

Derecho contractual y dignidad humana¹. Segunda conferencia en memoria de Ole Lando, Viena 2020

CHRISTIAN VON BAR

Profesor emérito Universidad de Osnabrück

RESUMEN

El derecho privado moderno tiene que estar moldeado por los derechos humanos y los derechos fundamentales. Las normas que rigen el derecho de la persona deben enraizarse en la exigencia constitucional de proteger la dignidad humana. Este principio primordial también es relevante para el derecho contractual. Los contratos que no respetan la dignidad humana son inejecutables. La dignidad humana es especialmente vulnerable al final de la vida. La ley sobre la muerte asistida debe tenerlo en cuenta. Debe liberarse de la ideología y de los conceptos religiosos simplificadores.

PALABRAS CLAVE

Derecho contractual, Derechos fundamentales, Contratos contrarios a la dignidad humana, Derecho de la Persona, Muerte asistida

Contract law and human dignity. Second Ole Lando Memorial Lecture, Vienna 2020

ABSTRACT

Modern private law needs to be shaped by human and fundamental rights. The rules governing the law of the natural person have to be rooted in the constitutional demand of protecting human dignity. This overarching principle is also relevant for contract law. Contracts in disregard of human dignity are unenforceable. Human dignity is particularly vulnerable at the end of life. The law on assisted dying has to take that into account. It should free itself from ideology and simplifying religious concepts.

¹ Traducción al castellano: José Carlos de Medeiros Nóbrega (Investigador postdoctoral Contratado, European Legal Studies Institute, Universität Osnabrück); revisión: Cristina Guilarte Martín-Calero (Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valladolid).

KEY WORDS

Contract Law, Fundamental Rights, Contracts in Disrespect of Human Dignity, Law governing the Natural Person, Assisted Dying

SUMARIO:—I. Introducción.—II. Personas.—III. El acceso a las formas de Derecho privado.—IV. Cuerpo y dignidad.—V. Sexo.—VI. Participación en las relaciones jurídicas privadas.—VII. Jus cogens.—VIII. Terminología.—IX. Sensibilidad del Derecho de la persona al Derecho constitucional.—X. Las fuentes de los derechos humanos.—XI. La distinción entre titularidad y ejercicio de derechos.—XII. Esclavitud.—XIII. Tipos de violaciones consentidas de la dignidad.—XIV. La muerte asistida.—XV. Exposición de casos.—XVI. No hay parámetros en los derechos privados.—XVII. Equilibrar los intereses en juego.—XVIII. Alcanzar un acuerdo.—XIX. La solución belga.—XX. Reflexiones finales

I. INTRODUCCIÓN

La pasión de *Ole Lando* era el Derecho de contratos mercantiles. Esta segunda conferencia celebrada en su memoria (el profesor *Hugh Beale* pronunció la primera hace un año en Copenhague) versará también, como prometí a sus hijos, sobre derecho contractual, pero no sobre contratos mercantiles. En su lugar, he decidido dirigir mi atención (y espero que la suya) a aquellos aspectos del derecho contractual que se ven directamente afectados por los derechos fundamentales y los derechos humanos. A primera vista, se podría pensar que uno y otros sólo entran en conflicto en raras ocasiones. Los acuerdos suelen verse como algo «bueno»; ¿cómo pueden entonces entrar en conflicto con los derechos humanos? Espero poder demostrar que, si se analizan detalladamente, hay mucho que decir sobre algunos acuerdos que, por razones esencialmente, o al menos predominantemente, constitucionales, no pueden considerarse contratos vinculantes.

II. PERSONAS

Mi tema está estrechamente relacionado con el Derecho de la Persona (persona natural o física). Esa «persona» es un ser humano que, en el marco del derecho privado, se relaciona con otros seres

humanos (y con las llamadas «personas jurídicas»). Esta es la «cara pública» del ser humano. *Persona* era la máscara de un actor a través de la cual se podía reconocer el personaje que interpretaba y que ayudaba a entender mejor su voz. Un ser humano aparece como persona cuando entra en contacto con otros sujetos de derecho privado y para ello se pone su «máscara de personaje». Por lo tanto, el derecho de la persona no se ocupa de la cuestión filosófica de lo que «es» un ser humano, sino de su relación con los demás y, por tanto, también se ocupa, en gran medida, del marco en el que puede celebrar contratos con otros.

III. EL ACCESO A LAS FORMAS DE DERECHO PRIVADO

Una persona es una persona porque tiene acceso a las formas del Derecho privado. ¿Ello qué implica? Pueden apreciarse, a mi juicio, cinco elementos. Una persona debe (i) ser titular de derechos y obligaciones; sin este requisito básico, no podría entrar en contacto con otra persona de forma efectiva en el contexto del Derecho privado. Por tanto, correctamente formulado, un ser humano no «es» una persona, sino que «tiene» una persona (*he or she «has» a person*). En cualquier caso, según el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, «todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La existencia humana no sólo tiene un lado físico, sino también mental y espiritual. Por esta razón, el sistema jurídico (ii) debe excluir el cuerpo y la dignidad del ser humano de las transacciones internas de derecho privado (del «comercio»). La disposición del sustrato cuerpo-alma de la persona debería estar prohibida, considerarse incluso imposible. Porque si un ser humano fuera capaz de objetivarse a sí mismo o en cooperación con otros, se vería privado o desprovisto de su papel como persona y, por tanto, de su capacidad de participar en la vida jurídica. Cada individuo «tiene» (iii) un sexo. Si, por el contrario, se le considera (en relación con otras personas) como una persona, se le asigna un género a efectos específicos. ¿A qué efectos? ¿cuáles son o pueden ser estos efectos?, ¿cuántos géneros «permite» el ordenamiento jurídico?, ¿a quién se le permite cambiar de qué género a qué otro género?, ¿de qué manera y con qué consecuencias?, todas estas cuestiones son, por tanto, aspectos del Derecho de la Persona. Parte de la persona es (iv) su nombre. Si una persona no tuviera nombre, áreas enteras del derecho permanecerían cerradas para ella. Todos los derechos vinculados al Registro de la propiedad, por ejemplo, son

necesariamente derechos vinculados al nombre. Por último, (v) pertenece a la persona (con excepción de la edad y la capacidad mental) la organización de su vida jurídica privada de forma autónoma: tiene *capacidad para contratar*.

IV. CUERPO Y DIGNIDAD

El cuerpo humano se considera legalmente como un todo. Un ser humano no puede dividir su cuerpo por contrato, disponer de él o de sus partes como propietario, venderlo o donarlo. La dignidad del ser humano está íntimamente ligada a su cuerpo. Se insiste en la dignidad del ser humano como fundamento de los límites a su autonomía privada. La «dignidad» siempre se cuestiona cuando las personas intentan convertirse a sí mismas o a los demás en objetos. Hoy en día, en los medios de comunicación es habitual hablar y escribir que el club de fútbol Y «compró» al jugador A y que este jugador «vale» actualmente X millones. Aunque se trate de una simplificación, referirse a un acuerdo en torno a la celebración de un contrato de trabajo como «venta», no respeta la dignidad humana. Tampoco lo hace un acuerdo matrimonial en cuya virtud los padres de la novia obligan al novio o a sus padres a prometerles dinero por la boda; defender un «contrato» de este tipo ante los tribunales significaría degradar a la novia a una especie de mercancía, y ello con independencia de que la «dote matrimonial» siga siendo la costumbre en algunas sociedades no europeas o con independencia de que ello haya formado parte también de nuestra propia historia. Asimismo, como ejemplos ilustrativos, puede cuestionarse si una mujer puede obligarse efectivamente por contrato con su pareja a utilizar anticonceptivos con regularidad o si un empresario puede incluir una cláusula en el contrato de trabajo según la cual la relación laboral está sujeta a la condición resolutoria del matrimonio del empleado. Los tribunales alemanes resolvieron en sentido negativo ambas cuestiones. En mi opinión, estas decisiones se desprenden directamente de la consideración de que el derecho contractual no debe amparar acuerdos que violen la Constitución. Acertadamente, el Consejo de Estado francés prohibió un espectáculo anunciado como «lanzamiento de enanos» por considerar que «*une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine*». Acaso, un Estado sin una Constitución escrita tenga más dificultades para argumentar en tales supuestos.

V. SEXO

En Europa, el derecho contractual ya no distingue entre hombres y mujeres (puede ocurrir de otro modo, por ejemplo, en algunas leyes religiosas). La cuestión de si una persona es hombre o mujer o miembro de otro sexo (y entonces: cuál) se plantea sólo respecto de algunas normas puntuales, por ejemplo, cuando un baño público está abierto, durante un tiempo determinado, sólo para «mujeres». Sin embargo, la cuestión de si una persona es un hombre o una mujer sigue desempeñando un papel importante en algunos ámbitos del derecho, por ejemplo en el derecho de familia, el derecho penal, el derecho laboral o el derecho de sociedades. Por lo menos, los tiempos en los que una mujer (casada o no) estaba privada del derecho de disponer de sus propios bienes o de adquirirlos de forma independiente han terminado. En los casos en los que determinados ámbitos del derecho siguen recogiendo una distinción por razón de género, sus normas se someten a una presión cada vez mayor para justificar su aplicación. A largo plazo, la cuestión fundamental es si la distinción legal entre hombre y mujer o entre padre y madre debe y puede mantenerse en todo caso. En lo que aquí interesa, es igualmente importante destacar que, en la Europa actual, no se puede cambiar de género en ningún sitio de forma exclusivamente privada; se requiere siempre algún tipo de implicación estatal. Tampoco se puede adquirir el género por contrato, ya sea de forma permanente o por un periodo de tiempo limitado. Para algunos deportistas nacidos con características de ambos sexos, ésta sería la solución a su problema.

VI. PARTICIPACIÓN EN LAS RELACIONES JURÍDICAS PRIVADAS

No todas las instituciones de derecho privado están abiertas sin restricciones a todas las personas. Por el contrario, el sistema jurídico dificulta el acceso de algunos colectivos a determinadas opciones de derecho privado o incluso les niega su acceso. Esto también es objeto de una presión creciente desde el ámbito de los derechos humanos. Baste recordar que, según el apartado 6 del artículo 1 de la LPA, Ley inglesa del derecho de propiedad de 9 de abril de 1925, «a legal estate is not capable of... being held by an infant». Esto no es compatible con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño a pesar de la mitigación del rigor de esta norma en el derecho fiduciario [del *trust*] y a pesar del posible contraargu-

mento de que se trata de otra forma de distinguir entre «capacidad activa y pasiva» (el niño tiene los derechos, el fiduciario [*trustee*] los ejerce en nombre del niño). Sigue siendo cierto que el niño no tiene *rights at law* [sino *rights in equity*]. Por el contrario, es concebible que el Derecho de cosas conceda a las personas con discapacidades físicas más derechos frente a sus conciudadanos que a las personas que no sufren esas particularidades. Esto puede verse, por ejemplo, en la jurisprudencia italiana relativa a los derechos de servidumbre de paso reconocidos a las personas con discapacidades motrices.

VII. *JUS COGENS*

El Derecho de la persona establece, asegura y configura la participación del individuo en el sistema jurídico privado. La subjetividad jurídica (o la condición de persona) es el requisito previo para la *active legal capacity*, la *capacidad jurídica activa* es una expresión de la subjetividad jurídica. La integridad física y la dignidad sustentan y presuponen la *capacidad jurídica pasiva y activa*. La atribución de un género abre y cierra, al menos en la actualidad, el acceso a determinados ámbitos del Derecho privado. Y, por último, los seres humanos no sólo tienen un nombre para que puedan reconocérseles derechos, sino también para que no tengan que ser identificados con signos, números o incluso sólo códigos de barras (como mercancías). Ciertamente, muchas personas comparten *un mismo nombre*, pero no es, al menos en los sistemas continentales, *el mismo nombre*. En las circunstancias actuales en Europa, no sería aceptable, desde el punto de vista de la protección de la dignidad, sustituir los nombres por números, aunque los llamados códigos de identificación aumenten en todas partes.

El derecho de la persona se ocupa de normas que escapan a la autonomía privada. Nadie, ni siquiera un adulto sano, puede decidir sobre las características que el sistema legal le asigna en nombre de su personalidad. «Los derechos naturales vinculados a la personalidad no pueden ser enajenados ni renunciados» (artículo 19.2 del Código Civil de la República Checa); en Francia, se aplica el principio de indisponibilidad del estado civil (*indisponibilité de l'état des personnes*). Por consiguiente, se trata de distinguir entre aquellas transacciones que pueden acogerse a las formas del derecho privado y aquellas otras para las que el derecho privado ya no ofrece o no puede ofrecer un marco normativo. El derecho de la persona impide que las personas se sitúen por encima de sí mismas o de los demás. La dignidad humana implica límites al poder de disposición sobre uno mismo.

VIII. TERMINOLOGÍA

En los sistemas jurídicos europeos se habla repetidamente de que los seres humanos tienen derechos «inalienables», «indisponibles», «invendibles» o «intransferibles». Esto no es muy adecuado. Cuando se habla de «transmisión», se está haciendo referencia a derechos patrimoniales individuales; aquí no se trata de eso. El hombre no «adquiere» su personalidad, ni siquiera «por nacimiento»; ésta le es asignada por el ordenamiento jurídico desde su nacimiento. En esencia, el ordenamiento jurídico privado recoge todas las características que, a su juicio, constituyen al hombre como persona. En otras palabras, ningún ser humano puede liberarse de su propia persona, dividirla o donarla a otra persona, ni por declaración unilateral ni por contrato. Desde una perspectiva constitucional, esto es evidente; desde una perspectiva puramente iusprivatista, este punto es mucho más difícil de tratar.

IX. SENSIBILIDAD DEL DERECHO DE LA PERSONA AL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por su propia naturaleza, el derecho privado de la persona está configurada por los derechos humanos y fundamentales. Al fin y al cabo, estas dos áreas del derecho tratan asuntos íntimamente relacionados. Sin embargo, una vez más, la terminología se convierte en un problema. Considero que los «derechos humanos» son derechos subjetivos que tienen su origen en un tratado internacional, y los «derechos fundamentales» son derechos que tienen su origen en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o en una Constitución escrita de un Estado, e incluyo ambos, en cuanto *a su contenido*, entre los objetos del derecho constitucional. En principio, los «derechos humanos» se aplican a todos; los «derechos fundamentales» pueden tener un alcance personal o territorial más reducido. Una cuestión independiente de esto es el estatus de tal derecho constitucional en cuanto a la jerarquía de las leyes. Las «libertades fundamentales» también son ambiguas. La Convención Europea de Derechos Humanos los define como *derechos humanos y libertades fundamentales*. En el contexto del Derecho de la Unión Europea, en cambio, las «libertades fundamentales» representan las libertades de los ciudadanos de la UE relacionadas con el mercado único. Estas libertades crean, entre

otras cosas, un amplio derecho a la movilidad, que no debe ser violado ni siquiera por las normas de derecho personal (por ejemplo, las normas sobre el nombre de los hijos, el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en la UE o el matrimonio de personas menores de edad).

X. LAS FUENTES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lamentablemente, no tengo tiempo para abordar aquí ni siquiera las fuentes más importantes de los derechos humanos y fundamentales. Además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con su prohibición de la esclavitud (art. 4) y de la discriminación racial (art. 2), me gustaría mencionar especialmente el artículo 15 (2) de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), que dice: «Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento ante las cortes de justicia y los tribunales». Esto es claramente contrario, *inter alia*, al derecho de la *sharia*, a cuyo amparo se celebran hoy un gran número de contratos, incluso en Europa. El artículo 15 (3) de la CEDAW es aún más específico: «Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo». El artículo 16 (1)(g) también obliga a los Estados a conceder a las esposas «el mismo derecho a elegir apellido» que a los hombres. En virtud del artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, todo niño debe ser inscrito en un registro inmediatamente después de su nacimiento y tiene derecho, desde su nacimiento, a un nombre. (Por lo tanto, sería contrario a la Convención atribuir efecto constitutivo únicamente a la inscripción. Una persona no tiene nombre porque está registrada. El nombre está registrado porque le es dado por la aplicación de la ley). El artículo 8 establece un deber estatal de protección, que se concreta en los artículos 34 y 36 (protección contra la explotación), y el artículo 35 prescribe medidas contra la trata de niños. El artículo 12 (2) de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce «que las perso-

nas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida». Para aplicar este principio, el artículo 12 (3) de la Convención establece que los Estados Partes deben adoptar «medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Se trata de un claro rechazo a las normas de la interdicción y la incapacitación.

Por supuesto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y sus protocolos adicionales (CEDH) es especialmente relevante para nosotros, los europeos. Sus garantías más importantes desde el punto de vista del Derecho privado se encuentran en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y en el artículo 14, que establece que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo...». Cada vez es más importante el artículo 21 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo) de 4 de abril de 1997, que establece que «el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

XI. LA DISTINCIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE DERECHOS

Hoy en día casi nada está tan protegido en términos de derechos fundamentales y de derechos humanos como la capacidad jurídica de la persona física. Quien goza de capacidad jurídica es una persona y, por tanto, no se pertenece a sí mismo ni a los demás. El hombre es una «persona natural» simplemente porque es un ser humano. Se trata de un axioma que no admite ninguna otra justificación. Va acompañada de un derecho constitucionalmente protegido «a» la capacidad jurídica. Está estrechamente relacionado con la protección constitucional del derecho a la vida humana. El hombre tiene capacidad jurídica mientras viva; los que aún no están o ya no viven no tienen capacidad jurídica. La vida humana es el lado fáctico de la capacidad jurídica; la capacidad jurídica es el lado legal de la existencia como ser humano.

Se suele distinguir entre «capacidad jurídica pasiva», la *capacité de jouissance*, personalidad jurídica o *Rechtsfähigkeit*, y «capacidad jurídica activa», la *capacité d'exercice*, *capacidad de obrar* o *Geschäftsfähigkeit*. Por capacidad jurídica pasiva se entiende entonces la capacidad (abstracta) de ser titular de derechos y obligaciones, por capacidad jurídica activa se entiende la capacidad concreta (el ejercicio) de adquirir y disponer de derechos mediante la propia acción jurídica, y también de obligarse por su propia voluntad asumiendo obligaciones. Sin embargo, la distinción continental entre capacidad jurídica pasiva y capacidad jurídica activa, y esta lección la enseña el derecho inglés, no está exenta de problemas. El derecho que rige la capacidad jurídica está abocado a aplicarse bajo control constitucional. El derecho humano a ser reconocido por el ordenamiento jurídico como titular de derechos y deberes tiene su razón última en la protección de su dignidad. Esto significa que todo ser humano debe estar dotado de la capacidad de participar sustancialmente en la vida jurídica. Por esta razón, como ya se ha mencionado, es problemático, en términos de derechos humanos, privar a los menores de la «titularidad» de las tierras. Y en última instancia, por la misma razón, la incapacitación ya no es defendible en términos de derechos humanos. No debemos olvidar nunca que la separación entre la titularidad del derecho y el ejercicio del derecho es un truco popular de todos los estados totalitarios.

XII. ESCLAVITUD

Una consecuencia directa del derecho a la capacidad jurídica pasiva es, por supuesto, la prohibición de la esclavitud, que hoy damos por sentada. En realidad, sin embargo, la esclavitud sigue existiendo y se conoce como *esclavitud moderna*. La esclavitud moderna no es «esclavitud» en el sentido del artículo 4 del CEDH, que utiliza la noción en el sentido tradicional del concepto; sus crueles manifestaciones deben ser combatidas sobre todo desde el derecho penal. Desde el punto de vista del Derecho privado, se trata de una violación de la dignidad. Las víctimas de la esclavitud moderna no pueden ser objeto de un contrato (válido). En el ámbito de las reclamaciones extracontractuales por responsabilidad civil y enriquecimiento injusto, debe dotarse a las víctimas de mejores oportunidades para emprender acciones legales contra las grandes empresas que no controlan adecuadamente a sus sub-

contratistas en los países con salarios bajos, así como proporcionar a los explotados una asistencia jurídica rápida y eficaz.

XIII. TIPOS DE VIOLACIONES CONSENTIDAS DE LA DIGNIDAD

En un intento de reducir la distinción entre contrato y responsabilidad civil a un simple denominador, podría decirse que un contrato es algo fundamentalmente bueno y un acto ilícito es algo fundamentalmente malo. Los actos ilícitos violan el derecho de otro; los contratos se basan en el acuerdo de las partes. Por supuesto, la relevancia jurídica de estos acuerdos tiene sus límites; en el ámbito del derecho contractual, esto se manifiesta cuando se dispone, a menudo, que los contratos contrarios a la ley y a la moral son nulos (o al menos «inejecutables»). Esta perspectiva interna del derecho contractual, por supuesto, data de una época en la que los derechos fundamentales y los derechos humanos todavía no desempeñaban ningún papel, o como mucho un papel político y programático. Hoy, las cosas son fundamentalmente diferentes, al menos en la Europa continental. El Derecho constitucional, y no el derecho contractual, es el que debe prevalecer. Por lo tanto, es esencialmente irrelevante la forma en que el derecho contractual sancione, por iniciativa propia, las violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, incluso si enuncia, junto a la ley y la moral, los artículos constitucionales pertinentes que desencadenan la sanción de nulidad. Se trata simplemente de determinar el ámbito de actuación que el derecho constitucional asigna al derecho contractual. Esto se aplica en particular a la vulneración del derecho a la dignidad; en la medida en que las conductas que atentan contra la dignidad son sistemáticamente materia del derecho de daños, este se ha convertido ya, en algunos lugares, en una pieza clave del derecho constitucional privado. El derecho contractual debería avanzar en esta dirección. La dignidad humana es una categoría tan fundamental que no depende de argumentos auxiliares como que los contratos inhumanos son «inmorales», aunque una de las partes haya aceptado su propia degradación. Precisamente, en estos casos, no se trata en absoluto de un hecho de derecho contractual interno, sino de un hecho puramente fáctico que se produce fuera de la organización de la vida jurídicamente posible, no porque sea inhumano o ilícito, sino porque el derecho constitucional cierra el acceso de las partes a las normas del derecho contractual. Cuando se trata de violaciones de la dignidad humana, ya no hay

forma de distinguir entre los efectos «verticales» y «horizontales» de los derechos constitucionales y los derechos humanos.

Por supuesto, las violaciones de la dignidad que se llevan a cabo de mutuo acuerdo son mucho menos frecuentes que las causadas por otros. Se pueden distinguir dos esferas básicas; una en la que se incluyen las intervenciones sobre el propio cuerpo y otra en la que se incluyen degradaciones que dejan intactas las condiciones físicas de la persona afectada. Ya hemos dado ejemplos de esta segunda esfera en la sección anterior. Con referencia directa al artículo 1 de la Constitución alemana y sin la «desviación» hacia el artículo 138 del Código Civil alemán (contratos inmorales), el Tribunal de Apelación Laboral de Düsseldorf, acertadamente, consideró ineficaces las denominadas «directrices éticas» (¡!) de una cadena de grandes almacenes estadounidenses que pretendían prohibir las relaciones personales privadas entre sus empleados si afectaban a las «condiciones de trabajo». Ahora bien, el enfoque de la discusión más reciente sobre la incidencia del derecho constitucional en la autonomía privada, se ha desplazado a los acuerdos que tratan tanto de la eutanasia como de otros contratos que afectan a las funciones corporales de los seres humanos: la maternidad subrogada, el comercio de órganos y tejidos o la cirugía de reasignación sexual. Por razones de tiempo, me limitaré a hacer aquí a algunas observaciones finales sobre la muerte asistida.

XIV. LA MUERTE ASISTIDA

La muerte asistida es un tema muy sensible. La mejor manera de entenderlo es como un grupo de casos variados, que están más cerca del homicidio que del suicidio, y cuya particularidad más característica es que se trata de personas que quieren abandonar la vida de manera autodeterminada, pero que (ya) no pueden realizar este deseo a través de su propia actuación; dependen de la ayuda externa. El Estado tiene el deber de proteger tanto la dignidad como la vida de las personas que viven dentro de su esfera de influencia; en consecuencia, tanto la dignidad como la vida están libres no sólo de la arbitrariedad estatal, sino también de la arbitrariedad privada. Nadie puede erigirse en dueño y señor de la vida y la muerte de otro, ni siquiera con su consentimiento o como su «representante», ni tampoco importa que se trate de un adulto sano o de un recién nacido enfermo.

XV. EXPOSICIÓN DE CASOS

La muerte asistida abarca una amplia gama de supuestos.

(i) La forma (indirecta) de la eutanasia es comparativamente poco problemática, ya que se trata de un mero tratamiento del dolor (o cuidados paliativos) destinado a aliviar el «crepúsculo» de un moribundo y, por tanto, también se permite si va acompañada de un acortamiento de la vida como efecto secundario no deseado, pero inevitable. En sentido estricto, no hay ninguna razón de peso para reservar esta forma de eutanasia al personal sanitario o incluso a los médicos. Se trata aquí de evitar los abusos y las dificultades para probar los hechos.

(ii) La eutanasia en forma de suicidio asistido se produce cuando un médico o una persona cercana al suicida permanece al lado de la persona afectada hasta el último acto necesario para el suicidio, pero no interviene y respeta el deseo de la persona de no ser reanimada. La persona que sufre acelera su propia muerte y el profesional sanitario no interviene. Esto, según opinión autorizada, tampoco es un delito, porque refuerza el derecho de autodeterminación del paciente, propio de su dignidad. El médico no incumple sus obligaciones contractuales; las cumple porque su contenido ha cambiado.

(iii) La eutanasia en forma de interrupción del tratamiento suele denominarse incorrectamente «eutanasia pasiva». En principio, es posible interrumpir el tratamiento en cualquier momento a petición del paciente; nadie que pueda hacer una declaración jurídicamente vinculante puede ser tratado contra su voluntad fuera de las relaciones especiales de derecho público (por ejemplo, en las prisiones). Cualquier otra cosa constituiría una violación del derecho de autodeterminación del paciente y de su derecho a la vida privada. No importa si depende de un tratamiento para prolongar su vida, ni tampoco si padece una enfermedad que es curable. La interrupción del tratamiento sólo es problemática si el paciente no puede solicitarlo debido a su estado de salud actual.

La situación más difícil y al mismo tiempo más controvertida es (iv) aquella en la que un paciente que se ha vuelto incapaz de formar su propia voluntad (por ejemplo, debido a una demencia avanzada) ya no puede ser «tratado» médicamente. Sólo puede recibir cuidados, pero sufre de forma incurable condiciones insoportables y ha expresado su voluntad de morir en libre autodeterminación, pero ya no es capaz de ponerla en práctica. El último paso debe darlo un médico que haya consultado previamente a otros médicos y a familiares cercanos con detenimiento. Se trata, pues, de un caso especial

de homicidio por encargo. No se trata de una interrupción del tratamiento, sino de una interrupción de los cuidados. Aunque se lleva a cabo mediante un homicidio activo, sirve para poner fin a un sufrimiento grave, de conformidad con las normas de procedimiento y la diligencia debida. A diferencia de la forma básica de homicidio por encargo, se trata de un acto de asistencia médica. El paciente no utiliza su situación para convertir a otros en el instrumento de su deseo de muerte; ya no es capaz de hacerlo, aunque lo haya deseado mientras estaba sano. El deseo de morir expresado anteriormente es ahora sólo un indicador de que el sufrimiento se ha vuelto realmente insostenible. Esta situación no puede decidirse reduciéndola a una disputa sobre la existencia o ausencia de un «derecho a morir».

XVI. NO HAY PARÁMETROS EN LOS DERECHOS PRIVADOS

En el derecho privado, vivir y morir no son factores sujetos al poder de disposición del individuo. Quien se suicida no dispone de la vida; una persona que se suicida no actúa, si y en la medida en que no hay otra persona implicada, en ejercicio de un derecho subjetivo, sino que actúa completamente al margen del ordenamiento jurídico. La norma legal siempre presupone la presencia de al menos dos personas; hoy en día, el suicidio es sólo y como mucho un hecho jurídicamente relevante si se trata de un incitador o de un cómplice. En la regulación de la muerte asistida, una persona permanece dentro del ordenamiento jurídico por la misma razón; aquí también debe intervenir una segunda persona. Sin embargo, esta última persona tampoco «dispone» de la vida, porque no hay ningún derecho que habilite para «disponer». La vida, incluso la propia vida, no es un derecho subjetivo disponible y, desde luego, no es un derecho privado. En consecuencia, todas las discusiones sobre si un «derecho a morir» complementario se desprende del «derecho a la vida», protegido por el derecho constitucional y los derechos humanos, desvían la atención. Sólo hay un derecho (objetivo) a la vida y la muerte (*a law of life and dying*), no un derecho (subjetivo) a vivir y morir (*not a right to life and die*).

XVII. EQUILIBRAR LOS INTERESES EN JUEGO

La principal dificultad es desarrollar un conjunto de reglas para las personas que quieren abandonar la vida de forma autodetermi-

nada, pero que no pueden (ya) realizar este deseo a través de su propia actuación. Dependen de la ayuda externa, lo que al mismo tiempo significa que no sólo se trata de la dignidad de la persona enferma, sino también de la dignidad de sus familiares y de los profesionales médico y farmacéutico que le acompañan. De acuerdo con el Derecho constitucional, el interés público en la prevención de los malos tratos, incluido el abuso en los cuidados parentales, también desempeña un papel importante, porque el Estado tiene el deber de proteger la vida de las personas sujetas a su autoridad. Por el contrario, no puede deducirse de ningún texto constitucional que exista un interés público en la prevención de la muerte, lo que obligaría a preservar el sufrimiento de una persona a toda costa, incluso en contra de su voluntad.

El derecho a la muerte asistida debe guiarse principalmente por la situación de la persona afectada. Él o ella está en el centro. Sin embargo, hay límites infranqueables y se castiga en todas partes si el homicidio por encargo se produce fuera de la atención médica de los pacientes gravemente enfermos. Ahora bien, la situación en la que se encuentra esta persona, no puede compararse con la situación en la que un hombre cansado de la vida arrastra a otros a su propia miseria por su deseo de morir. La forma de hablar del derecho a vivir o morir sólo provoca un endurecimiento innecesario de la ley en una situación extrema de la existencia humana, en la que la persona afectada es dependiente de los cuidados. No existe ni un «acreedor» ni un «deudor» de un supuesto «derecho privado» subjetivo a morir. Pero esto no cambia el hecho de que, dependiendo del contexto, la muerte autodeterminada tiene implicaciones para los derechos públicos subjetivos de quienes quieren respetar la autodeterminación del paciente.

XVIII. ALCANZAR UN ACUERDO

Ambas posiciones deben conciliarse en la práctica dentro de un marco objetivo que evite los abusos. Esto no puede lograrse mediante las distinciones tradicionales entre acción y omisión, mediante la distinción entre eutanasia «activa» y «pasiva», ni tampoco de forma convincente mediante la noción de control físico del acto en cuestión. Se trata más bien de determinar los límites del deber del Estado de proteger la vida de acuerdo con los principios de dignidad y proporcionalidad. Para ello, el legislador necesita un amplio margen de apreciación, pero también la fuerza para liberarse, sin pérdida de seguridad jurídica, de las puntillosas simplifica-

ciones de antaño. La cuestión clave, que al final siempre está en juego, es determinar cuándo la muerte de una persona debe atribuirse a la acción y voluntad de otra, y éste es un problema normativo al que sólo puede darse respuesta valorando todas las circunstancias del caso concreto.

XIX. LA SOLUCIÓN BELGA

Una de las leyes que ha alcanzado con especial éxito el equilibrio con el espíritu del Convenio de Oviedo es la Ley belga sobre la eutanasia de 28 de mayo de 2002. La ley define la eutanasia como «un acto realizado por un tercero, para acabar intencionadamente con la vida de una persona, a petición de ésta» (art. 2) y añade en el artículo 3 § 1 que el médico que practica la eutanasia «no comete un delito» si está convencido de que el paciente es mayor de edad o está emancipado y, en el momento de la solicitud, tiene capacidad de obrar y es consciente de que la petición se ha hecho de forma voluntaria, reflexiva y reiterada y no se ha hecho bajo presión externa», que el paciente se encuentre en una situación médica desesperada y que alegue un sufrimiento físico o mental constante e insoportable que no pueda ser aliviado por ser consecuencia de un accidente o enfermedad grave e incurable, y que observe las condiciones y procedimientos prescritos por la presente ley». El médico debe consultar a un colega independiente, asesorar al paciente y llegar a la conclusión de que «no hay otra solución razonable». El paciente debe tener la oportunidad de «discutir su solicitud con las personas que desee» (art. 3 § 2). Se aplican precauciones especiales si la muerte es claramente improbable en un futuro previsible (art. 2 § 3). La voluntad del paciente debe constar por escrito y puede ser revocada en cualquier momento (art. 4). En un capítulo aparte, la ley regula el documento de instrucciones previas, al que llama convincentemente «declaración anticipada» (art. 4 § 1). En ella, «cualquier adulto capaz o menor emancipado puede, para el caso de no ser capaz de expresar su voluntad, hacer una declaración escrita en la que manifieste su deseo de ser asistido por un médico» en circunstancias que se describen detalladamente «para asistir a la eutanasia». El médico que cumple con esta declaración de intenciones previa no comete un delito en las circunstancias especificadas en el artículo 4 § 2. Una Comisión federal de control y evaluación, compuesta por 16 miembros, elabora, entre otras cosas, un documento de registro y, a partir de él, comprueba la legalidad de las medidas médicas (arts. 6 a 13). Esta ley repre-

senta una conquista de la muerte humanizada; despenalizó la llamada eutanasia, porque el legislador quiso dar prioridad a la autonomía del paciente frente a la defensa de la vida a toda costa. En los Países Bajos se aplica un régimen similar.

XX. REFLEXIONES FINALES

Como ya señalé, podría haber ejemplificado mi tema con otras cuestiones como la maternidad subrogada o las numerosas implicaciones constitucionales que caracterizan el moderno derecho a pertenecer a un sexo. Desgraciadamente, tuve que lidiar con un solo ejemplo. Lo importante para mí era demostrar que el derecho contractual moderno debe estar orientado, en mucha mayor medida de lo que está generalmente admitido, al derecho constitucional, que es superior a él y, por tanto, al concepto de dignidad humana. El derecho contractual sólo existe en el marco que le asigna el derecho constitucional; todo lo que ocurre fuera de este marco no es objeto de una obligación relevante para el derecho contractual. Parece, pues, necesario definir ahora este marco de forma más consciente y, acaso, cuestionarse la actitud tradicional de los académicos que trabajan en el ámbito del Derecho privado de considerar su área como la disciplina suprema del Derecho.

