o en la razón, respondiendo con ellos a demandas morales que se encuentran más allá del derecho. Al mismo tiempo distorsionamos nuestra percepción del razonamiento moral cuando reducimos las cuestiones de lo correcto o de lo bueno a un debate de derechos individuales. Podríamos añadir que esto resulta especialmente distorsionador cuando se ignoran las exigencias de la ética del cuidado o de la atención a la dependencia introduciendo el derecho individual absoluto como único criterio de lo correcto. Igualmente se destruye la primacía de la virtud de la prudencia cuando se pretende que la mera afirmación de derechos va a producir los mejores resultados y las consecuencias más morales. Cuando se pretende resolver todo con la apelación a los derechos personales nos podemos ver defraudados en las cuestiones más fundamentales sobre la vida y la muerte, la finitud ineludible o la interdependencia de nuestras vidas.¹²

Estos nuevos derechos no se justifican en la naturaleza o en la razón sino en una posición nihilista que sustenta una doctrina postliberal de derechos justificados en la voluntad creadora del hombre o más bien de cada hombre.¹³ No entramos, pues no parece la opinión del tándem Jonas-Kass, si esta eclosión final nihilista no está implícita en el proyecto moderno de la divinización del hombre, tal como han sostenido entre otros Eric Voegelin y siguiéndolo Nicolás Gómez Dávila.¹⁴

¹² Leon Kass, *op. cit.*, p 228.

¹³ *Ibíd.*, p 203.

¹⁴ Lo que he desarrollado más ampliamente en "Gnosticismo y religión democrática", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXIX . pp. 365-392.

Este juego, por supuesto, también se ha dado entre nosotros pero de una forma algo peculiar. En no pocas ocasiones es el legislador en su pretensión quien incluso modifica o manipula lo expresado por el intérprete constitucional.

Ollero ha manifestado con contundencia su opinión en un comentario al no nato proyecto socialista de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida. Atribuye al mismo fundamentalmente una mentalidad bioética que describe de la siguiente manera: «Al fin y al cabo, en línea con leyes anteriores destinadas a imponer a la ciudadanía un novedoso código moral, por qué renunciar a ver convertidas en ley cuestionadas teorías personales? Todo parece indicar que nos hallamos ante un planteamiento ideológico de la cuestión, que desfigura la realidad al servicio de intereses u opciones personales.»¹⁵ A continuación analiza cómo no se citan correctamente las sentencias SSTC 120/1990 de 27 de junio, 137/1990 de 19 de julio y 11/1991 de 17 de enero que niegan en relación con la huelga de hambre de presos del GRAPO la existencia de un derecho a la muerte. También la STC 154/2002 de 18 de julio sobre transfusión de sangre y Testigos de Jehova.

Pero el Gobierno de entonces hace transposiciones aún más sorprendentes. Como dice nuestro autor «Resulta llamativo que se saquen a relucir, como hace el anteproyecto, otras resoluciones sobre conflictos aún más alejados del objeto del anteproyecto, como la STC 19/2001 sobre contaminación acústica, al verse una ciudadana obligada a soportar los ruidos de una discoteca situada en los bajos de su domicilio. El anteproyecto lejos de ignorarlas, apela a estas mismas resoluciones ocultando su auténtica ratio y concediendo un forzado protagonismo a algún ocasional obiter dictum, con lo que acaba presentando una auténtica caricatura de las resoluciones citadas.»

Y por si cabe alguna duda añade: «Empareja de entrada alegremente sentencias tan dispares como la 129/1990 (huelga de hambre de los GRAPO), la 19/2001 (contaminación acústica) y la 154/2002 (libertad religiosa de los Testigos de Jehová), sin molestarse en precisar por qué alude a ellas ni en relación a cuál de sus fundamentos; así como alude al caso *Pretty* ignorando deliberadamente su fallo»¹⁶.

¹⁵ Andrés Ollero, «Reflexiones sobre el anteproyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida», *En Religión, racionalidad y política*, Editorial Comares, Granada 2013, p 233.

¹⁶ *Ibíd.*, p 237.

Como habíamos indicado en su momento es inadecuado el mismo uso de las sentencias sobre los GRAPO para justificar el derecho a la muerte pues estas sentencias se pronunciaron con motivo de los recursos de unos terroristas, en huelga de hambre en protesta contra las condiciones penitenciarias y con motivo de la alimentación asistida que se les suministró. Se dilucidaba principalmente si la Administración penitenciaria, decidida a no ceder ante la presión, debía permanecer como mera espectadora de la posible muerte de los reclusos. La discusión se vio perturbada por el hecho de que afecta a la huelga de hambre como forma de resistencia, lo que no está directamente vinculado con el derecho a morir.¹⁷

Las observaciones de Kass podrían interpretarse como una denuncia de una manera de interpretar los derechos individuales, de función fundamentalmente protectora a su entender, de forma que invaden o sustituyen el razonamiento moral. Considero que esta sustitución es realizada por una forma unilateral de concebir unos derechos absolutos de índole moral. Esos derechos o esa interpretación de los derechos son afirmados por Ollero, según mi parecer, como no jurídicos.

Así dice Ollero en un razonamiento repetido «No se tiene derecho a todo lo que se quiere; ni siquiera a satisfacer todas las pretensiones avaladas por razones morales, si no cabe ajustarlas con otras ajenas quizás no menos legítimas. En determinadas circunstancias, el derecho- lejos de ser instrumento de la voluntad individual- aspira incluso a defender al sujeto de sus propias limitaciones, dando paso a un siempre polémico «paternalismo».¹⁸

Sobre este punto en su momento ya habíamos señalado que en el proceso de dar marcha atrás en algunas adquisiciones de derechos fundados en la dignidad humana los deconstructores se valen de una peculiar redefinición del concepto de derechos subjetivos. De esa forma cada acto realizado contra un grupo humano se ha defendido desde un derecho subjetivo. El extremo se alcanzó con el aborto eugenésico. Con mala prensa por razón de la hipocresía humanitarista que domina el debate contemporáneo, esta indicación que ha favorecido el escrutinio eugenésico se apoyó primero en la inexistencia de otra conducta exigible por el daño psicológico sobre la madre, pero la verdadera naturaleza de

¹⁷ José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, «Sentencias constitucionales sobre la muerte digna», *Persona y Derecho* (54), 2006, p. 230.

¹⁸ Andrés Ollero, «Eutanasia y multiculturalismo», *Derecho moral y religión*, en *Bioderecho*, entre la vida y la muerte, Thomson Aranzadi, 2006, p. 194.

la propuesta se manifiesta en las reclamaciones postnacimiento, donde directamente se alude a la carga, pero no a la carga sobre la sociedad, que era el argumento de Hoche, o sobre la familia, argumento liberal, o sólo sobre la madre, aún más liberal sino sobre la propia vida del nacido. El asunto no es para bromas si recordamos la pretensión clásica de que el día más feliz de cada hombre sería en el que no hubiese nacido.¹⁹

La reivindicación de la perspectiva jurídica por Ollero, paradójicamente, crea el mismo efecto que la reivindicación de la perspectiva moral amplia o prudencial por Kass. Como indica el mismo autor refiriéndose estrictamente a la norma penal:

«En la perspectiva moral cobra particular relevancia cada acto; al que se aspira a dar pleno sentido. El caso concreto reclama que del modo más pleno se haga justicia, aún a costa de que perezca el mundo. De ahí que el consecuencialismo, con su conversión del cálculo de las consecuencias prácticas en máxima decisiva del obrar, goce de tan escaso prestigio moral como la convicción de que el fin justifica los medios.»²⁰

Y continúa centrando la cuestión jurídica «En la perspectiva jurídica, por el contrario, el resultado práctico debe siempre ser responsablemente contemplado. No se trata de suscribir un pragmatismo sin principios. Es más, éstos acabarán inevitablemente protagonizando la dinámica real de las normas- sino de huir de actitudes meramente testimoniales, para ponderar el alcance práctico de la realización del principio y su efectivo costo social.»

Es decir, en línea con lo anteriormente mencionado, Ollero tal como señalaba Kass, expresa la convicción de que no hay derechos ilimitados, o si se quiere que no es jurídica la afirmación irrestricta de un derecho ilimitado.

Como explica nuestro autor en las mismas páginas:

«El voluntarismo individualista tiende a suscribir una querencia natural de los derechos hacia lo ilimitado. Tal carácter habrían tenido los derechos en el «estado de naturaleza», previo al contrato social urdido para garantizar una pacífica subsistencia. Tenemos derecho a todo, con el solo condicionamiento de evitar una situación tan conflictiva que no nos permitiera tener derecho a nada. De ahí surgirá la continua tensión entre el individuo y el Estado leviatánico, de la que la polémica sobre el paternalismo constituye un nuevo episodio. ¿En qué grado y con qué fundamento estaría el Estado legitimado para recortar derechos naturalmente legitimados?»²¹

¹⁹ Como señaló Teognis de Megara, verso 425 y sgts «No haber siquiera nacido sería lo mejor para los hombres terrenos;/ no haber visto nunca el brillo cegador de los rayos del Sol;/ y una vez nacidos , llegar lo antes posible al Hades,/ y descansar arropados de cerca por la Tierra.»

²⁰ *Ibid.*, p 193.

²¹ Andrés Ollero, «Derecho a la vida ¿derecho a la muerte?», en *Bioderecho entre la vida y la muerte*, Thomson Aranzadi, 2006, p 129.

Obsérvese que esta distinción de lo jurídico y lo moral, no cumple en ninguno de los dos autores al función de reducir lo moral a un ámbito subjetivo sin trascendencia social, ambos por decirlo en palabras de Ollero son muy conscientes de que lo jurídico podría correr el riesgo de quedar anclado en fundamento que olvidan toda referencia a la naturaleza del hombre.

En conclusión tanto Kass como Ollero parecen despreciar cierto iusnaturalismo (convendría precisar cual) pero también el positivismo en sentido jurídico. De nuevo con nuestro autor y refiriéndose al deslinde entre el campo moral y el campo jurídico:

„Por otra parte, todo intento de sugerir fundamentales éticos objetivos y racionalmente cognoscibles se verá transferido al ámbito sentimental y subjetivo caprichosamente asignado a la moral; aunque sea para reconocer (como el llamado positivismo jurídico inclusivo) que no pocos problemas jurídicos solo podrán encontrar solución recurriendo paradójicamente a elementos morales. Curioso modo de llevar a la práctica el postulado deslinde entre ambos campos.ö

La autonomía del derecho es afirmada, a continuación en una expresión paradójica que vuelve a aclarar más lo que no es en vez de lo que es. „En realidad algo tan esencialmente jurídico como la justicia no es una mera derivación de lo moral; es, por el contrario, la virtud moral de la justicia la que consiste en el respeto a las exigencias objetivas de algo tan jurídico como el hacer justicia.ö²²

En última instancia, Ollero, un iusnaturalista, observa la perturbación que produce la aplicación „jurídicaö de una pretensión excesiva, precisamente para salvaguardar la propia función del Derecho. Algo que Kass también había señalado tal como hemos visto.

Así Ollero al criticar, otra vez, al positivismo, tiene cuidado en deslindar los campos:

„Nada de esto implica proponer una identidad entre exigencias morales y jurídicas. El derecho se sitúa dentro de un marco ético, pero con la modesta finalidad específica de garantizar una pacífica convivencia. Encarna pues un mínimo ético, bien alejado de cualquier intento de hacer al ciudadano, feliz, exitoso o santo. Asunto distinto es cómo cabe determinar qué exigencias van a tener una dimensión exclusivamente moral, en cuya apreciación la conciencia individual resultará decisiva, y cuales vincularán jurídicamente al conjunto de los ciudadanos.ö²³

²² Andrés Ollero, „Hacer entrar en razón al Estado de Derechoö, en *Religión, racionalidad y política*, Editorial Comares, Granada 2013, p 110.

²³ Andrés Ollero, „Derecho y moral, implicaciones actualesö, en *Religión, racionalidad y política*, Editorial Comares, Granada 2013, P 187

Precisamente la afirmación absoluta de tipo moral tiene la propiedad de no considerar cuestiones relevantes. Se produce una aparente visión òingenuaö que posiblemente implica algo distinto de la ingenuidad. Un presentar el derecho como encubrimiento de un fuerte interés, algo visto reiteradamente a lo largo de la historia humana casi hasta constituir un rasgo ònaturalö del propio hombre. No hay probablemente mejor descripción de esto que la clásica imputación los atenienses a los espartanos en el diálogo de Melos, tal como fue inventado por Tucídides.²⁴

En su comentario al Anteproyecto de Ley eutanásica que se presentó en la anterior legislatura, Ollero es de nuevo certero en este punto:

«Si un jurista persa, o cualquier otro observador externo, examinara el contenido del anteproyecto llegaría a la conclusión de que en España los enfermos terminales sólo tropiezan con un grave problema, que se cierne sobre ellos como una aterradora amenaza: la obstinación terapéutica. Los profesionales sanitarios se habrían conjurado para llevar a cabo un despiadado concurso, rivalizando en quien consigue dilatar artificialmente más el momento de la muerte de sus pacientes.»

El contraste con lo que efectivamente viene sucediendo es, de nuevo, notable, òRealidades bien conocidas, como las que han popularizado tristemente determinados centros sanitarios de Leganés o de Andalucía, no precisarían por el contrario regulación jurídica algunaö.²⁵

Causas de la afirmación del derecho a la muerte

Precisamente esta observación de Ollero da paso a la consideración de que la afirmación reiterada del nuevo derecho supera la mera descripción de lo que Kass denominó bioética complaciente, para entrar de nuevo en lo que podemos denominar antibioética, o si se prefiere construcción de un derecho falso que se atribuye como beneficio a quienes más pueden sufrir por él.

²⁴ Y en cuanto a vuestra idea de los lacedemonios_ esa confianza vuestra en que su sentido del honor les moverá a venir a ayudaros-, admiramos vuestra ingenuidad, pero no envidiamos vuestra insensatez. Efectivamente, los lacedemonios se emplean consigo mismos y respecto a sus tradiciones patrias con toda nobleza; respecto a los demás, por contra, mucho se podría decir de su comportamiento, pero, para resumir, se diría sobre todo que más claramente que ningún otro pueblo conocido consideran honroso lo que les gusta, y justo lo que les conviene. Ciertamente, semejante modo de pensar no favorece a vuestra imposible salvación de ahora. Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Libro V, 105.

²⁵ Andrés Ollero, òReflexiones sobre el anteproyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vidaö, en *Religión, racionalidad y política*, Editorial Comares, Granada 2013. P 234.

Ya la propia OMC y la SECPAL ante el anteproyecto de Ley socialista de la legislatura anterior habían aclarado que la nueva Ley debía centrarse en la adecuada atención paliativa y social a los enfermos, que es lo que estos reclaman y que por ello
«Recomendamos que esta norma legal se denomine «Ley de calidad en la atención al final de la vida», ya que los términos empleados inicialmente («muerte digna» y «morir con dignidad»), tienen significados diversos y a veces contrapuestos, lo cual puede inducir a confusión.»²⁶

En efecto podemos considerar que hay algo de obsceno en considerar el dispendio del recurso médico como el principal problema de la Medicina. Esto es aún más evidente en épocas de crisis económica como la que padecemos. Ante el recorte, el exceso de gasto parece algo más lejano, el riesgo percibido por el usuario está más en la posibilidad del no acceso que el peligro de la sobreactuación. En esto nos daban lecciones quienes consideraban que gran parte de lo que nos preocupaba a los occidentales era fútil en sociedades donde el hombre percibía el riesgo de la enfermedad, el hambre o la propia muerte como mas cercano e inevitable.

Sin embargo, el utilitarismo extremo que surge en el cálculo directo y brutal del coste-beneficio, requiere, al menos en nuestro entorno algún tipo de disfraz.

Así lo hemos visto cuando un ministro japonés se ha atrevido a plantear la cuestión del esfuerzo terapéutico de forma clara y directa, recurriendo en una lectura simple (y de nuevo utilitarista) al deber social de no malgastar los medios de todos. Por supuesto que la lectura es unilateral y olvida elementos básicos de las culturas tradicionales, como el respeto a los ancianos, sustituido en este caso por el principio básico de la horda de que quien no puede seguir el ritmo de marcha del grupo debe ser abandonado o eliminado por piedad.

El temor desmesurado del hombre contemporáneo al sufrimiento y a la muerte, que se oculta por la construcción de un riguroso tabú, sirve aquí para definir la excusa humanitaria.

El hombre siempre ha temido a la muerte y ha sido consciente del sufrimiento. De hecho la explicación del mundo debe enfrentarse con estas realidades, dar cuenta de ellas como da cuenta de la envidia, de la injusticia, de las partes oscuras de la sexualidad o las relaciones familiares. Sin Caín o sin Clitemnestra nada decimos sobre el mundo.

²⁶ OMC/SECPAL. Recomendaciones ante el Proyecto de Ley de cuidados paliativos y muerte digna.

Las realidades actuales están descolocadas porque las viejas explicaciones han sido sustituidas por un cuento bobo, increíble, pero tremendamente atractivo, sobre la superación por el hombre de las contradicciones que le amenazan. El sufrimiento sería superado, como la injusticia, el odio, en una nueva naturaleza humana no reparada sino reconstruida por el propio hombre. Como esta nueva realidad inventada no resiste el contraste con lo que realmente acontece, el hombre se ve dirigido a la alternativa entre la explicación absurda que no explica nada y que constantemente nos embelesa con la superación de la injusticia, de la enfermedad o de la propia naturaleza humana o al nihilismo, que tiene bastante que ver al final en nuestra historia.

La muerte sólo puede ser desterrada en esta explicación, pero para expulsar a la muerte el hombre se ve obligado a reprimir cualquier pensamiento que no sea o bien la ratificación exacta de una supuesta ingenuidad, o la reducción del sujeto a una realidad subhumana donde aparentemente no se sufre por que no se piensa. Entre esas redes resurge constantemente la tentación nihilista, que es exactamente la tentación suicida.

El tópico de la muerte ocultada construido por la sociología francesa prueba que también la sociología, con cierto esfuerzo, puede llegar a decir algo relevante. La muerte ocultada rebrota de forma salvaje, no domesticada, en un entorno donde el control de la muerte se logra con el único medio accesible a los humanos: provocándola.

En efecto, los hombres sabemos desde siempre que sí nos es dado causar la muerte, aunque ciertamente provocando un terrible impacto que nos afecta personal y socialmente, no tenemos absolutamente nada que hacer para evitarla. De ahí la fuerza del odio, frente al amor, de la destrucción frente al intento de que perviva aquello que amamos. En última instancia, los consuelos inmanentes frente a la muerte o son un *flatus vocis* o la obra inmortal o sólo sirven para posponer un poco lo inevitable, como sucede con la posible pervivencia en nuestro recuerdo de aquellos a quienes amábamos.

Como hemos visto este relato al que nos referimos, que pretende situar a la muerte humanitaria como liberación, tiene un poderoso aliado en el reciente temor a la técnica. Incluso en el discurso dominante la técnica tiene una situación ambivalente, su haz y su envés. En uno es el medio de transformación técnica del mundo, aunque normalmente el técnico no sabe ni lo que transforma ni para qué.

Como dijo de nuevo Kass con fuerza respecto al proceso puesto en marcha con las promesas de la bioética, convertida en antibioética, hay muchos que están encantados con

este estado de cosas : algunos científicos y biotecnólogos, sus apoyos empresariales y una claqué de *cheers leaders* que incluye a los entusiastas de la sci-fi, futurólogos y libertarios. Hay sueños que realizar, poderes que ejercitar, honores que ganar y dinero-*big money* que ganar.²⁷

Esa transformación aparece como la gran liberación del hombre, medio y algo más que medio del paraíso progresista. Su imagen podría caracterizarse en el entusiasmo por el medio tecnológico, que atonta desde el adolescente consumidor al adolescente permanente de la nueva técnica.

Pero la técnica tiene también su lado temido. El hombre contemporáneo es consciente de lo que la técnica puede hacer con su vida, con su libertad, con su entorno. De ahí la reiterada sublevación antitécnica que ya no es la protesta del reaccionario ante todo el mundo moderno, ñel mundo moderno no será castigado, es el castigoö, que decía Gómez Dávila, sino que es la nueva actitud de los progresistas que les impiden, a juicio de Yubal Levín refiriéndose al Partido Demócrata Norteamericano seguir caracterizándose como ñel partido de la Cienciaö²⁸.

El nuevo temor a la técnica se agudiza en las fases finales de la vida, en la percepción de que el sujeto pase a objeto. Curiosamente en una concepción adecuada, la nueva dependencia de la atención se limitaría a requerir el desarrollo de una ética del cuidado o una actitud de lo que MacIntyre llama la asunción de la dependencia, pero ante la actitud exclusivamente tecnológica surge el horror a ser objeto de intervención y manipulación.²⁹

Hemos considerado que se autoriza la eutanasia a quien la solicita o que se aplica a quien no puede manifestar su voluntad, en cuanto realizamos una valoración jurídica por la que se considera que lo mejor en esos casos es matar. Teniendo en cuenta el carácter educativo de la ley, su pretensión directiva de conductas, es hipócrita pensar que la autorización de matar en ciertas circunstancias se limita a ofrecer una libertad. Incluso, hemos sostenido que resulta extraña tanta defensa de la autonomía de los menos autónomos o de la independencia de los estrictamente dependientes. El mensaje parece claro. Ciertos dependientes, a los que la vida se les hace gravosa reciben el mensaje de

²⁷ L. Kass, *op. cit.*, p 6.

²⁸ Yuval Levin *Imagining the Future, Science and American Democracy*, , Encounter Books, 2008. Véase también Levin, Yuval. *The paradox of conservative bioethics*. *Bulletin Of Medical Ethics*, 2003, p. 17-24.

²⁹ Alasdair C. MacIntyre, *Animales racionales dependientes: por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Paidós, Madrid, 2001.

que lo mejor que pueden hacer es morir. La propia asignación de recursos se ve afectada, pues es indudable que esos dependientes consumen enormes cantidades de bienes públicos y privados. Este consumo de recursos que queda injustificado desde la propia indicación eutanásica está, por otra parte, en la base del desarrollo de la eutanasia, tanto de la vieja, ahora denostada, como en la nueva.