

APA:

Mapelli Caffarena, B. (2021). Reflexiones en torno a la Ley reguladora de la eutanasia. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (35), 81-104. <https://doi.org/10.56176/rpcp.35.2021.87>

REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY REGULADORA DE LA EUTANASIA

BORJA MAPELLI CAFFARENA*

Recibido: 27.NOV.2021

Aprobado: 19.DIC.2021

TITLE: Reflections on the law regulating euthanasia

RESUMEN

El autor del presente artículo reflexiona sobre los alcances jurídico-penales de la L. O. 3/2021 de regulación de la eutanasia. Para ello se encarga de evaluar la posibilidad de considerar a la eutanasia como derecho derivado de la autonomía personal y dignidad. Además, realiza propuestas de *lege ferenda* respecto a la normativa aludida.

PALABRAS CLAVE: eutanasia, responsabilidad penal, personal sanitario, dignidad humana.

ABSTRACT

The author of this article reflects on the legal-criminal scope of the L.O. 3/2021 regulation of euthanasia. For this, he is in charge of evaluating the possibility of considering euthanasia as a right derived from personal autonomy and dignity. In addition, he makes de *lege ferenda* proposals regarding the aforementioned regulations.

KEYWORDS: euthanasia, criminal responsibility, health personnel, human dignity.

I

El movimiento a favor de la eutanasia tiene en estos momentos un apoyo relevante en la opinión pública y en muchos medios de comunicación¹. Esto se debe, en parte, a que el debate lejos de estar sosegado se radicaliza y se termina convirtiendo en un debate ideológico-político y, en parte, también a que se convierte en un debate reduccionista a partir de algunos casos estereotipados, que no son los más frecuentes, aunque sí los más dramáticos². La disponibilidad sobre la propia vida no hace absolutamente irrelevante su protección para el Derecho, a pesar de que su titular quiera terminar con ella y, por ello, el deseo de morir es un derecho que se puede ejercer dentro de ciertos límites. La vida merece una protección absoluta, por su carácter ontológico como base de todos los derechos, sin ella no hay posibilidad de ejercer ningún otro derecho. La radicalidad de la redacción del art. 15 CE (“todos tienen derecho a la vida”), declarando un pretendido derecho a la vida, refleja el interés del orden jurídico por su protección sin fisuras.

No deja de llamar la atención que coincidan en el tiempo los debates sobre la eutanasia, y las legislaciones que la regulan, con el incremento de la conciencia ética de los médicos y con los programas paliativos. Respecto de lo primero son muy

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla.

- 1 Un 62,2% en hombres y 54,8% en mujeres, al menos, son partidarios de que se regule legalmente la eutanasia. Tomando en cuenta la edad se aprecia que el interés por la regulación es mayor entre jóvenes —un 67,9 % a favor entre los comprendidos entre 30 y 44 años— que entre adultos —con edades superiores a los 65 años se muestran a favor solo el 37,9%— SERRANO DEL ROSAL, R. & HEREDIA CERRO, A. (2018). Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio médico asistido. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (161), 103-120. Si combinamos los datos de cuando se piensa más en la muerte y los partidarios de la eutanasia podemos concluir que cuanto más se piensa en ella menos partidario se es de las prácticas eutanasias. “La edad es una variable asociada con la frecuencia de pensamiento sobre la muerte. En el grupo más joven de la muestra (los que tienen entre 18 y 24 años), sólo el 9,2% piensa en ello frecuentemente, y el 23,9% no lo hace nunca. En contraste, en el grupo de edad de más de 65 años, el porcentaje de quienes piensan frecuentemente en la muerte es casi tres veces más alto que entre los jóvenes” DURÁN, María Ángeles. (2004). La calidad de muerte como componente de la calidad de vida. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (106), 9-32.
- 2 DE LUCA, J. (2021). Presentación. Teoría y Derecho. En: *Revista de pensamiento jurídico* (29), 11-14. en su encendida defensa de la Ley señala que “El objeto de esta ley, insisto, es ofrecer a todos por igual un derecho, no un privilegio como ha sucedido hasta ahora, al alcance de unos pocos que podían permitirse desplazarse a otro país, comprar su práctica clandestina o lograr esa muerte deseada gracias a la piedad y a la audacia de quienes se atrevían a arriesgar una sanción penal, reconozcámoslo, las más de las veces por piedad ante su sufrimiento” (Págs. 13-14). Semejantes pronunciamientos no ayudan a avanzar en la solución de los problemas jurídicos de la eutanasia que no guardan relación ni con la libertad ni con la defensa de los privilegios sociales. En todo caso es lamentable que el Estado solo nos permita un ejercicio de plena libertad individual para desaparecer del mundo.

numerosos los pronunciamientos que encontramos dentro de la ciencia médica, apartándose de las viejas concepciones hipocráticas que asocian la actividad médica con la curación de enfermedades y, en consecuencia, por el mantenimiento de la vida del enfermo por encima de cualquier otra consideración³. Cuando el oncólogo estadounidense Van Rensselaer Potter empleó, ya en los años setenta del pasado siglo, la expresión bioética quería destacar precisamente ese conflicto de valores que plantean los avances tecnológicos frente a las exigencias del ser humano y sus derechos⁴. La medicina en la actualidad es muy consciente de que su objetivo tiene más que ver con la atención al enfermo que con la atención a la enfermedad y dentro de los hospitales el advenimiento de la muerte en estado de sedación se ha convertido en la forma convencional de abordar el fallecimiento del paciente.

En el léxico de términos eutanásicos la bioética se ha encargado de incluir la distanasia o “mala muerte” para significar aquellos casos en los que alejados de las obligaciones de la *lex artis* los médicos se empeñan en mantener con vida a un paciente con una respiración o circulación artificial a costa de un extraordinario sufrimiento orgánico y/o psicológico cuando la actividad tronco-encefálica cesa de forma irreversible. Hay, por tanto, una pacífica opinión que entiende que la práctica de la distanasia no solo no forma parte de las obligaciones deontológicas del médico, sino que, en determinadas circunstancias, podría dar lugar a responsabilidad penal.

Si, llegado el caso, se produce un conflicto irresoluble, los médicos saben que, al menos, no están obligados a mantener técnicamente con vida, a toda costa, al paciente. Dentro de los principios que dan contenido a la bioética está el de *non nocere*, según el cual, cuando la vida de un paciente se debe a un soporte vital técnico sin que existan posibilidades prácticas de sobrevivir se está violentando este principio de no maleficencia⁵. Este principio deontológico no se basa en razones económicas ni

3 Vid. entre otra documentación el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina. suscrito en el Consejo de Europa el 4 de abril de 1997. Este Convenio entró en vigor en España el 1 de enero del año 2000.

4 Con frecuencia se cita al escritor ARTHUR KOESTLER, fundador de la Sociedad para la Eutanasia Voluntaria, creada en 1935, como representante de los primeros movimientos a favor de la eutanasia. Ya que es así y se emplea tanto como ejemplo, es necesario señalar dos cosas. La primera, que Koestler, que se suicidó junto con su esposa en Londres, no era tanto un activista de la eutanasia, sino del derecho a suicidarse, que por entonces estaba prohibido. La segunda, que su activismo se dirigía a proveer de recursos a quienes lo desearan para acabar voluntariamente con la vida. En el conocido prólogo del folleto *A guide to self deliverance* se defiende el derecho a quitarse la vida y se enseña a ello. *Obiter dicta*, sin conocer con detalle las circunstancias de aquel doble suicidio, pactado por la pareja, el mismo es un ejemplo de los peligros de emulación de estos movimientos. Mientras que él se suicida porque sufría un Parkinson avanzado, ella lo hace porque no le interesaba la vida si él no estaba. Es un ejemplo de los riesgos de la *ruptura del dique* cuando se asocia la eutanasia con derechos como la libertad o la dignidad humana.

5 CABRÉ PERICÁS, L. (2008). “Problemas al final de la vida en la medicina altamente tecnifi-

tampoco en razones de dignidad, sino que se encuentra vinculado a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 15 CE), ya que ocasionar un padecimiento injustificado es un supuesto de ensañamiento, incompatible con el ejercicio de la medicina⁶. En este mismo sentido, se expresa la Ley 4/2017 en el que se recogen los derechos y deberes en el proceso de morir y cuyo art. 5 señala que: “2. (...) *el personal sanitario adecuará y limitará, en su caso, el esfuerzo terapéutico de modo proporcional a la situación del paciente, evitando la adopción o mantenimiento de intervenciones y medidas carentes de utilidad clínica, y siempre sin menoscabo de aquellas actuaciones sanitarias que garanticen su debido cuidado y bienestar*”.

Como decíamos antes es igualmente llamativo que en los últimos años se haya desarrollado un interés por la legislación eutanásica en unos momentos en los que se da cada vez más importancia a los programas paliativos para enfermos terminales o supuestos afines. La medicina tiene asumido que la heterogeneidad del fenómeno de la muerte trasciende el aspecto biológico y demanda no solo unos recursos y unos programas que aseguren, que este tránsito, cargado de conflictos y emociones, se produzca de forma ordenada para paliar el dolor de todos los protagonistas, sino también una formación profesional especializada en la que, además del empleo de los recursos, se adquiera la sensibilidad necesaria para ayudar en el control y aminoración de todo lo que acompaña a la muerte. Se trata de mejorar la calidad asistencial con medidas de control de los síntomas físicos, el apoyo emocional y la comunicación continua, el respeto por los deseos del paciente, la coordinación con la familia y el trabajo en equipo del personal sanitario⁷. La muerte socializada, que palía los daños de la soledad y el abandono, es la mejor muerte posible. Los programas paliativos sitúan el protagonismo del paciente en el centro de su desarrollo, sin contar con su voluntad, actualizada y enriquecida por una información próxima, aquellos programas perderían todo su sentido.

Como es lógico hay coincidencias en los discursos de las medidas paliativas y las eutanásicas. Ambas renuncian a la medicina del encarnizamiento y ambas parten de la libertad y dignidad del paciente. Las diferencias están en los fines de una y otra,

cada. Aspectos bioéticos”. En GÓMEZ TOMILLO, M. / LÓPEZ IBOR, J. / GUTIÉRREZ FUENTES, J. (Coords.). *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia* (pp. 479-496). Fundación Lilly: Unión Editorial. p. 483.

- 6 GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. (1993). Una alternativa al tratamiento “jurídico de la disponibilidad de la propia vida”. *Grupo de Estudios de Política Criminal*. p. 10 “Los límites del deber de tratamiento médico no pueden estar determinados únicamente por las posibilidades técnicas de mantenimiento de la vida, sino que este ha de fundamentarse en una finalidad curativa, incompatibles con estados irracionales y degradantes de mantenimiento y prolongación de la existencia”.
- 7 POLLARD, B. (1991). *Eutanasia ¿debemos matar a los enfermos terminales?*. ADELA TEMES. pp. 18 y ss.

porque mientras que los programas paliativos se plantean una muerte en paz mediante un acompañamiento personalizado del paciente hasta el último momento, la eutanasia propone, que, llegado el momento, se pueda intervenir activamente para acabar con los padecimientos inútiles.

La duda que surge entonces es si ambas opciones -la paliativa y la eutanasia- son compatibles entre sí y, más concretamente, si una legislación sobre la eutanasia vendría a priorizarla sobre las opciones paliativas en la medida que resultan más económicas, más fáciles de aplicar y más en sintonía con la gestión y organización de los sistemas sanitarios de carácter hospitalario en donde ya fallecen una de cada tres personas en nuestro país. Este riesgo se vería considerablemente aminorado, al menos, si ambas cuestiones fuesen reguladas en una misma ley. Esta solución *lege ferenda* está llena de ventajas porque permitiría al sector sanitario trabajar con unidad de objeto, de garantías y de criterios.

En relación con la Ley Reguladora de la Eutanasia comenzaremos por reconocer que, a pesar del nombre, se encuentra muy lejos de abordar ni siquiera una solución integral para los diferentes escenarios eutanásicos. Se limita a despenalizar la vía médica / sanitaria y a regular el procedimiento para poder acceder a la prestación del servicio de ayuda a morir por la Seguridad Social. Nada se dice sobre las posibilidades de aplicar dicha ayuda por los particulares y como quedaría la responsabilidad penal de estos, ni tampoco contempla otras modalidades eutanásicas que no sean la eutanasia activa hospitalizada.

Existen opiniones contrarias a la propia existencia de la Ley, incluso, con estas limitaciones. El argumento central es que este tipo de leyes, como hemos señalado, terminan priorizando la ayuda a morir frente a las medidas paliativas y, por otro lado, tienen un efecto llamada que provoca un incremento de solicitudes. Esto se aprecia especialmente en los casos de incapacidad de expresar la voluntad en los que hay una inclinación por el *in dubio pro mortis*, en vez del *in dubio pro vita*.

La ley nos hace avanzar en un concepto de muerte cada vez más extensivo a costa de los últimos periodos de la vida. Si hace unas décadas hemos visto como la muerte se adelantó cuando el criterio de inactividad respiratoria / circulatoria fue sustituido por el cerebral, ahora con las situaciones eutanásicas se invita a pensar que los procesos de morirse se inician cuando no se cumplen determinados estándares relacionados con la enfermedad, el sufrimiento y la autonomía personal. En definitiva, la muerte parece empeñada en recuperar un tiempo perdido y la protección de la vida —al menos, la protección penal— se retrae.

Otro importante argumento en contra de legislar la eutanasia es que se corre el riesgo de provocar el efecto de llamada y el llamado *deslizamiento por la pendiente* o extensión de los supuestos eutanásicos a situaciones que nada tienen que ver ni

con la enfermedad ni con los padecimientos. Se pone, como ejemplo, lo sucedido en Suiza, un país que se caracteriza desde hace décadas por ser de los primeros que han apostado por los modelos más liberales de eutanasia. El crecimiento anual, según los datos oficiales de la Oficina Nacional de Estadísticas (FSO), se sitúa próximo al 20%. Ya una de cada cincuenta muertes se produce por aplicación de esta ley.

Pero quizás la evolución más preocupante venga determinada por lo sucedido en los casos, Gross, en Suiza, una anciana que vivía sola y que solicitó que se le aplicara la ley con carácter extensivo, aunque no padecía ninguna enfermedad terminal⁸ y Van den Bleeken, en Bélgica, un condenado a prisión perpetua que no quería vivir en esas condiciones. En el caso de la anciana Gross, señala la justicia la conveniencia de directrices europeas para que ciudadanos sanos puedan ser asistidos en su deseo de morir, lo que representa un salto cualitativo en la evolución eutanásica. Es evidente que, partiendo de los criterios de la autonomía y la dignidad humana, hay un riesgo de que se extienda el servicio eutanásico más allá de los enfermos terminales y de las personas con graves padecimientos incurables y se aplique la eutanasia a todos aquellos que, con los mismos argumentos, solicitan que se ponga fin a su vida, porque la consideran indigna y han perdido el interés por vivir, sea cual sea la causa.

De hecho, quienes se muestran a favor de la eutanasia, no solo la plantean como un derecho que puede ser reclamado frente al Estado y que se traduce en el deber de este de atender a esa petición, sino que consideran que también más allá de los supuestos eutanásicos en la sociedad del futuro existirá una especie de muerte a la carta⁹. En este sentido, Thevoz & Jaccar, en su manifiesto, señalan que el “Estado terapéutico” será vencido cuando el ejercicio del derecho al suicidio sea la forma natural de morir (“si preconizamos la muerte digna, no es solamente por razones “humanitarias”, sino también porque contribuye a desacralizar el suicidio —y por ende la muerte— haciéndolo pasar de lo pulsional a lo racional, del campo de la fatalidad al de un destino libremente asumido, de la exaltación de la transgresión a una lucidez serena”¹⁰). Se trata de positivizar la muerte como un estadio feliz y liberador de la carga física¹¹. Es inevitable que paradójicamente las

8 Caso Alda Gross contra Suiza, Sentencia TEDH (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Alda Gross vs. Suiza (n° 67810/10) del 14 de mayo 2013.). Alegó precisamente su estado de soledad y decrepitud y que había perdido el interés por vivir y aunque murió por causas naturales el alto tribunal europeo tuvo ocasión de pronunciarse a su favor, considerando que la imprecisión de la ley fue la causa de que no se le pudiera proveer de pentobarbital por los médicos suizos, lo cual lesionaba su derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH.

9 En el año 1950 la *Euthanasia Society of America* pidió que se incluyera el derecho a morir con dignidad dentro de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

10 THÉVOZ, M. & JACCARD, R. (1993). *Manifiesto por una muerte digna*. Editorial. p. 55.

11 HANS KÜNG, teólogo y filósofo, señalaba que “precisamente porque estoy convencido que con la muerte no termina todo, no me va tanto en una prolongación indefinida de mi vida (...)” y

propuestas más radicales sobre la eutanasia coincidan con los postulados religiosos a los que abomina. En ambos casos se niega la muerte como el final de todo. Ambos participan de una idea común de la muerte como liberación, liberación del mundo físico, que permite unirse a Dios, o “liberación laica”¹². Lamentablemente, esas utopías y arcadias felices tras la muerte no pueden ocultarnos que la muerte es la destrucción de la vida y, como dice Bloch, la muerte es el más duro rechazo de la utopía, porque en la muerte no hay devenir, ni triunfo¹³.

II

El movimiento eutanásico pretende positivizar jurídicamente la práctica de la muerte de otro, invocando un derecho subjetivo a disponer de la propia vida. Al menos, así se ha hecho en nuestro país. Nuestra Constitución no hace referencia a este derecho y la LORE se refiere, no al derecho a morir, ni siquiera al derecho a disponer sobre la propia vida, sino al derecho a solicitar asistencia eutanásica. Como señala su Exposición de Motivos, se introduce un derecho individual a morir por la acción directa e intencionada de un tercero en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios. Y más explícitamente el art. 4.1 señala que “se reconoce el derecho de toda persona, que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.”

Cuando los partidarios de la eutanasia activa defienden que la misma es la lógica regulación del derecho subjetivo a disponer de la vida y refuerzan la tesis invocando su relación con el derecho a la vida y al libre desarrollo de la personalidad lo hacen con el objetivo de explicar el origen de este servicio eutanásico, instaurado la LORE. Ahora bien, para justificar la libre disposición de la vida por parte de su titular no es necesario acudir a la tesis de un derecho subjetivo anclado constitucionalmente. Solo cuando hay necesidad de explicar los servicios públicos eutanásicos —la participación de terceros— es cuando se necesita contar con un derecho subjetivo del que surge un deber para la Administración. Pero la tesis del derecho subjetivo plantea algunos problemas de coherencia con el ordenamiento jurídico.

mucho menos en condiciones ya no dignas de seres humanos” KÜNG H. & JENS, W. (2004). *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*. Editorial Trotta. p. 55.

- 12 SÁDABA, J. (2021). “La eutanasia en la vida humana y en España”. En: *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (29), pp. 16–23, en un artículo a favor de la Ley presupone que “la media” de la sociedad a la que se le ofreciera la posibilidad de no nacer eligiera esta opción porque “la vida está llena de frustraciones porque importantes deseos no se cumplen, porque las enfermedades nos atenazan y porque la muerte de los seres queridos y la nuestra es un trauma total”. La misma idea evangélica del valle de lágrimas del que solo nos liberaremos con la muerte.
- 13 BLOCH, E. (1998). *El principio de la esperanza*. Editorial Trotta. p. 12.

Comencemos por señalar que resulta difícil de derivar del derecho al libre desarrollo de la personalidad un derecho positivo a morir. La muerte no permite en absoluto desarrollar la personalidad, de la misma manera que nos parecería sorprendente reconocer en el derecho a la educación la opción de no educarse. Del libre desarrollo de la personalidad se derivan el reconocimiento de otros derechos personales en la medida que exista personalidad; pero la no-personalidad es la negación de cualquier desarrollo.

Las tesis defensoras de la eutanasia activa presentan otros problemas. Por más que se rodee de garantías es inevitable concluir que si se permite a un tercero acabar con la vida de alguien, es que la vida de esa persona ha dejado de tener interés prioritario para el derecho y el principio de la defensa absoluta de la vida, en la medida que tiene un carácter ontológico y sirve de basamento del resto de los derechos, tiene que replantearse. Por supuesto que también es legal acabar con la vida de otro en legítima defensa o en la guerra, pero en ambos casos es precisamente la defensa de la vida la que explica la justificación. En la eutanasia, en cambio, se debilita esa protección por la aminoración del interés de protección en si misma considerada.

Los partidarios de la eutanasia llegan a afirmar que no se da un atentado a la vida, porque esta ya no es querida por su titular. La afirmación de que estas leyes eutanásicas no limitan el derecho a la vida¹⁴ solo contemplan una dimensión radical de la individualidad. Semejante tesis equipara la vida a cualquier bien material de los que puede disfrutar una persona. La vida del ser humano es mucho más que un fenómeno biológico en la naturaleza. Una cosa es disponer de un objeto propio y, otra muy distinta, es disponer de la propia vida. Aun cuando la persona exprese con rotundidad su deseo de morir, para el Derecho sigue vigente la defensa de este bien jurídico. El respeto a la libertad tiene que ser compatible con la dimensión social de la persona y es compatible con la obligación del Estado social de promocionarla. La autonomía de la persona no debe conducirnos a un individualismo radical, no solamente porque es contrario a la idea del desarrollo de la personalidad en un Estado social, sino que haría caer en contradicciones insalvables la legislación eutanásica e, incluso, la protección penal de la vida del suicida. La vida, incluso, cuando no es querida por su titular, no es irrelevante para el Derecho. El Estado no puede garantizar la vida, pero si está obligado a asegurarla con independencia de la voluntad de su titular. Este aseguramiento tiene una dimensión compleja que abarca desde la prohibición de medidas que la limiten, hasta su protección frente a ataques de terceros.

14 CARBONELL MATEU, J. C. (2021). "Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad. Teoría & Derecho". En: *Revista De Pensamiento jurídico*, (29), pp. 46-71.

En definitiva, desaparecida la voluntad de vivir aún resta un interés en la sociedad por mantener el valor vida. Un valor que merece una menor protección y cede frente al ejercicio de otros derechos, especialmente, el del propio titular a quitarse la vida. Por esta razón la atención médica sigue siendo una obligación deontológica por mucho que pueda presumirse que el paciente hubiera expresado su desinterés por seguir viviendo de haberse podido expresar. La cuestión no es, pues, castigar o no castigar, sino encontrar una vía para no hacerlo que sea compatible con la relevancia de la vida, y con los riesgos que suponen el carácter irreversible y la eventual instrumentalización o abuso de los supuestos eutanásicos.

Una última cuestión en relación con las propuestas de fundamentar el derecho a la eutanasia en el libre desarrollo de la personalidad. Si cuando una persona se dirige al Estado pidiendo que se le mate se encuentra ejerciendo un derecho constitucional, entonces, como acertadamente reconoce el Tribunal Constitucional alemán, “restringir el alcance de la protección a causas o motivos específicos equivaldría esencialmente a una evaluación substantiva y, por lo tanto, predeterminada, de los motivos de la persona para procurar el fin de su propia vida, algo ajeno a la noción de libertad de la Ley Fundamental” (Tribunal Constitucional alemán (B VfG) en su Sentencia de 26 de febrero de 2020.)¹⁵.

A nuestro juicio, merece la pena experimentar otras posibilidades jurídicas que garanticen la disponibilidad sobre la propia vida, no como un derecho subjetivo, pero si, como una situación *agere licere*, como manifestación externa de la esfera íntima de las personas¹⁶. Y debido a este reconocimiento es que la tentativa de suicidio no se castiga en ningún país de nuestro entorno cultural. Pero nada tiene que ver el suicidio con la eutanasia ya que el suicidio no pasa de ser un comportamiento personal sin injerencia de terceras personas. El Estado debe mantener una neutralidad ética y aceptar la conducta suicida. Cualquier medida que fuera más allá de la asistencia por razones humanitarias y sociales de cara a disuadir la decisión de

15 Cita toma de CARBONELL MATEU. J.C. op. cit. p. 49

16 En este mismo sentido se ha pronunciado nuestro TC: “siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte [...] (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio). En un sentido similar, negando el derecho de morir también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el asunto Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

terminar con la propia vida, es una imposición de concepciones morales o ideológicas inaceptable.

Como señala Étienne Montero¹⁷, a diferencia del suicidio, la eutanasia tiene una dimensión socio-jurídico-política, porque no solo compromete a los facultativos que intervienen en ella, sino a todo el sistema sanitario. Pretender que quitar la vida a los pacientes pase a ser parte de la deontología médica, que debe ser atendido por la sanidad pública, en los mismos términos que el derecho a ser sanado, desde luego, plantea un modelo de medicina pública distinta a la actual, y plantea, además, ante el enfermo terminal una doble opción: la paliativa o la eutanásica, jugando poderosas razones políticas, sociales y económicas a favor de esta segunda, de forma que ni siquiera se puede afirmar que ambas opciones se presentan ante el enfermo y sus allegados en igualdad de condiciones.

Desde la óptica a la que nos adherimos la libertad de vivir o no, es una opción personalísima que no permite ser transferida. Disponer de la propia vida o negarse a una transfusión de sangre o hemoderivados, justifica que pierdan su vigencia cuando se involucra a terceros. El suicida puede quitarse la vida y el Testigo de Jehová negarse a una transfusión sanguínea, pero este amparo ni se extiende a los terceros que matan, ni a los hijos de los Testigos.

Esta propuesta no abandona a su suerte a los enfermos crónicos. Para ellos se abre una razonable serie de vías cuando seguir viviendo les resulta insoportable. En primer lugar, pueden quitarse la vida; en segundo lugar, pueden recibir tratamientos paliativos¹⁸, y, en tercer lugar, pueden solicitar la eutanasia pasiva gracias a la cual se le retira cualquier tratamiento que tenga como objetivo el mantenimiento artificial de la vida e, incluso, dentro de estas posibilidades se contempla la sedación, aunque pudiera eventualmente provocar un acortamiento de la vida. Por último, para los escasos supuestos de mayor invasión de terceras personas, practicando la eutanasia activa, el Derecho, a pesar de mantener la vigencia de la protección de la vida, contempla soluciones no punitivas en el marco de las causas de justificación o/y exculpación. *Lege ferenda* aún podría introducirse nuevos institutos jurídicos, como la dispensa de la pena o la suspensión del proceso, que evitan la sanción o el proceso penal.

17 MONTERO, E. (2010). "La dimensión sociopolítica de la eutanasia". En: *Juristas de la salud*, 20(1). <https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Vol20-01-estudio-5.pdf>. p. 134.

18 A tenor del art. 5 c/ de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte debe entenderse por Cuidados paliativos el "conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de los pacientes y de sus familias, afrontando los problemas asociados con una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o psíquicos".

En definitiva, nos preocupa que el movimiento eutanásico pierda de vista las graves consecuencias que para el futuro de la humanidad tiene que nuestro consentimiento ponga en manos de terceros nuestra propia existencia. El proceso de morir, sus tiempos y su costo no sintonizan con una sociedad industrial y capitalista, en la que la muerte se rige por los mismos criterios que el negocio. La muerte y el morir no tienen cabida en las sociedades industrializadas porque no afectan, esencialmente, a los sistemas productivos. Parece una sorna tanta sensibilidad por respetar la autodeterminación humana, cuando se trata de la muerte de personas que ya no son capaces de producir, sino de generar gastos. Como señala el médico danés Kieler¹⁹ cuando el desarrollo de un sistema social no sirve exclusivamente al desarrollo cultural de la solidaridad humana, entonces el sistema como tal puede ser el objetivo final de la evolución, y los esfuerzos de solidaridad quedan reducidos a simples medios.

III

La Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia entra en vigor en España el 25 de junio²⁰ después de tres meses de *vacatio legis*. Antes de conocer con detalles otros aspectos de ella, vamos a tratar de indagar cuál es su fundamento, para, a partir de ahí verificar la coherencia de los pasajes concretos de la regulación. La cuestión es bastante compleja no solo porque se traduce en un instrumento de valoración de la propia ley, sino porque resulta un tema muy controvertido que conduce a otros compromisos más allá de esta ley.

La actual ley señala ya en el preámbulo que viene a cubrir una necesidad de proteger a la par dos derechos fundamentales. Por una parte, la autonomía personal para decidir sobre la propia vida y, por otra, la dignidad. En efecto, señala el legislador que “se busca, en cambio, legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida”. Y, también, que los “supuestos eutanásicos que se pretenden resolver son aquellos en los que la persona considere que preservar la vida en esas circunstancias es incompatible con su dignidad personal”. Por lo tanto, a juicio del legislador, la posibilidad de ejercer el derecho a obtener asistencia para morir forma parte de los derechos relacionados con la autonomía y la dignidad.

Pero si se trata de proteger la dignidad y la autonomía es difícil de explicar que una decisión firme, concedida en el ámbito familiar, no pueda justificar que un

19 KIELER F. (1976). “Consideración sobre eutanasia”. En: Massons, J.M. *Eutanasia*. p. 538.

20 Coincidiendo con su plena vigencia algunos medios de comunicación han entrevistado al personal sanitario, el cual reconoce que la preparación del sistema sanitario para la implementación de la Ley ha sido muy escasa a pesar de la gravedad de su trascendencia de cara a organizar los recursos médicos en torno a los momentos finales de la vida de los pacientes. Vid por todos, <https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/asi-decidira-el-medico-si-el-paciente-esta-en-pletas-facultades-para-pedir-la-eutanasia.html>.

allegado quite la vida de otro, concurriendo las circunstancias eutanásicas, con el único argumento de que no se hizo siguiendo los protocolos de la ley. En sentido contrario, tampoco se entiende que una declaración desactualizada, concedida años antes en un testamento vital, sin cumplir las garantías registrales, pueda sustituir vicarialmente la declaración del interesado cuando el médico responsable considera que el paciente no está capacitado para otorgar su consentimiento. Si pretendemos empoderar modelos de política de respeto al derecho a disponer sobre la propia vida, el legislador no debiera regular soluciones vicariales de la voluntad, sino, todo lo contrario, garantizar que solo un consentimiento plenamente válido —también en un sentido jurídico— avala el deseo de morir.

No es cierto que el legislador nos esté proponiendo un compromiso que se derive del derecho a disponer sobre la propia vida, por el contrario, su propuesta, más o menos encubierta, es una nueva concepción de la medicina, de la relación médico-paciente y de la propia muerte. Paradójicamente, se nos propone que el momento de la muerte y sus circunstancias pueda ser decidido, eventualmente, por los médicos dentro de una reformulación de su *lex artis*. Mientras que la justificación recurrente de la ley es evitar el encarnizamiento médico contra los pacientes terminales que no quieren seguir viviendo, supuesto ampliamente superado, se eleva a *lex artis* —deber médico en el ejercicio de su profesión, solo excepcionado por la objeción de conciencia— la eventual decisión del médico a favor de la muerte sin contar con el consentimiento del paciente en supuestos clínicos con unos contornos bien indefinidos. No se compadece con la defensa del derecho a la autonomía personal una ley que dispone ampliamente que terceras personas puedan decidir sobre la vida del paciente cuando este se encuentra en unas circunstancias de imposibilidad de expresar su voluntad válidamente —supuesto muy frecuente—, por más que años antes dicha persona haya dejado por escrito su voluntad de no someterse a tratamientos invasivos de la medicina. Basta que el médico responsable determine que el sujeto no puede expresar su voluntad y exista un “testamento vital”, la vía eutanásica quedaría expedita.

El segundo eje sobre el que se hace girar el servicio eutanásico es la dignidad humana, toda la ley se funda en el principio de que una vida no consentida es indigna. Como todos sabemos la dignidad no es exactamente un derecho, sino el fundamento de los derechos y se valora a partir de nuestra propia racionalidad con criterios del propio sujeto. Sin embargo, hay que señalar que el respeto por la dignidad, así entendida, es la máxima expresión de respeto a la persona en temas eutanásicos plantea algunas cuestiones graves. La dignidad, con la que cada uno de nosotros se valora, está condicionada por nuestras propias circunstancias. Las atenciones, que el círculo de los allegados, prestan al enfermo o al anciano son determinantes de cómo valora su propia existencia. Lo que hace indigna la vida no es la muerte sino el tratamiento que nuestra sociedad está dispuesto a dar al paciente. Es lógico que una

Ley que apuesta por las soluciones eutanásicas solo muestra interés por la limpieza de la exteriorización de nuestra voluntad y no por las razones y circunstancias que la determinaron.

Pero aún nos parece más grave asociar dignidad y eutanasia. Este maridaje inevitablemente nos lleva a considerar que hay vidas indignas, y hace revivir las amargas experiencias por las que ha tenido que pasar la humanidad cuando dominaban las tesis de las vidas sin dignidad, lo cual es inasumible conforme a los Derechos Fundamentales. Aunque no se dice, pero la posibilidad legal de matar a quien no puede expresar su voluntad, ni actualizarla, sustituyéndola por lo declarado, años antes, en un escrito generalista de últimas voluntades, sin mayores garantías, se fundamenta en la idea de que esas vidas, más o menos terminales, son indignas y no merecen ser vividas. Al menos, los riesgos de que en un futuro pueda emplearse esta argumentación son evidentes.

IV

El procedimiento eutanásico se puede subdividir en tres momentos: toma de decisión, evaluación de la calidad de la decisión y solución de las incidencias. La Ley se ha redactado con un elevado grado de consciencia de que todo este procedimiento eutanásico está plagado de riesgos y esto ha conducido al legislador a proponer un modelo, que, incluso sus defensores, califican como muy garantista. Se trata de neutralizar dichos riesgos por tres vías. La primera acudiendo al modelo médico y presumiendo que estos profesionales son ajenos a cualquier tipo de presión en el ejercicio de su profesión. La segunda, restringiendo las intervenciones para acabar con la vida del paciente a dos supuestos: aquellos en los que la ejecución viene precedida de una solicitud actual del interesado y, aquellos otros, en los que, a falta de contar con esta solicitud, se da por válido un documento de últimas voluntades. La tercera vía es convirtiendo todo el proceso de ejecución en un trámite ralentizado y burocrático que se compadece poco con las dramáticas circunstancias, que rodean estos episodios, y, para ello, no se ha encontrado una mejor opción que desviar las incidencias al procedimiento contencioso-administrativo.

De estos tres caminos el tercero de ellos se desautoriza por sí mismo. Es un despropósito pretender que la demanda o la desautorización de un servicio de eutanasia activa se resuelva con la misma jurisdicción que el recurso de una multa de tráfico, porque la eutanasia activa —es decir, que un médico quite la vida a un paciente— no puede entenderse como un acto administrativo. Parece evidente que a los redactores de la Ley les ha interesado tanto garantizar el acceso de la sociedad a los servicios eutanásicos de la Seguridad Social —les ha parecido tan novedoso—, que han dejado de lado una mínima empatía para con las circunstancias que rodean a estas personas que demandan su propia muerte. Procedimientos que tardan

con frecuencia años no son idóneos para estos asuntos. Si se crea una Comisión de Garantías y Evaluación, de carácter multidisciplinar, con personas especializadas en estos temas, no es solo para asegurar el cumplimiento de la ley y resolver las incidencias, sino también para controlar la calidad de las decisiones que se toman en cada expediente y, de ahí, que esté prevista su intervención con anterioridad a la prestación del servicio. Lo razonable, en consecuencia, es que sus decisiones deben poner punto final. Una sala de lo contencioso-administrativo ajena al drama eutanásico poco tiene que aportar a las decisiones de la mencionada Comisión. En la mayoría de las ocasiones se supone que tendrá que resolver demandas del interesado, a quien se le ha denegado el servicio eutanásico, ya que los casos en los que los facultativos actuaron en contra de la ley darán lugar a responsabilidad penal. ¿Qué podrá hacer dicha jurisdicción que no se haya hecho con anterioridad y no haya sido resuelto por la Comisión? Se volverán a requerir nuevos informes técnicos, con plazos muy dilatados, con la participación de diversos operadores del Derecho y con posibilidades de recursos, mientras que una persona, a la expectativa, estará soportando, contra su voluntad, unas condiciones indignas. Solo una desproporcionada valoración del servicio frente al drama humano puede explicar esta solución.

Es posible que se pueda objetar que un servicio de la Seguridad social es un acto administrativo y, como tal, sometido en última instancia a su jurisdicción. Pero las razones de ordenación sistemáticas deben ceder frente a consideraciones de mayor rango como es atender de forma diligente a la petición de morir que hace una persona en momentos dramáticos. Por esta razón, a nuestro juicio, la desviación de las incidencias al orden jurisdiccional contencioso-administrativo es una torpeza que no se compadece con lo auténticamente relevante. No es un servicio lo que está en juego, sino una vida humana. El órgano colegiado, multidisciplinar, próximo al drama y ajeno a los eventuales intereses en juego es el más cualificado para resolver de forma concluyente cada expediente. A nuestro juicio, hubiera sido recomendable que el legislador lo hubiera entendido de esta manera y hubiera permitido un formato abierto del mismo.

Las otras dos cuestiones también merecen una valoración crítica. Nuestra Ley se entrega casi de forma absoluta a resolver estos problemas mediante un modelo gálénico con una intervención en la que pueden llegar a participar hasta cinco médicos distintos. Prácticamente, está desatendida la conveniencia de que otros profesionales puedan ayudar en este proceso. Hace muchos años Aranguren ya se mostraba preocupado por el hecho de que en este modelo dominado por el personal sanitario y la organización administrativa la “moral hecha superflua se disuelva y desaparezca y sea sustituida por el más eficiente tecnicismo”²¹.

21 ARANGUREN, J.L. (1985). “La ética médica ante la sociedad de hoy”. En: *Revista de Occidente*.

Se ha perdido una oportunidad de permitir que la Comisión de Garantías incorpore otros profesionales que permitan acercarse a la identidad del paciente, incluidos, en ocasiones, representantes de confesiones religiosas. La ocasión lo hubiera justificado, hubiera justificado soluciones flexibles y no esquemas predeterminados. Este modelo galénico plantea también graves objeciones, si consideramos que, en definitiva, lo que nos traemos entre manos no es curar, sino todo lo contrario: matar. El texto legal quiere elevar la ejecución del paciente a un acto deontológico, no porque el hecho de matar —a diferencia de lo que ocurre con curar— demande de unos conocimientos especiales, sino porque quiere ampararse en la santidad del ejercicio médico para transmitir la idea de que todo queda en manos de profesionales que garantizan la pretendida neutralidad. Sin embargo, las cosas no son así, porque hoy se practica una medicina hospitalaria muy condicionada por circunstancias económicas. Los recursos no son ilimitados y hay que optimizarlos y esto obliga en ocasiones a tener que tomar decisiones de un alcance muy grave. Por lo general, el problema se agudiza aún más en la hospitalización privada y, lógicamente, afecta de una manera especial a las personas que sufren un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o padecen enfermedades graves e incurables, las cuales, a estos efectos, se convierten en grupos vulnerables.

No queremos decir que sobre la profesionalidad de los médicos se alce una nube de sospecha, pero, tampoco, resulta aceptable descargarles la decisión de valorar cuestiones que trascienden al ejercicio de su profesión²². Obligar a los médicos a que tengan que decidir sobre aspectos como la autodeterminación es someterles a una presión profesional para la que no están preparados y para la que, además, van a tener que acudir a recursos ajenos a la prestación sanitaria. Una cosa es la medicina, incluso, dando por válido que dentro de los deberes deontológicos se incluyera acabar con la vida del paciente, y, otra, muy distinta, es asumir la responsabilidad de valorar si el paciente otorga un consentimiento ajeno a cualquier tipo de influencia por parte de parientes o de terceras personas. Imaginemos el caso más sencillo y, posiblemente, también el más frecuente: ¿Cómo debe valorarse por los médicos el consentimiento de una persona debido a que carece de una asistencia mínima para sus cuidados? La ley desplaza a los médicos toda la responsabilidad de valorar si el paciente ha tenido alguna “presión externa” en la toma de decisión. Con indepen-

22 En una interesantes reflexiones sobre el médico y el ejercicio de su profesión en una estructura hospitalaria, señala GOL que “la despersonalización del enfermo hospitalizado, el haber recibido una formación profesional, predominantemente somática y bioquímica, la tendencia a sobrevalorar los parámetros en los que se es influyente y competente y también los reflejos de autodefensa que nos provoca la muerte como hecho humano, favorecen una actitud distante y, a veces, hasta cínica y hace difícil de percibir lo que la muerte tiene de asunto personal entre seres humanos” GOL, J. (1976). Muerte y dignidad humana. En: MASSONS, J.M. Eutanasia. GOL, J. (1976). “Muerte y dignidad humana”. En: MASSONS, J.M. *Eutanasia*. Barcelona. p. 552.

dencia de que el ser humano nunca toma decisiones sin contar con las presiones externas, serán muy frecuentes las ocasiones en las que el “médico responsable” se sienta incapaz de hacer esa valoración. Téngase en cuenta que la propia Ley reconoce y admite supuestos eutanásicos en los domicilios, en unas circunstancias que el médico será incapaz de valorar.

En la tramitación de la eutanasia apenas se le da protagonismo a los familiares y allegados; por el contrario, un “médico responsable” asume sustancialmente la dirección de todo el proceso. La Ley se preocupa solo de las incidencias de una negativa a aplicar la ejecución y, sin embargo, no se reconoce legitimación activa a los allegados para que pudieran impedir que la eutanasia continúe. Ni siquiera reconoce a los círculos íntimos en aquellos casos, más sensibles, en los que el paciente se encuentra impedido para expresar su voluntad, porque cuando esto sucede, a falta de alguien que presente la documentación acreditativa de que el paciente ha consentido lo podrá hacer el referido médico (“En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia.”) (art. 6.4).

Este modelo galénico con el que se quiere eludir los riesgos de la manipulación de la voluntad del interesado nos hace perder de vista la relevancia que en esos momentos puede tener la familia. En los estudios sobre cómo queremos nuestra muerte destacan circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por la Ley, en concreto, la de estar rodeado de la familia²³. Es posible que el interesado no quiera vivir esos momentos íntimos con presencia de extraños, sino en un ambiente familiar; sin embargo, cuando esto sucede, cuando uno de los cónyuges le pide al otro en una escena cargada de afecto e intimidad que le suministre la sustancia letal, alejado de cualquier control externo, los miembros de la familia que hayan participado se les hará penalmente responsable de lo sucedido (art. 143.4 CP). Por otra parte, un mayor protagonismo de la familia puede *in extremis* hacer cambiar la decisión de la persona. En definitiva, nos parece igualmente infundado considerar que los allegados están contagiados de interés espurios, como, lo contrario, considerar que, los médicos sabrán valorar adecuadamente la pureza de la decisión individual.

La tercera de las garantías de la Ley es que la eutanasia viene precedida de una decisión firme o, como alternativa, un documento acreditativo. Por más que el legislador se empeña una y otra vez en afirmar que la ley evita que pudiera aplicarse

23 En uno de los pocos trabajos realizados en España sobre cómo ven las personas su propia muerte, MARÍ-KLOSE Y DE MIGUEL. (DE MIGUEL, JESÚS M. AND MARÍ-KLOSE, MARGA (2000). “El canon de la muerte”. En: *Política y Sociedad*, 35: 113-1432000: 117) destacan las siguientes circunstancias como las elegidas prioritariamente por la mayoría de las personas: a) sin dolor; b) durmiendo o inconsciente; c) de forma rápida; d) rodeado de nuestros seres queridos; e) en edad avanzada; f) en casa (p. 117).

la eutanasia por otros motivos distintos de la autonomía y la dignidad del paciente, esto no pasa de ser una declaración de buenas voluntades. Señala, en este sentido, el art. 4, 3 que el paciente deberá tomar su decisión “individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas” y en relación con la eventual decisión vicarial de terceros vuelve a insistir en la Exposición de Motivos que se ha pretendido “que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables o, incluso, decisiones apresuradas” y, más adelante, de nuevo, que debe garantizarse que la solicitud “no sea el resultado de ninguna presión externa” (art. 5 1º c/) y, luego, establece un criterio general de exclusión de participar en los equipos intervinientes de quienes “incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia” (art. 14). Toda esta reiteración de adjetivos para garantizar la libre decisión no hace sino encubrir las dificultades con las que nos vamos a encontrar en la praxis para valorar la calidad de la decisión. Los criterios son claramente insuficientes e invalidan prejuiciosamente una interrelación positiva entre el paciente, que demanda la eutanasia, y el tercero que, aunque resulte beneficiado por la muerte, cree que la misma es deseada por aquel. Con una sucesión de tópicos se pretende garantizar la libertad de decidir, cuando, en no pocas ocasiones, la decisión individual resultará condicionada por las propias circunstancias vitales del sujeto, por el abandono o por la falta de paliativos o cuando, en contraste con estas exigencias garantistas, se permite practicar la eutanasia por la existencia de un documento suscrito años antes en otras circunstancias distintas.

El problema jurídico de los ancianos o enfermos terminales que solicitan la muerte no es tanto que debido a su estado psíquico su consentimiento está jurídicamente muy debilitado, sino que su voluntad se encuentra mediatizada por las circunstancias que le rodean. Son conocidos los datos empíricos que apoyan esta conclusión. El conocido hospital londinense de Saint Christopher dedicado a los tratamientos paliativos para enfermos terminales aporta unos datos irrefutables, según los cuales entre sus ingresados apenas existen personas que demanden la aplicación de medidas eutanásicas.

La medicina ha denunciado en numerosas ocasiones la poca calidad que ofrece la voluntad del paciente, no es estable y puede variar de un día a otro, no solo por las circunstancias familiares que le rodean, por los recursos hospitalarios, por su estado, sino también porque es muy difícil enseñar al ser humano su propia ejecución para que decida sobre ella²⁴.

24 FORSSMANN, W. (1975). “Problemas de la eutanasia”. En: *Archivos Facultad de Medicina de Madrid*, XXXIV (2), 69-91. *Passim*

La otra alternativa al consentimiento expreso es aquella en la que, imposibilitado de comunicar su voluntad, bien la familia bien el propio médico responsable aportan un documento en el que el interesado solicita que se le aplique la eutanasia activa. De forma que la voluntad es suplantada por este documento al que se refiere la ley en términos muy ambiguos (“documento con instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos” Art. 5.2 LORE)²⁵. Desde el punto de vista jurídico estos documentos no cumplirían con los requisitos mínimos para hacer valer un consentimiento y, menos aún, en estas situaciones tan extremas. La propia Ley 41/2002²⁶ señala que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 (es decir, la que “comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”), haya valorado las opciones propias del caso.” Esta garantía fundamental de información previa y de ofrecimiento de distintas opciones no se cumple cuando hablamos de testamentos vitales. La contradicción es grave ya que se nos propone un modelo en el que la presunción del consentimiento se hace valer a favor de la muerte y no, por ejemplo, de los tratamientos paliativos.

V

Como venimos indicando, a nuestro juicio, a pesar de llamarse Ley reguladora de la eutanasia, solo vemos regulado el servicio eutanásico prestado por la Seguridad Social. Queda sin abordar uno de los expedientes más sensibles, desde el punto de vista jurídico, que es el de la responsabilidad penal, a partir de la entrada en vigor de esta Ley. No es frecuente que leyes dedicadas a la regulación de servicios

25 Para evitar coyunturalismos y precipitaciones e injerencias España cuenta con el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Este Registro, complementario con el que existe a nivel de las Comunidades Autónomas tiene como objetivo acreditar documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (art. 11.1). A pesar de la voluntad de nuestra legislación de poner orden en este tipo de documentos por las graves e irreversibles consecuencias que de su contenido se deriva, la Ley de la Eutanasia permite que otros documentos imposibles de contrastar puedan suplir la ausencia de los registrados cuando sin rigor se refiere a “documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos” (art. 5.2). Ninguno de ellos debiera valer salvo aquel que haya sido debidamente registrado por el paciente con anterioridad ya que este documento, que ha sido tantas veces cuestionado, viene a suplir nada menos que la expresión actual del consentimiento para ejecutar la muerte.

26 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

públicos se tramiten como leyes orgánicas y no ordinarias; si, se tomó esta decisión, sin duda, se debe a que se pretendía abordar los términos en los que iba a quedar la protección penal de la vida a partir de la descriminalización de la eutanasia activa. Parece sorprendente que semejante tema haya sido relegado a una Disposición Final —Primera— en la que se modifica el CP, añadiéndole dos nuevos apartados al art. 143 —el número 4, modificado, y, el número 5, nuevo—, que escuetamente dicen: “4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.”. Vamos a terminar este trabajo analizando el contenido de estos dos apartados²⁷.

Nos llama la atención que se haya querido introducir la eutanasia activa dejando el art. 143 CP., básicamente, como estaba, cuando ha sido su redacción el permanente caballo de batalla de los partidarios de la eutanasia. Es de suponer que en un corto espacio de tiempo se modifique en profundidad dicho precepto, que, en su actual redacción, no solo nos conduce a un modelo galénico monopólico, sino que, al desplazar completamente el eventual protagonismo del círculo de allegados se van a dar casos y soluciones jurídico-penales auténticamente crueles e injustificadas. Como, por ejemplo, cuando el sujeto, que padece una grave enfermedad crónica, quiere morir en su casa asistido de su familia y al margen de terceras personas, algo que sintoniza bastante con los sentimientos más humanos y frecuentes de los escenarios eutanásicos. En este caso, todos los allegados que la ejecutaron serán castigados con una pena atenuada en la que ya resulta difícil aceptar causas de justificación que hubieran podido ser contempladas en la Ley.

Por último, antes de exponer, en síntesis, nuestra propuesta es conveniente plantear la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal del personal sanitario ya que el pronunciamiento sobre este extremo tiene importantes consecuencias en la solución de algunos expedientes, en especial los de la participación y el error. Lamentablemente es previsible que, debido a la desidia del legislador, no haya una opinión pacífica en la doctrina sobre esta cuestión. En todo caso a continuación abordaremos el tema desde una perspectiva *lege lata*.

27 A pesar de que el delito de auxilio e inducción al suicidio es escasamente aplicado, sin embargo, la literatura doctrinal sobre el mismo es muy abundante. Sin ánimo de agotar la relación vid. la nota 4 (p. 4) en: BARQUÍN SANZ, J. (2021). “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la Reforma”. En: *Cuadernos de Política Criminal* (133), 5-59.

A tenor del mencionado párrafo 5° están exentos de responsabilidad penal solo quienes causan la muerte o cooperan activamente en el servicio eutanásico cumpliendo lo establecido en la Ley. Como siempre las remisiones generales no son una buena técnica legiferante porque no permite introducir matices. Aunque nada se dice parece razonable que el error sobre los presupuestos legales del servicio eutanásico no tenga siempre la misma incidencia a los efectos de la responsabilidad penal. No debiera tener los mismos efectos penales no cumplir en absoluto con los plazos que adelantar la ejecución en un día. Sin embargo, la jurisprudencia se va a encontrar con problemas de interpretación para mantener en esos supuestos la no responsabilidad penal. Sin embargo, si tendrían responsabilidad los inductores, incluso, aunque fuesen médicos y concurrieran el resto de los presupuestos de la Ley. Tampoco sabemos nada sobre si la exención en los casos de error irrelevante mantendría el carácter natural de la muerte.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídico-penal de la exención, la misma puede ser ubicada en tres ámbitos distintos. El primero de ellos dentro de las causas de justificación; el segundo, como causa de exculpación y, por último, como excusa absolutoria. Veamos cada una de ellas.

Dentro de las causas de justificación podemos, a su vez, señalar tres posibilidades. La primera consideraría que se trata de un supuesto de cumplimiento de un deber, la segunda, un supuesto de cooperación activa en el ejercicio del derecho que tiene la persona que demanda el servicio y, la última, se resolvería en el marco del estado de necesidad, considerando que, en los supuestos eutanásicos, entran dos intereses en conflicto. Aunque las consecuencias de estas tres propuestas son similares, porque para todas ellas se aplicarían las reglas generales de las causas de justificación, el tratamiento es diferente.

Si convenimos que se trata del cumplimiento del deber que le corresponde al facultativo encontramos dos ventajas. La primera que esta parece ser la voluntad de la ley en la medida que plantea el derecho a exigir el servicio eutanásico, frente al cual surge el deber de atenderlo por el personal facultativo y, la segunda, que el cumplimiento del deber se demuestra objetivamente y no precisa ser corroborado por la autoridad judicial en un proceso penal. Sin embargo, para que el cumplimiento del deber tenga este reconocimiento la persona que lo invoca deberá acreditar que concurre en el un presupuesto subjetivo en un sentido orgánico y funcional. La norma permisiva —en este caso, la Ley— no precisa quien es el médico responsable encargado de la tramitación, se refiere a él en términos muy generales, ni siquiera se requiere que tenga que estar empleado o sea funcionario de la sanidad pública. Por último, también es plausible que, como el médico que practica la eutanasia ejerce violencia sobre la persona que va a matar, su conducta esté sometida a los principios de necesidad y proporcionalidad, como límites objetivos.

Las posibilidades de que la exención se ajuste a las otras dos opciones parecen más remotas. La de considerar que se trata de una cooperación en un acto justo que resultaría, igualmente, justificado, no es convincente, ya que no hay que esperar de la persona a la que se le aplique la eutanasia ninguna conducta principal relevante. Es el facultativo quien asume toda la acción. Tampoco seduce tratar la exención como un caso de conflicto de intereses dentro del estado de necesidad justificante ya que esto obligaría abrir una causa penal para comprobar el conflicto y ello no está en sintonía con la redacción del nuevo párrafo (5) del art. 143, en el que además se emplea el verbo “cumplir”.

La misma suerte corren las causas de exculpación. En ningún momento se exige un supuesto de alteración en la motivación del personal sanitario que interviene, sino mas bien lo contrario. Tampoco se dan los presupuestos de un estado de necesidad exculpante, pues como subyace en toda la ley se entiende que es prioritario el servicio eutanásico frente a una vida no querida por su titular.

Finalmente, habría que considerar la existencia de una excusa absolutoria. A nuestro juicio, sería la solución más acertada por varias razones. En primer lugar, porque tiene un carácter subjetivo, a modo de exclusión personal, que afecta solo al personal sanitario y, especialmente, a los médicos. Esto explica porque concurriendo las mismas circunstancias cuando la acción es de un particular se mantiene la responsabilidad penal. En segundo lugar, porque basta el cumplimiento de los protocolos legales y la condición de facultativo para que se aplique la exención, no siendo preciso abrir una causa penal. En tercer lugar, opera de modo objetivo, de manera que el legislador no hace referencia a que el facultativo deba conocer los presupuestos objetivos de la excusa. Por último, el fundamento de esta exención se encuentra en consideraciones de política criminal, lo que refuerza la decisión del legislador de mantener la responsabilidad de los particulares. En concreto, las razones de política criminal que están detrás son, en parte, la necesidad de comprometer a los facultativos como garantía no solo de las decisiones que se toman sino también de la seguridad de la ejecución de la eutanasia. Entendido como excusa absolutoria mantiene plenamente la vigencia los criterios de proporcionalidad de la causa de justificación como factor determinante del alcance de la conducta del facultativo.

VI

A modo de recapitulación sintética, *lege ferenda*, consideramos que, sin entrar en consideraciones críticas a la Ley, el planteamiento más correcto pasaría por entender que aquellas personas que desean morir porque padecen unas circunstancias personales excepcionales pueden hacerlo porque el ordenamiento jurídico deja un espacio de libertad a las personas —*agere licere*— en su esfera personal para que tomen las decisiones que estime conveniente. Este espacio no tiene la naturaleza

jurídica de derecho subjetivo y, por consiguiente, no se puede transferir a terceras personas, al menos, hasta el extremo de que asuman toda la actividad eutanásica.

Dentro de los grupos de personas interesadas en terminar con su vida por encontrarse con enfermedades o padecimientos crónicos graves puede establecerse un matiz. Por una parte, aquellos que están hospitalizados y sometidos a una terapia y, aquellos otros que están en sus casas u establecimientos especializados porque no necesitan nada más que una asistencia de cuidados. A los primeros el equipo médico dentro de la *lex artis* puede aplicarle, incluso sin contar con su voluntad, un tratamiento de sedación que eventualmente puede acortar la vida del paciente — eutanasia pasiva—. Quienes estén interesados en morir, ya sea en su domicilio o en el hospital, como hemos indicado pueden quitarse la vida, sin que terceras personas pudieran impedirselo. Todos aquellos que lo soliciten serán ingresados en establecimientos especializados en tratamientos paliativos.

Agotadas todas las vías anteriores quedará un número reducido de personas incapacitadas de expresar su voluntad, en estado vegetativo, menores o incapacitadas para acabar con sus vidas no deseadas. Aunque no debe ser un grupo muy numeroso, pero es, sin ninguna duda, el que mayores problemas de todo tipo plantea. Frente a ellos el derecho debe mantener la vigencia de la prohibición de atentar contra sus vidas. La norma penal tiene un efecto preventivo general muy plausible para estas ocasiones. A pesar de las circunstancias el derecho debe seguir apostando por la vida cuando es interrumpida por terceras personas. Ahora bien, la vigencia de la norma prohibitiva es perfectamente compatible con las razones de humanidad que exigen dar un tratamiento de excepcionalidad a estos casos. De manera que, sin que decaiga la vigencia de la norma, un conjunto de institutos jurídicos-penales pueden lograr que la amenaza penal tenga solo una vocación simbólica dirigida a quienes toman la decisión de matar para que valoren la gravedad de sus actos. En ocasiones la exención puede venir por concurrir un estado de necesidad justificante y, en otras, simplemente se disculpará la conducta injusta. Por último, si los hechos no permitieran acudir a las exenciones existen un conjunto de institutos, algunos de los cuales ya están vigentes, como la suspensión del proceso, las causas de exculpación, las atenuantes o la suspensión de la pena, que convertirían la amenaza penal en una amenaza simbólica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGUREN, J. (1985). La ética médica ante la sociedad de hoy. *Revista de Occidente*.
- BARQUÍN SANZ, J. (2021). Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia tras la Reforma. *Cuadernos de Política Criminal*, (133), 5-59.

- BLOCH, E. (1998). *El principio de la esperanza*. Editorial Trotta.
- CARBONELL MATEU, J. (2021). Ley de la eutanasia: una ley emanada de la dignidad. Teoría & Derecho. *Revista De Pensamiento jurídico*, (29), 46–71. <https://doi.org/10.36151/td.2021.003>.
- CABRÉ PERICÁS, L. (2008). Problemas al final de la vida en la medicina altamente tecnificada. Aspectos bioéticos. En: GÓMEZ TOMILLO, M. / LÓPEZ IBOR, J. / GUTIÉRREZ FUENTES, J. (Coords.), *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia* (pp. 479-496). Fundación Lilly: Unión Editorial.
- DE LUCA, J. (2021). Presentación. Teoría y Derecho. *Revista de pensamiento jurídico*, (29), 11-14. <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/130>.
- DE MIGUEL, J. / MARÍ-KLOSE, M. (2000). El canon de la muerte. *Política y Sociedad*, (35), 115-143.
- DURÁN, M. (2004). La calidad de muerte como componente de la calidad de vida. En: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (106), 9-32, <https://doi.org/10.2307/40184583>
- FORSSMANN, W. (1975). Problemas de la eutanasia. *Archivos Facultad de Medicina de Madrid*, XXXIV (2), 69-91.
- GOL, J. (1976). Muerte y dignidad humana. En: MASSONS, J. *Eutanasia*.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. (1993). *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Grupo de Estudios de Política Criminal.
- KIELER, F. (1976). Consideración sobre eutanasia. En: Massons, J. *Eutanasia*.
- KÜNG, H. / JENS, W. (2004). *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*. Editorial Trotta.
- MONTERO, E. (2010). La dimensión sociopolítica de la eutanasia. *Juristas de la salud*, 20(1), 133-140. <https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Vol20-01-estudio-5.pdf>.
- MOUZO, J. (24 de junio de 2021). Así decidirá el medico si el paciente está en plenas facultades para pedir la eutanasia. *Diario el País*. <https://elpais.com/sociedad/2021-06-25/asi-decidira-el-medico-si-el-paciente-esta-en-plenas-facultades-para-pedir-la-eutanasia.html>.
- POLLARD, B. (1991). *Eutanasia ¿debemos matar a los enfermos terminales?* ADELA TEMES.

- SÁDABA, J. (2021). La eutanasia en la vida humana y en España. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (29), 16–23. <https://doi.org/10.36151/td.2021.001>.
- SERRANO DEL ROSAL, R. / HEREDIA CERRO, A. (2018). Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio médico asistido. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (161), 103-120. <http://dx.doi.org/10.5477/cis/reis.161.103>.
- THÉVOZ, M. / JACCARD, R. (1993). *Manifiesto por una muerte digna*. Editorial Kairós.