

DESPENALIZACIÓN DE LA EUTANASIA EN LA UNIÓN EUROPEA:
AUTONOMÍA E INTERÉS DEL PACIENTE

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla – La Mancha

Revista Penal, nº 11

<http://www.cienciaspenales.net>



Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. El dogma de la "santidad" de la vida humana: sistema prohibicionista español. 2. Las leyes despenalizadoras de Holanda y Bélgica. 3. Los proyectos españoles y la Ley reguladora de la autonomía del paciente. 4. El marco constitucional: los principios de la moderna bioética. 5. El principio de autonomía: relevancia de la voluntad del paciente. 6. Eutanasia y lex artis médica: en busca de criterios objetivos. 7. El interés del paciente como criterio regulador (Principio de beneficencia).

1. El dogma de la "santidad" de la vida humana: sistema prohibicionista español

En algunos países de la Unión Europea, como Holanda y Bélgica, el año 2002 quedará marcado en el calendario como el de la despenalización de algunas modalidades de eutanasia. En otros, como España, será recordado como un período preñado de iniciativas parlamentarias de distinto signo que optan por una legalización más o menos amplia de la misma. Estamos, pues, en un momento propicio para insistir en el debate sobre este problema, donde la racionalidad debe abrirse paso a través de una espesa selva de prejuicios religiosos¹. Pero el legislador está obligado a terciar en el conflicto ético y adoptar una solución aceptable para la mayoría, que obedezca al único parámetro legítimo del Estado de Derecho: las normas constitucionales. Mientras eso no ocurra, la eutanasia seguirá practicándose al margen de la ley, con manifiesta arbitrariedad, y obedeciendo, si acaso, las pautas de la deontología médica oficial —es decir, las de la iglesia católica—, bajo cuyas ambiguas prescripciones se solventan cada día casos de enfermos terminales, personas en estado vegetativo permanente o neonatos malformados, sin que el ciudadano pueda saber qué derechos le asisten al enfrentarse a situa-

ciones tan dramáticas. Una ambigüedad alimentada por un sistema jurídico-penal de inspiración prohibicionista, como tantos otros de la Unión Europea, cuya tarea armonizadora podría servir para ofrecer un modelo normativo común en todo su territorio. A definir ese modelo pretenden contribuir estas páginas.

El art. 143 del Código Penal español castiga con una pena de hasta diez años de prisión a quien coopera en el suicidio de otro, pena que se ve notablemente atenuada cuando dicha conducta se realiza previa petición seria e inequívoca de quien desea morir, pero siempre que sufra "una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar" (art. 143.4 CP). Bajo estas condiciones, sin embargo, la pena puede alcanzar todavía los seis años de prisión. La redacción de este precepto indica con bastante claridad la valoración que le merece a nuestro legislador el suicidio. La pena con la que se conmina a quien coopera en él refleja un repudio implícito a esta práctica y, por consiguiente, la idea de que el ser humano no puede disponer de su vida hasta el punto de abandonarla cuando le parezca oportuno. El propio suicida elude la persecución penal por razones de índole práctica, pero no por su virtud². El legislador se pliega

1. Vid. en este sentido, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, RIDPP, 1997, pp. 74 y ss.

2. Cfr. STS 2301/1994, de 23 de noviembre, en relación con el art. 409 del anterior Código Penal: "constituye la ratio legis del precepto la desaprobación objetiva del suicidio por parte del ordenamiento jurídico, por lo que la conducta de favorecimiento o provocación dolosa por tercero se hace acreedora de la pena" (cit. por ZUBIRI SALINAS, *Colaboración al suicidio y eutanasia*, en *Manuales de Formación Continua CGPJ*, núm. 3, *Delitos contra las personas*, p. 62). También se refiere esa conexión, aunque en sentido contrario debido a la regulación existente en el SIGB, ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, en RECPC, 01-10, 1999, p. 10 (<http://criminet.ugr.es/recpc/>)

de esta manera a una determinada concepción del mundo —defendida a ultranza por la iglesia católica— que considera la vida como un don sobrenatural, ajeno a las decisiones del hombre, quien carece de autoridad para tergiversar el designio divino. El suicidio es pecado porque con ese acto el hombre vulnera la santidad de la vida, destruyendo un patrimonio exclusivo del creador³. Así es como resuelve la doctrina católica el problema del suicidio, un modo concluyente de dirimir esa pugna entre *eros* y *tanatos* que es inherente al espíritu humano⁴. En su *Declaración sobre la eutanasia* (1980), la iglesia de Roma sentó la doctrina oficial al respecto, afirmando que “nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad”.

Con independencia de que los católicos se identifiquen con esta contundente declaración, la idea de que la muerte representa el umbral de la eternidad no encuentra acomodo en un ordenamiento jurídico de signo laico, como el nuestro, que concibe la libertad como valor superior (art. 1.1.º CE) y reconoce el derecho a la vida sin sentido trascendente alguno (artículo 15 CE);

tampoco lo hace la Declaración Universal de Derechos del Hombre, ni ningún otro instrumento jurídico de rango internacional, textos a los que debe someterse el intérprete de la Constitución porque así lo establece el art. 10 CE. Como colofón, el art. 16 CE proclama que el Estado español no es confesional, pese al predominio sociológico de la religión católica. En consecuencia, los argumentos contrarios a la eutanasia basados en la “divinización” de la vida humana pertenecen al arcano de la conciencia y carecen de relevancia fuera de ella; mucho menos para imponer un modelo de vida (o de muerte) a toda la población⁵. Por consiguiente, aunque el art. 15 de la Constitución permite seguramente diversas interpretaciones, ninguna de ellas concede a la divinidad un poder de disposición sobre la vida del hombre y, por lo tanto, tampoco debería infligirse castigo alguno a quien ayuda a otro para que abandone este mundo por decisión propia, siempre que se cumplan determinados requisitos para garantizar la seguridad jurídica: que el suicida sea mayor de edad y que posea la capacidad psíquica necesaria para darle sentido a su decisión⁶. Bajo estas premisas, el delito de cooperación al suicidio debería desaparecer del Código Penal; con ello quedarían despenalizados todos los casos de eutanasia bajo petición expresa y quedaría por fundamentar la justificación cuando el afectado no pueda expresar su voluntad. Ése es el motivo fundamental de este trabajo.

3. En el sentido del texto, *vid. Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir*, trad. MAPELLI CAFFARENA, ADPCP, 1988, p. 858: “Esta interpretación ético-moral se corresponde con los fundamentos religiosos de ambas confesiones cristianas, que desaprueban el suicidio porque el hombre no tiene derecho a disponer por sí mismo de la vida dada por Dios”. Coincide plenamente con el texto, VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 3.ª ed. Pamplona, 2002, p. 80. También GIMBERNAT, “Eutanasia, Constitución y Derecho penal”, en *La eutanasia hoy: un debate abierto*, Madrid, 1996, p. 208. Expone la discusión doctrinal, NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999, pp. 173 y s. Sobre esta fundamentación y, en general, sobre lo concerniente a la discusión sobre el estado de la cuestión respecto a la discusión filosófica sobre la eutanasia, *vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999.

4. Esta condena sin paliativos del suicidio pertenece a nuestra cultura. MALINOWSKI nos enseña (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, trad. J. y M.T. Alíer, 6.ª ed. Madrid, 1982, pp. 113 y ss.) que existen comunidades en las que el suicidio cumple un papel muy distinto al que aquí le otorgan algunos. Cuenta el autor que las tribus de la melanesia lo utilizan incluso como medio de profilaxis social, alternativo a la pena misma, pues quien se siente culpable de determinados hechos lo practica para escapar del reproche de la comunidad o de su íntimo remordimiento. A tal fin, se sirven de dos medios relativamente extravagantes: o bien se arrojan desde lo alto de una palmera, o bien optan por sufrir el efecto letal que provoca un veneno extraído de la bífis del pez globo (*soka*); en cualquier caso, afrontan voluntariamente el tránsito hacia la muerte convencidos de que la vida sería para ellos, a partir de entonces, un viaje miserable. Nadie se escandaliza allí por esta práctica, y desde luego no se persigue a quien aupó al suicida a la palmera o se encargó de atrapar al maléfico pez.

5. En el umbral de la transición democrática reclamaba BARBERO SANTOS que el futuro Derecho penal renunciara “a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad” (Cfr. *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, p. 130). Subraya la necesidad de no rendirse a las valoraciones religiosas en esta materia ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, trad. OLMEDO CARDENETE, en REDPCP 01-10, 1999, p. 5: “La desaprobación moral, la mayoría de las veces deducida por motivos religiosos, de una muerte libre... no puede asumirse en un ordenamiento jurídico que no conoce en modo alguno de obligaciones morales o religiosas” (La revista citada se presenta en formato digital y está editada por el Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada en la dirección: www.ugr.es; esta cita y las sucesivas se corresponden con dicho formato digital).

6. En contra de la despenalización del auxilio al suicidio, distinguiendo entre la autoagresión que supone el suicidio y la heteroagresión a la vida que supone la cooperación ajena, JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, trad. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ÁLVAREZ, Valencia, 1999, pp. 42 y ss. y GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit., p. 88.

2. Las leyes despenalizadoras de Holanda y Bélgica

El 1 de abril y el 22 de septiembre de 2002, respectivamente, han entrado en vigor sendas leyes que despenalizan algunos casos de eutanasia en Holanda y Bélgica. Ambas normativas están inspiradas en el principio de *autonomía* de la voluntad, que es consustancial al Estado democrático de Derecho. Se quiera o no, su carácter pionero las convierte en el modelo de una futura legalización de estas prácticas en el seno de la Unión Europea, aunque debo añadir que se trata de un modelo francamente mejorable.

La Ley holandesa⁷ establece una serie de requisitos para eludir la pena de hasta doce años de prisión con la que el art. 293.1 CP castiga el auxilio al suicidio; tras la reforma, el apartado 2.º de dicho artículo reza así: "el supuesto al que se refiere el apartado 1.º no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico cumpliendo los requisitos de cuidado recogidos en el art. 2.º de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio". Se hubiera podido optar por una legalización que permitiera a cualquier persona auxiliar a otra para llevar a cabo la decisión de morir de esta última, pero el legislador ha obrado con precaución al circunscribir el ámbito de aplicación de la justificación al entorno médico-hospitalario, que desde luego no es el único en el que se practica la eutanasia, pero sí ofrece más garantías que ningún otro.

El art. 2.º de la Ley establece rigurosos controles en el procedimiento que acabará con la muerte del enfermo. Por una parte, se exige que la decisión del paciente sea voluntaria y bien meditada, lo que obliga al médico a informarle exhaustivamente acerca de su estado de salud y de las posibilidades de curación. Una vez recabada esta información, el enfermo estará en condiciones de tomar su decisión y, eventualmente, solicitar la muerte digna. Si se encontrara en estado de inconsciencia irreversible, la Ley autoriza la actuación médica siempre que exista constancia de su voluntad a través de una "solicitud de terminación de la vida" suscrita cuando el afectado "estuviera en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses" (art. 2.2). Pero la sola volun-

tad del paciente no autoriza sin más al médico para que realice acciones que supongan una anticipación de la muerte. La Ley exige que su salud presente un estado de deterioro extremo, definido mediante la expresión: "padecimiento insoportable y sin esperanzas de mejora", lo que alcanza no sólo a enfermos terminales sino a cualquier paciente cuya vida futura pueda considerarse inexigible, ponderando los sufrimientos que le esperan. Al médico le corresponde valorar dicha situación y decidir en consecuencia, previa consulta con otro especialista (art. 2.º.1,d). Si éste comparte la apreciación de su colega, podrá atenderse la solicitud del paciente.

Las legislaciones sanitarias suelen conceder a los familiares o allegados la condición de sustitutos para la expresión del consentimiento del paciente cuando éste no puede hacerlo⁸. Buen número de autores considera plausible que existan reglas similares para los casos de eutanasia. Con todo acierto, la legislación holandesa no se hace eco de esa posibilidad. Únicamente prevé la colaboración de los padres o tutores cuando el paciente tiene menos de dieciocho años; si el niño es mayor de dieciséis, serán escuchados; si cuenta con más de doce y menos de dieciséis, deberán mostrar su acuerdo. Pero en ningún caso pueden tomar la decisión por sí solos⁹.

Para controlar el cumplimiento de todos los requisitos legales se crean Comités regionales compuestos por un jurista, un médico y un especialista en ética. Dicho control es siempre posterior a la práctica de la eutanasia, de manera que si el Comité advierte alguna incorrección sustancial, el art. 9.2 de la Ley le obliga a enviar su dictamen a la Fiscalía General del Estado para que inicie la oportuna acción penal contra el médico responsable.

La Ley belga de 16 de mayo de 2002 parte de una definición excesivamente amplia de eutanasia, que impide distinguirla del auxilio al suicidio; entiende por tal: "la acción realizada por un tercero que pone fin a la vida de una persona a petición de ésta" (art. 2). Como ocurre en la nueva regulación holandesa, la despenalización queda acotada en el ámbito médico y no alcanza a otros sujetos. Para la justificación de la conducta se requiere, también aquí, la confluencia de dos requisitos básicos: la voluntad del enfermo y que éste se halle en "una situación médica sin esperanza, definida por un estado de sufrimiento físico o psíquico permanente e insoporta-

7. Ley de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, Senado, año 2000-2001, 26691, Núm. 137.

8. Vid., por ejemplo, el art. 9.3 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 31.10.2002 (BOCG, Serie B, Núm. 134-21, de 8 de noviembre de 2002).

9. La ley deja fuera de su ámbito de aplicación a los pacientes menores de doce años.

ble que no pueda paliarse y que sea el resultado de una enfermedad grave e incurable" (art. 3.1). Al margen de las patentes diferencias en la redacción, ambas leyes exigen en última instancia la constatación de un padecimiento incurable que provoque un sufrimiento insoportable. Por otro lado, aunque la Ley holandesa no se refiere expresamente al sufrimiento psíquico —como sí lo hace la ley belga—, la amplitud de su redacción permite incluirlo sin esfuerzo¹⁰.

Con el objeto de que el consentimiento se preste en las debidas condiciones y resulte debidamente acreditado, la Ley belga obliga a suscribir un documento en el que el mayor de edad o menor emancipado refleje su voluntad. Para los casos de inconsciencia permanente, el art. 4.º otorga validez a la declaración anticipada, un documento en el que se exprese la voluntad de morir bajo esta triple condición: estado de inconsciencia, enfermedad grave e incurable y, por último, que la situación sea irreversible conforme a los conocimientos científicos del momento (art. 4 §1.º)¹¹. Dicha declaración sólo tiene validez durante los cinco años posteriores a su firma. Si hubiera transcurrido ese plazo o no se hubiera redactado el documento, la Ley no permite en ningún caso la sustitución del consentimiento mediante la intervención de familiares o allegados; sólo se prevé una entrevista del médico con la persona designada como representante en el *living will*, pero la opinión de esa persona no sustituye la voluntad del enfermo, que es la que se expresa en el *living will*, ni el médico está obligado en modo alguno a seguirla (art. 4 §2.4)¹².

Para controlar la corrección del procedimiento seguido, el art. 6.º de la Ley crea una Comisión federal compuesta por dieciséis miembros, de los cuales ocho serán doctores en medicina, cuatro profesores de Derecho o abogados y cuatro especialistas en enfermedades incurables. En un plazo de dos meses a partir de la muerte, la Comisión está obligada a valorar los datos aportados y a decidir en consecuencia. Si una mayoría de dos tercios de sus miembros opina que no se cumplieron escrupulosamente los requisitos legales, enviará el expediente a la Fiscalía del Estado (art. 8.º).

En paralelo a esta nueva regulación de la eutanasia, el Parlamento belga ha aprobado una "Ley de cuidados paliativos" que reconoce a cualquier ciudadano el derecho a recibirlos, ya sea en el hospital

o a domicilio. De esta manera, el Estado asume las necesidades de estos enfermos y al propio tiempo contrarresta cualquier tacha de eugenesia que pudiera dirigirsele como consecuencia de la despenalización que se comenta. En el fondo, ambas Leyes apuntan en la misma dirección: la mejora de las condiciones de vida del paciente hasta donde sea posible.

Antes de cerrar este apartado, creo que conviene extraer aquellos aspectos que son comunes a las normas promulgadas Holanda y Bélgica, con el objeto de perfilar el modelo que puede servir de referencia a otros países miembros de la Unión Europea:

1.º La despenalización se circunscribe al ámbito médico.

2.º El paciente debe sufrir una enfermedad irreversible que provoque graves padecimientos, pero no se exige que tenga carácter terminal.

3.º Para la justificación de la conducta médica se requiere inexorablemente la voluntad del paciente, sin que existan mecanismos de sustitución de la misma por la de los padres, tutores o allegados. Todo lo más, y para los pacientes menores, de entre doce y dieciséis años, la Ley holandesa requiere el acuerdo de los padres con el niño, pero no la sustitución de la voluntad de éste.

4.º Se autoriza la declaración anticipada de voluntad bajo ciertas condiciones. Mientras la Ley belga establece un plazo de caducidad de cinco años, la Ley holandesa prescinde de esa limitación.

5.º Para la determinación del estado del paciente se requiere la intervención de profesionales de la medicina que no vayan a practicar después la eutanasia.

6.º Se crea un organismo estatal de control para dilucidar la corrección de la práctica médica. Dicho organismo está compuesto por juristas, médicos y, en su caso, especialistas en bioética.

3. Los proyectos españoles y la Ley reguladora de la autonomía del paciente

Aunque no existan signos evidentes que permitan presagiar una próxima reforma de la legislación penal española en materia de eutanasia (lo cual requeriría una firme voluntad política que no se advierte), el Parlamento de nuestro país está sirviendo últimamente como caja de resonancia de la preocu-

10. Vid. TOMÁSVALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 538 y s., donde se interpreta el sistema anterior a la nueva Ley, caracterizado por el pragmatismo judicial, como un sistema de justificación inspirado más en el estado de necesidad que en el consentimiento.

11. La irreversibilidad del estado del paciente debe ser certificada por un médico diferente de aquel que practique la eutanasia y no debe guardar ninguna relación con el paciente, según dispone el art. 4.2.1 de la Ley.

12. En esto difieren un tanto la Ley belga y la Ley holandesa, que sí prevé dicha intervención cuando se trata de un menor, como se explicó.

pación social por este tema. Durante la pasada legislatura se constituyó una *Comisión Especial* en el Senado, que contó con las declaraciones de una amplia gama de profesionales y cuyos trabajos no llegaron a concluir¹³. Por otra parte, este mismo año se han presentado sendas Proposiciones de Ley de Izquierda Unida y de Iniciativa per Catalunya, que se enmarcan en la línea despenalizadora de otros países de la Unión Europea. La primera, de 11 de junio de 2002, apuesta por una reforma del art. 143.4 CP que dejaría sin sanción los supuestos contemplados en él, pero añadiendo expresamente el “sufrimiento psíquico”¹⁴. Tanto la decisión del paciente como la valoración médica quedarían consignadas por escrito, otorgándose validez a la declaración anticipada de aquél cuando se encontrara en estado de inconsciencia permanente. Si no existiera tal documento —y a diferencia de lo estipulado en las leyes holandesa y belga—, se autoriza la sustitución del consentimiento mediante la intervención de familiares o allegados.

Mayores comentarios merece la reforma presentada en el Congreso de los Diputados por parte del Grupo Parlamentario *IC-Verds*, el 1 de octubre de 2002¹⁵. En ella se ofrece un modelo de regulación diferente de los anteriores y que afecta no sólo al Código Penal sino también a la Ley de Sanidad. En cuanto al primero, amplía los supuestos patológicos que permitirían la práctica de la eutanasia, añadiendo a los dos previstos en el art. 143.4 CP un tercero del siguiente tenor: “*que [la persona] sufriera una enfermedad grave... que, siendo permanente, le incapacitara de manera generalizada para valerse por sí misma*”. Aunque la Proposición de Ley no motiva expresamente esta ampliación, es evidente que sobre ella gravita el caso “Ramón Sampredo” y, en general, los supuestos de tetraplejias irreversibles, que no parecen estar debidamente recogidos en el texto vigente. Sin perjuicio de que pueda hablarse en estos casos de un “grave padecimiento permanente y difícil de soportar” (según reza el actual art. 143.4 CP), considero que la propuesta es plausible porque aclara definitivamente el encaje legal de ese tipo de casos, donde la eutanasia está más que justificada, sobre todo teniendo en cuenta que se practica previa solicitud expresa del sujeto.

La reforma de la Ley de Sanidad abarca aquellos

casos en los que esa solicitud resulta imposible, por encontrarse el enfermo en estado de inconsciencia, y también aquellos en los que el cuidado paliativo provoca una aceleración del proceso letal. Mientras en estos últimos se mantiene la exigencia del consentimiento previo del paciente, la Proposición de Ley opta claramente por un criterio distinto cuando la inconsciencia le impide cualquier manifestación de voluntad. No son entonces los familiares o allegados quienes tienen la última palabra al respecto, sino que se apela al criterio médico como parámetro regulador:

“1. El consentimiento previo a que se refiere el número 6 del artículo anterior no será preciso en relación con la interrupción o no iniciación de tratamientos que, dados los actuales conocimientos médicos, se limiten a mantener de un modo temporal o permanente una vida carente de conciencia de modo irreversible, o a asegurar la supervivencia de un recién nacido a costa de un uso masivo y permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

No obstante, salvo opinión fundada del médico responsable, no podrá procederse a tal interrupción o no iniciación del tratamiento si concurre la oposición del paciente o de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas en condiciones, y con los requisitos, equivalentes a los que rigen para el consentimiento previo a un tratamiento médicamente indicado, una vez debidamente informados.”¹⁶

La salvedad que se subraya indica que el médico puede prescindir de la opinión del paciente o de los terceros designados para sustituir aquélla. La opción, que será analizada a lo largo de este trabajo, supone un giro radical en el tratamiento de la eutanasia y marca una tendencia hacia la objetivación de los criterios que justifican su práctica. Cabe señalar, por último, que la Proposición reconoce validez a la declaración de voluntad anticipada siempre que se suscriba por una persona mayor de edad y que no se haya superado el plazo de cinco años desde su suscripción.

Es muy probable que estas propuestas de reforma no lleguen a convertirse en Derecho positivo, como tantas otras aparecidas en los últimos tiempos. Sin embargo, su propia existencia indica que estamos

13. Las sesiones de la Comisión especial de estudio sobre la eutanasia aparecen publicadas en el *Diario de Sesiones del Senado* como sigue: VI Legislatura Comisiones. Núm. 307, de 16 de junio de 1998; núm. 365, de 18 de noviembre de 1998, núm. 414, de 8 de abril de 1999; núm. 421, de 20 de abril de 1999; núm. 481, de 27 de septiembre de 1999; núm. 501, de 21 de octubre de 1999; núm. 502, de 26 de octubre de 1999 y núm. 517, de 18 de noviembre de 1999. En adelante se citará sólo la fecha de la sesión de comparecencia.

14. El mismo tenor tuvo la Propuesta de Resolución presentada en el Parlamento de Cataluña por Esquerra Republicana el 9 de mayo de 2000 (*Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, 22 de mayo de 2000, pp. 58 y ss.).

15. Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 276-1, 4 de octubre de 2002.

16. Una redacción muy similar tenía la Proposición de Ley presentada en el Congreso por Esquerra Republicana de Cataluña el 22 de mayo de 2001 (Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 146-1, de 25 de mayo de 2001, p. 3).

ante un problema que reclama una solución distinta de la puramente penal; una solución ligada, por cierto, a la reordenación de los criterios deontológicos de la medicina, ya que es en ella donde se está implantando la despenalización en otros países de la Unión Europea. En este orden de cosas, el legislador español acaba de aprobar la "Ley básica reguladora de la autonomía del paciente"¹⁷, que se inspira en la *Convención europea sobre los derechos del hombre y la biomedicina* (suscrita en Oviedo en 1997 y ratificada por las Cortes Generales dos años más tarde), cuyo art. 9 obliga a tomar en consideración "los deseos expresados con anterioridad por el paciente respecto a una intervención médica, si en el momento de la intervención no se encuentra en situación de expresar su voluntad". En virtud de este criterio, el art. 11.1 de la nueva Ley otorga plena validez al "documento de instrucciones previas", que permite a cualquier persona mayor de edad manifestar 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 expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud". El apartado 3.º del mismo artículo excluye la obediencia médica a las instrucciones consignadas cuando éstas sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, mención que parece redundante ya que no sería correcta ninguna práctica médica contraria a las normas jurídicas positivas¹⁸. Otras leyes de ámbito regional han recogido en su articulado este derecho del paciente a la declaración anticipada de voluntad¹⁹. En todo caso, se trata de pasos adelante en el camino de una futura reforma del art. 143.4 CP, bajo cuya vigencia habrá que seguir calificando nuestro ordenamiento jurídico como prohibicionista, alejado de las legislaciones más avanzadas de la Unión Europea.

4. El marco constitucional: los principios de la moderna bioética

Los avances científicos que han tenido lugar en materia de biotecnología durante el último tercio del siglo XX han propiciado el progreso paralelo de una disciplina dedicada a la reflexión ética sobre su alcance y consecuencias; esa disciplina es la bioética. En estos momentos se ocupa preferentemente del reto planteado por la ingeniería genética y sus aplicaciones, terapéuticas o no²⁰; pero también es objeto de su atención el problema de la eutanasia, aportando una buena dosis de racionalidad al debate sobre su despenalización. Sin ir más lejos, las declaraciones de sus expertos ante la *Comisión Especial* del Senado constituyen un material imprescindible para analizar el tema que nos ocupa.

La bioética elabora sus propuestas con decidido respeto al principio del *pluralismo*, lejos de someterse a los dictados de una sola moral²¹. Las explicaciones de carácter unilateral, sujetas a un único código moral, quedan descalificadas de raíz por incurrir en lo que VALLS ha denominado "falacia teológica", la cual, según este autor, "invierte el orden de las cuestiones en tanto pone por delante una religión y en ella incluye una moral, a la que quiere hacer pasar como la moral universal. El orden lógicamente correcto, sin embargo, es el inverso, porque la moralidad es en cualquier caso inmediata a la conciencia, de la misma manera que la eticidad se presenta inmediatamente en la relación social humana"²². Las posturas defendidas por cada cual deberán calibrarse, pues, conforme a criterios puramente racionales, que han cristalizado en un catálogo de principios bioéticos: *no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia*. Su significado

17. *Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 31.10.2002 (BOCG, Serie B, Núm. 134-21, de 8 de noviembre de 2002).

18. Vid. en este sentido los argumentos del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos en *Diario de Sesiones del Senado*, VII Legislatura, núm. 106, de 23 de octubre de 2002, p. 6399. La discusión parlamentaria indica que algunos sectores consideran la *lex artis* como un código de conducta paralelo al Derecho positivo pero no sometido a él, lo cual no sólo resulta inadmisibles en el plano de los principios sino antagónico con el espíritu de una Ley que pretende regular aspectos de la práctica médica.

19. Así, hasta ahora (7 de noviembre de 2002), en la pionera Ley de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre y también en la Ley de Galicia 3/2001, de 28 de mayo, en la Ley de Extremadura 10/2001, de 28 de junio, y en la Ley Foral de Navarra 11/2002, de 26 de mayo.

20. La Universidad de Deusto y la Fundación Bilbao Vizcaya crearon hace años una Cátedra cuyo objetivo es la investigación jurídica sobre el genoma humano, plaza que ocupa con éxito el Catedrático de Derecho penal Carlos M.º Romeo Casabona.

21. Vid. VALLS, *Reflexiones éticas sobre la manipulación genética*, p. 218 y CASADO, *La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas*, en CASADO Y GONZÁLEZ-DUARTE, *Los retos de la genética en el siglo XXI*, cit., p. 16. Asimismo, LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, *Principios secundarios y muerte digna*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, p. 120, afirma que "los principios desempeñan en efecto el papel de justificación última, más allá de las normas y las reglas. Representan entonces el criterio y la medida de nivel superior. Pero los principios también pueden entrar en concurrencia. En el caso de la eutanasia, esto sucede con frecuencia; los principios de respeto y valor de la vida se encuentran en tensión con el principio de autonomía, según el cual los afectados determinan si hay una vida no digna de ser vivida. ¿Cómo entender ahora el *bonum facere*? La estructura de los principios no resuelve por sí sola en tales situaciones, por la razón expuesta poco antes: esto es, el hecho del pluralismo afecta a la validez de principios de carácter objetivo o categórico".

22. Vid. VALLS, *Reflexiones éticas sobre la manipulación genética*, *ibidem*.

está sometido a la influencia de la evolución social y, sobre todo, al imperio de los valores constitucionales, a cuyo margen no pueden situarse, como si de una realidad pre-normativa se tratara²³. Siguiendo la autorizada opinión de FERNÁNDEZ-CREUET NAVAJAS (Ex-Presidente de la Asociación Española de Bioética), el significado y alcance de esos cuatro principios puede resumirse así: "en primer lugar, se encuentra el principio de *no maleficencia* —*primum non nocere*—, por lo que el médico siempre tiene que actuar no haciendo daño al paciente; es decir, que entre el riesgo y el beneficio siempre se intenta hacer el beneficio y evitar el daño. El segundo principio es el de *beneficencia*, según el cual hay que actuar de tal manera que se haga el bien al paciente, es decir, perseguir el mejor interés para el paciente. El tercer principio es el de *autonomía*, por el cual la autoridad final en lo que a la toma de decisiones se refiere reside en el paciente, y así lo dice nuestra Ley de Sanidad. Y el cuarto principio es el de *justicia* y se refiere a la distribución de los servicios sanitarios"²⁴. Es probable que esta ordenación no sea en absoluto casual sino expresión del predominio que mantiene el principio de *no maleficencia* sobre el resto de los principios, lo que puede resultar explicable en razón del papel un tanto negativo que juegan estos últimos, pues sirven para paliar la fuerza expansiva del primero, sostén de la defensa de la vida. Pero no cabe duda de que si redujéramos a cero ese papel incurriríamos en un contrasentido lógico y probablemente también en la denostada "falacia teológica"; por eso ha puesto de relieve GRACIA GUILLÉN el carácter contingente del principio de *no maleficencia*, sujeto siempre a la evolución del ordenamien-

to jurídico en general y de los derechos fundamentales en particular²⁵. Por lo que se refiere al sistema constitucional español, será obligado entonces poner en contacto el valor de la *vida* humana con los de la *libertad* y la *dignidad* personales, sin perder de vista la importante función que está llamado a cumplir en el sistema penal el principio de *intervención mínima* (hoy día elevado a la categoría de principio constitucional en virtud de la STC 111/1993), que es proyección de un principio general de proporcionalidad en la respuesta punitiva y, en última instancia, de la racionalidad que debe presidir la actuación del legislador.

5. El principio de *autonomía*: relevancia de la voluntad del paciente

Como ya se tuvo oportunidad de advertir, el derecho a la libre disposición sobre la vida humana por parte de su titular preside los argumentos justificadores de la eutanasia, no sólo en las legislaciones que contienen alguna previsión al respecto sino también en las aportaciones doctrinales procedentes de la literatura penal o de la filosofía del Derecho. En cuanto a las primeras, en Holanda y Bélgica se ha circunscrito la despenalización a aquellos casos en los que el paciente puede manifestar su voluntad o la manifestó con anterioridad suscribiendo la declaración correspondiente. Ni siquiera se permite la sustitución en la prestación del consentimiento. Lo mismo ocurre con la *Oregon death with dignity Act* (1997), cuyo art. 2.1 limita la despenalización a los adultos en situación terminal que expresen su deseo de morir²⁶, limitación que reproduce la Corte Constitucional de Colombia en su

23. Cfr. CASADO, *La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas*, cit., p. 23: La autora subraya la vinculación de la bioética a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y añade que "aplicar los principios de la bioética, los principios constitucionales y los derechos humanos a cada caso concreto nos permitirá disponer de un adecuado marco de referencia en la toma de decisiones".

24. Cfr. Sesión de la Comisión Especial de 20 de abril de 1999.

25. Cfr. GRACIA GUILLÉN, Sesión de la Comisión Especial de 16 de junio de 1998: "Es un tema complejo el definir la no maleficencia. Habría un modo muy sencillo que consistiría en decir: todo lo que va contra la vida es maleficente. Pero eso no es así. La no maleficencia es un principio que tampoco tiene un perímetro claro. Tenemos que ir descubriendo sus contenidos poco a poco. Creo que ha sido usted quien ha puesto el ejemplo de la pena de muerte. En este país se ha considerado que la pena de muerte no era maleficente hasta el año 1978, y hoy la consideramos así. No consideremos que los principios son monolitos con un contenido inamovible porque no es verdad. Los principios son eso mismo, principios, son ideas directrices que hay que ir dotando de contenido trabajosamente.

Los dotan de contenido los individuos. A lo largo de nuestra vida los individuos, las agrupaciones de individuos, es decir, las sociedades vamos cambiando el contenido o la definición para nosotros mismos, para guiar nuestros actos y para nuestra conciencia de lo que es maleficente y de lo que no lo es. Por lo tanto, estos principios tienen una dinámica individual, social e histórica.

Yo creo que permitir que una persona muera de acuerdo con sus creencias, caso de los testigos de Jehová que ha salido a colación aquí alguna vez, no se puede considerar maleficente, pero andémonos con cuidado, porque nuestro Código Penal sí lo considera maleficente. Ése es el problema. El problema es que tenemos que redefinir el contenido del principio de maleficencia o de no maleficencia. Ésta es una labor que tiene toda sociedad y la tiene continuamente, y aunque definamos hoy el concepto mañana tendremos que volver a preguntarnos por los límites del principio de no maleficencia, porque nunca los vamos a conseguir definir del todo. Ésa es la labor histórica, la labor de la cultura y la labor de la ética".

26. *Oregon death with dignity Act*, Section 2, 2.01: "An adult who is capable, is a resident of Oregon, and has been determined by the attending physician and consulting physician to be suffering from a terminal disease, an who has voluntarily expressed his or her wish to die, may make a written request for medication for the purpose of ending his or her life in a humane and dignified manner in accordance with this Act". El 8 de noviembre de 2001, el Fiscal General John Ashcroft promulgó una circular en la que consideraba que la legislación de Oregon vulnera la Ley sobre prevención y control de

Sentencia de 20 de mayo de 1997²⁷. Con ciertos matices, las Proposiciones de Ley presentadas en el Parlamento español obedecen a idéntico criterio; sólo la de Iniciativa per Catalunya da un paso más y concede al médico la posibilidad de obrar según su prudente criterio en caso de pérdida irreversible de consciencia, sin necesidad de apelar al consentimiento anteriormente expresado por el paciente y prescindiendo de la opinión de los allegados.

Por lo que se refiere a las aportaciones doctrinales procedentes de la filosofía del Derecho, cabe decir que el tema de la "buena muerte" ocupa un lugar relevante en esa disciplina, quizá porque, como afirma CALSAMIGLIA, "la eutanasia es un caso típico de conflicto entre el interés colectivo y el individual"²⁸, para señalar más adelante que "el argumento de Mill contra la intervención del Estado en las acciones de los ciudadanos que no dañan a otros es el argumento más poderoso que justifica la eutanasia voluntaria... Los ciudadanos pueden decidir cómo morir y es asunto suyo el decidir si continúan viviendo con sufrimiento o indignidad o mueren suavemente. Cualquier intervención estatal en este asunto supone un paternalismo injustificado"²⁹. Es lógico que semejante planteamiento dificulte la justificación de la eutanasia involuntaria, modalidad a la que se enfrenta este autor abogando por orientar el principio de *autonomía* hacia el consentimiento presunto, que obliga a inferir la voluntad del sujeto desde sus actos anteriores: "en los casos de consentimiento hipotético —advierte— se trata de descubrir la voluntad del destinatario, no de imponerle la eutanasia (...) Hay que evitar los abusos, y permitir que los médicos o el Estado decidan resulta peligroso porque están muy lejos de criterio del destinatario"³⁰. En una línea parecida, GASCÓN ABELLÁN

justifica sólidamente la eutanasia en el principio de autodeterminación, encontrando serios escollos para explicar esa legitimación cuando el sujeto no puede consentir³¹. Asimismo FERNÁNDEZ GARCÍA, siguiendo a CHARLESWORTH, apuesta por la primacía del principio de autonomía moral en el modelo bioético de una sociedad liberal, principio que se plasma, según éste, en el "derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su vida"³².

Las opiniones vertidas por los penalistas no difieren demasiado de las que acabo de recoger. Uno de los pioneros en el avance de la legislación española hacia el reconocimiento del derecho a morir con dignidad, DEL ROSAL BLASCO³³, situó hace años el vértice de la nueva tendencia legislativa en la reinterpretación del art. 15 CE, con el fin de integrar en él la disponibilidad sobre la propia vida³⁴. Por su parte, Díez Ripollés afirma que "la preeminencia de la voluntad o interés del afectado debe regir de modo general: sin duda está presente en todas las hipótesis en que se precisa la solicitud o consentimiento expresos o tácitos del afectado, o en las que se parte de una voluntad plasmada previamente en una declaración vital. Pero también en aquellas hipótesis, de ámbito más reducido, en las que el consentimiento de los representantes pretende expresar la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz o el interés del paciente incapaz"³⁵. CARBONELL MATEU ratifica la primacía de la dignidad y de la libre voluntad de la persona como marco necesario para una correcta regulación de la eutanasia: "la petición expresa y seria de morir de un ser humano ha de ser atendida, de tal manera que su consideración ha de sobreponerse a cualquier valoración positiva que pueda merecer la continui-

drogas (1970), porque ésta permite la administración de los fármacos que se utilizan en los casos de suicidio asistido cuando se realiza en el marco de una correcta práctica médica. El Fiscal General entendía que el acto previsto en la legislación de Oregón no puede considerarse tal. El 17 de abril de 2002, el Juez Jones dictaminó contra la petición de la Fiscalía y la decisión ha sido apelada en septiembre de 2002. (Vid., los documentos en: <http://www.worldrid.org/AshcroftMemo.html>; http://www.dwd.org/pdf/jones_decision.pdf; http://www.dwd.org/pdf/ashcroft_appeal_920.pdf.)

27. La Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia declara conforme a la Constitución el art. 326 del Código Penal (que tipifica el homicidio piadoso), añadiendo que "en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada".

28. Cf. CALSAMIGLIA, *Sobre la eutanasia*, en DOXA, n.º 14, 1993, p. 337.

29. Cf. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, pp. 348-349.

30. Cf. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 352. Una extensa panorámica de las distintas posturas en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 299 y ss.

31. Cf. GASCÓN ABELLÁN, *Problemas de la eutanasia*, en SISTEMA, n.º 106, 1992, pp. 81 y ss. en especial, p. 107.

32. Cf. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Dignidad humana y eutanasia*, en ANSUÁTEGUI ROIG (Coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, pp. 41 y ss.

33. Del citado autor son los trabajos: *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código Penal*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1987, pp. 73 y ss.; *El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia en España*, en Díez Ripollés-Muñoz Sánchez, *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, *cit.* pp. 41 y ss.

34. Una extensa panorámica de las distintas posturas en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 299 y ss.

35. Cf. Díez Ripollés, *Eutanasia y Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1995, p. 85.

dad de su vida", advirtiendo a continuación de que "sólo esta voluntad y su efectiva constancia pueden permitir un tratamiento diferenciado de la tutela de la vida de un ciudadano. No existen, de ninguna manera, seres de mayor o menor valor vital"³⁶. Aunque con matizaciones, también GARCÍA ARÁN suscribe estos criterios, añadiendo la necesidad de establecer presunciones de consentimiento cuando éste no puede ser expresado por el afectado³⁷. Finalmente, NÚÑEZ PAZ reconoce la eficacia del consentimiento, pero ello no le lleva a considerar impune cualquier acción en que medie el mismo³⁸.

En consonancia con este enfoque de nuestra doctrina, el documento elaborado en 1991 por el *Grupo de estudios de política criminal* expresa en su título ("Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad sobre la propia vida") el sentido de su fundamentación. En la exposición de motivos, se afirma que "una interpretación integradora de vida y libertad y, por consiguiente, una interpretación del art. 15 a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido. En otros términos: la vida es un derecho, no un deber". El texto propone una reforma del art. 10 de la Ley General de Sanidad que incluya el deber médico de interrumpir o no iniciar el tratamiento de un enfermo terminal "si así lo solicita al responsable médico del caso el paciente o sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas", añadiendo que "en todo caso, merecerá la consideración de solicitud del paciente... la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario... una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y no más de cinco años".

Para concluir, la *Recomendación del Consejo de Europa* de 25 de junio de 1999, que contiene una serie de indicaciones negativas en torno a la eutanasia, reconoce sin embargo el derecho de los enfermos incurables a rechazar un determinado tratamiento, considerándose válido igualmente el

expresado con anterioridad en el "*living will*". Por su parte, en Francia, el *Comité Consultivo Nacional de Ética para las ciencias de la vida y de la salud* emitió el 27 de enero de 2000 un Informe en el que se advierte de que "sólo el individuo puede juzgar la calidad de su vida y de su dignidad. Nadie más puede hacerlo... nace de la libertad de cada uno"³⁹.

6. Eutanasia y *lex artis* médica: en busca de criterios objetivos

Es ya antigua la clasificación "penal" que distingue cuatro tipos de eutanasia en virtud de la confluencia de dos variables independientes: la realización de una *acción u omisión*, por una parte, y el *dolo* del autor, por otra. Así, cuando el sujeto realiza una acción tendente a acabar con la vida de una persona, sin que exista otro interés de por medio que permitir una muerte digna, se habla de eutanasia activa directa. En caso de que el autor proceda a dejar morir a la persona recurriendo a una omisión se denomina eutanasia pasiva directa. Por fin, en aquellos casos en los que el interés primordial del autor es paliar el dolor, pero sabe que necesariamente se acortará la vida del paciente (dolo directo de segundo grado), estaríamos ante una eutanasia indirecta. Es cierto, de todos modos, que las dos primeras suelen simplificarse eludiendo el calificativo de directa, lo que da pie a una clasificación tripartita completamente aceptada por la doctrina penal: eutanasia *activa, pasiva e indirecta*⁴⁰.

Como contraste, DÍEZ RIPOLLÉS ha aportado una sugerente clasificación que difiere sustancialmente de la anterior por cuanto combina determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal que lleva a la muerte⁴¹. En primer lugar sitúa la eutanasia *terminal*, que abarca las hipótesis de "enfermo terminal", "estado vegetativo persistente" y "neonatos en situaciones equiparables a las dos anteriores"⁴². En segundo lugar, la eutanasia *paliativa* incluye, además de las

36. Cfr. CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia en el CP de 1995*, p. 195.

37. Cfr. GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en *Derecho judicial*, 1995, p. 26. El trabajo muestra un buen abanico de las opiniones doctrinales sobre el tema.

38. Vid. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit., pp. 449 y ss.

39. El Informe completo puede obtenerse en www.cybercable.tm.fr/biblio/euthanasie.html

40. Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1995, pp. 24 y ss.; NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit. pp. 58 y ss.

41. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. pp. 89 y ss.

42. El autor explica las nociones apuntadas del siguiente modo: "Por enfermo terminal entiendo aquella persona que como consecuencia de una lesión o enfermedad padece, según los actuales conocimientos médicos una afección incurable y que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte. Por persona en estado vegetativo persistente entiendo aquella que, según los actuales conocimientos médicos ha perdido de modo irreversible la conciencia y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Por neonato en situación equiparable entiendo no sólo aquel cuya afección incurable le ha colocado en una situación terminal o en un estado vegetativo persistente,

hipótesis anteriores, las de "enfermo de muerte" y "persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente". Según explica el autor, "se trata de situaciones en que la aplicación de analgésicos o lenitivos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos da lugar a una anticipación del momento de la muerte"⁴³. Por último, dentro de la eutanasia *cualitativa* se incluyen todas aquellas hipótesis en las que se eliminan graves carencias o sufrimientos mediante la directa provocación de la muerte⁴⁴.

La disparidad de estas clasificaciones consiste básicamente en que la segunda procura circunscribir el problema de la eutanasia al ámbito médico, lo que contrasta con el sesgo punitivo de la primera, adoptada con carácter general en nuestra doctrina. En efecto, DÍEZ RIPOLLÉS considera inconveniente que se haya dejado en manos del Derecho penal la descripción de la eutanasia, porque esta apropiación ha generado un prejuicio difícilmente erradicable, según el cual "la eutanasia debe tener como trasfondo incommovible una valoración negativa"⁴⁵. A lo largo de este trabajo se ha podido constatar que tanto las reformas introducidas en Holanda y Bélgica como el tímido avance que supone la promulgación de la Ley española sobre autonomía del paciente, circunscriben su eficacia a lo que podríamos denominar "contexto médico-asistencial"⁴⁶, que no es el único en el que la eutanasia se manifiesta, pero sí el más importante. Por ello, me parece oportuno advertir de que, en la actualidad, los profesionales de

la medicina no le reconocen al término "eutanasia" un campo semántico tan amplio como el que se deriva de cualquiera de las clasificaciones mencionadas. Evidentemente no se trata de una discrepancia meramente terminológica sino de una matización cargada de sentido y que indirectamente da la razón a DÍEZ RIPOLLÉS cuando éste se refiere a la carga peyorativa del término. En otras palabras: se evita denominar eutanasia a aquello que en el "contexto médico-asistencial" se considera un comportamiento adecuado y con independencia de que ese comportamiento encaje en alguna de las figuras punibles que nuestra legislación contempla. Ésa es la conclusión que se extrae de las declaraciones vertidas en la *Comisión especial del Senado*⁴⁷ y de una reciente publicación que aborda con un enfoque multidisciplinar el problema del enfermo terminal⁴⁸. En concreto, los profesionales de la medicina rechazan el término eutanasia para referirse a la que los penalistas denominamos eutanasia indirecta y también a los casos más frecuentes de la que se conoce como eutanasia pasiva. Estas dos modalidades centran ahora mi atención, con el fin de determinar cuáles son las razones que las convierten en aceptables para la *lex artis* médica.

Por lo que a la primera se refiere, en la sociedad médica no ofrece ninguna duda que el progreso de la llamada "medicina paliativa" está orientado hacia el logro de un mayor bienestar del paciente, mediante el suministro de las drogas adecuadas⁴⁹. En ese marco, se valora positivamente la adminis-

sino también aquel cuya afección incurable hace que su supervivencia esté ligada de modo necesariamente permanente al uso masivo de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva." (Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 89, nota.)

43. Según el propio DÍEZ RIPOLLÉS, por "enfermo de muerte" se entiende aquella persona que, según los actuales conocimientos médicos, padece una afección incurable que le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado. Por "persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente" se entiende aquella que padeciendo una lesión, enfermedad o minusvalía respecto a las cuales, según los actuales conocimientos médicos no hay posibilidades fundadas de curación y si seguridad o gran probabilidad de que vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona, se encuentra imposibilitada físicamente de causarse a sí misma la muerte." (Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 90, nota.)

44. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *ibidem*. Por su parte ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, p. 2 distingue entre eutanasia en sentido amplio y estricto. "En sentido estricto —añade— existe cuando la ayuda es suministrada después de que el suceso mortal haya comenzado, por lo que la muerte está próxima con o sin tal ayuda. En un sentido amplio puede hablarse también de eutanasia cuando alguien colabora a la muerte de una persona que, en realidad, podría vivir todavía por más tiempo, pero que quiere poner fin —real o presuntamente— a una vida que le resulta insostenible por causa de una enfermedad."

45. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. pp. 86 y ss.

46. Esta expresión aparece en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Málaga, 1993, p. 38.

47. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado, VI Legislatura Comisiones. Núm. 307, de 16 de junio de 1998; núm. 365, de 18 de noviembre de 1998, núm. 414, de 8 de abril de 1999; núm. 421, de 20 de abril de 1999; núm. 481, de 27 de septiembre de 1999; núm. 501, de 21 de octubre de 1999; núm. 502, de 26 de octubre de 1999 y núm. 517, de 18 de noviembre de 1999.

48. Me refiero a *La atención a los enfermos terminales*, Ed. DÍEZ RIPOLLÉS, SANTOS AMAYA, GARRIDO DE SANTOS, Valencia, 2000.

49. Cfr. GÓMEZ SANCHO, Director médico de la Unidad de medicina paliativa del Hospital "El sabinal" de Las Palmas de Gran Canaria, en la sesión de la Comisión Especial de 18 de noviembre de 1998 (obsérvese la utilización poco rigurosa de la expresión *eutanasia pasiva* cuando se hace referencia a la *eutanasia indirecta*): "Está también lo que alguien llama mal llamado la eutanasia pasiva: Si damos dosis de morfina, se puede acortar la vida. Eso generalmente no es así. Generalmente vive más aquel enfermo al que le damos morfina. Al que le quitamos el dolor, no sólo vive mejor, sino que vive más. ¿Qué puede pasar en casos muy concretos y en situaciones muy avanzadas, muchas veces preagónicas? Sí que es verdad que,

tración de fármacos que mitiguen el dolor (o palien la asfixia y la disnea) incluso cuando su ingestión pueda provocar *eventualmente* un acortamiento de la vida del paciente⁵⁰. Por lo demás, y conforme a una opinión bastante generalizada, la medicina paliativa adolece en nuestro país del desarrollo alcanzado en otras latitudes, midiéndose ese índice de progreso en función de la cantidad de morfina suministrada por habitante. Por tal motivo, en la medicina española se reclama una mayor utilización de este tipo de sustancias, a conciencia de su carácter mortífero: la demanda asistencial y el comportamiento médico tienden a ser convergentes⁵¹. Al situarse el cuidado paliativo en la esfera de la *lex artis* médica, la aceleración de la muerte queda automáticamente justificada: si las drogas que se suministran tienen un “doble efecto”, paliativo y letal, la deontología médica y la doctrina católica pueden sostener que este segundo efecto no es querido por el profesional⁵², a pesar de que, conforme a los parámetros que rigen la aplicación del Derecho penal, estaríamos claramente ante una acción típica de homicidio realizada con dolo directo de segundo grado (o, como

mínimo, con dolo eventual). Luego la ausencia de ilicitud de la conducta tiene que provenir de otra circunstancia, pero no de la falta de dolo.

A mi modo de ver, esa labor asistencial realizada con los enfermos terminales queda plenamente justificada sin necesidad de apelar a un criterio subjetivo como la voluntad del médico. En su lugar, la licitud del acto se inspira en un criterio netamente objetivo: el *interés* del paciente (principio de *beneficencia*), interés que predomina en estos casos sobre el deber genérico de preservar la vida (principio de *no maleficencia*). En efecto, el sufrimiento que aqueja al enfermo terminal obliga al médico a suministrarle las drogas adecuadas para mitigar su dolor, aun a costa de acelerar su muerte⁵³. Se trata de un estado de necesidad en el que el mal realizado (acortamiento de la vida) es claramente menor que el mal evitado (un sufrimiento excesivo como antesala de una muerte segura). En definitiva, la *lex artis* médica resulta aquí aceptable, pero no por razones referidas a la voluntad del autor, sino a la naturaleza del hecho y a las circunstancias concurrentes⁵⁴. Así lo corrobora, por otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo alemán, al sostener que “una medicación destinada a aliviar

en casos de dolor muy intenso, a lo mejor, al final, tienes que hacer una escalada de dosis de morfina que, probablemente, como efecto secundario, esté acortando la vida de ese enfermo. Eso es lo que se ha dado en llamar eutanasia pasiva, y no tiene nada que ver con la eutanasia. Lo que define la categoría moral de un acto es la intencionalidad de quien lo aplica, y si yo pongo dosis muy altas de morfina a un enfermo para controlarle el dolor, ése es mi único objetivo: quitarle el dolor. Si con independencia de eso se está acortando la vida, ése es un efecto indeseable de lo que yo estoy haciendo con toda la mejor voluntad del mundo, como médico y como ser humano, que es intentar abreviarle el dolor. Eso lo acepta hasta Pío XII. En el año 1958, en un discurso a los anestesiólogos, Pío XII aceptó que cuando no hubiese otro recurso, aunque se acortase la vida, se podía y se debía utilizar. No hay ningún código legal que lo contradiga. Eso es aceptable. Curiosamente, casi nunca es por culpa del dolor por lo que hay que hacer eso. Suele ser por culpa de otros síntomas como, por ejemplo, la asfixia, y la disnea.”

50. Cfr. VIÑAS SALAS, en *Comisión Especial*, cit., Sesión del 18 de noviembre de 1998: “existen algunas enfermedades cuyo proceso terminal es muy doloroso, aunque sea psíquicamente y no de dolor puramente físico. En tales casos, yo personalmente no tengo ningún problema en suministrar al paciente, con su consentimiento, drogas suficientes incluso para dormirle y acabe su vida plácidamente. Esto para mí no es hacer eutanasia, simplemente es hacer buena práctica médica. Y no me siento fuera de la ley, con la actual legislación, para hacerlo, simplemente me comprometo con el enfermo que necesita ayuda y se la proporciono. Gracias a Dios, son pocos estos casos tan extremos, a mí pocos enfermos me lo han pedido, pero algunos sí que lo han hecho. No creo que sea necesaria ninguna ley para amparar a ningún médico que ejerza su profesión humanamente, de manera comprometida, no teórica, de libro, de religión desencamada, teórica o de curia.”

51. La OMS señala la importancia de la morfina como tratamiento farmacológico del dolor en la mayoría de los enfermos de cáncer. Por ello, el consumo de morfina es un indicativo de la calidad del control del dolor. También resulta efectiva en el control de la disnea. España ocupa el trigésimo lugar del mundo en el consumo de morfina por habitante, un lugar bastante bajo. (Vid. DÍEZ RIPOLLÉS-SANTOS AMAYA-GARRIDO DE LOS SANTOS (Eds.), *La atención a los enfermos terminales...*, cit. p. 144.)

52. En efecto, ésa es también la postura de la iglesia católica desde Pío XII; para confirmarlo basta leer la Declaración de 1980: “En este caso —afirma— está claro que la muerte no es querida o buscada de ningún modo, aunque se corra el riesgo por una causa razonable: simplemente se intenta mitigar el dolor de manera eficaz, usando a tal fin los analgésicos a disposición de la medicina.” Sobre el denominado “Principio del doble efecto”, vid. Hawryluck, Harvey, Lemieux-Charles, Singer, *Consensus guidelines on analgesia and sedation in dying intensive care unit patients*, *BMC Medical Ethics* 2002 3, p. 6, que puede consultarse en <http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1472-6939-3-3.pdf>

53. Para una explicación de la opinión médica centrada en los cuidados paliativos ofrecidos en las Unidades de Cuidados Intensivos y su diferenciación (desde el punto de vista médico) con la eutanasia, vid. Hawryluck, Harvey, Lemieux-Charles, Singer, *Consensus guidelines on analgesia and sedation in dying intensive care unit patients*, cit., pp. 3-9. Insiste en la distinción basada en la intención del médico el Informe del Senado canadiense sobre eutanasia y ayuda al suicidio, *De la vie e de la mort*, 1995: “Dans le cas de l'euthanasie, l'intention est de causer la mort, par opposition à l'intention d'apaiser la souffrance dans d'autres décisions de fin de vie; de plus, ils ont observé qu'il existait énormément de confusion quant à la définition des termes utilisés.” (<http://www.parl.gc.ca/english/senate/comf/euthf/repf/ladff.htm>)

54. Más arriesgada me parece la opinión de TORIO, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIV, 1991, p. 235: “La norma de actuación médica es predeterminante para el Derecho y éste no puede trastornar con sus prohibiciones y mandatos una práctica médica correcta. Penetra así en la norma jurídica la *lex artis*, es decir, la pauta técnica, científica, regulativa del comportamiento médico. La acción médicamente preceptuada nunca puede hallarse jurídicamente prohibida.” Digo que me parece más arriesgada porque en el ámbito de la eutanasia es

el dolor expedita por un facultativo de acuerdo con la voluntad declarada o presunta del paciente, no resulta inadmisibles en un moribundo aunque de modo intencionado aquélla suponga como consecuencia inevitable la aceleración del proceso letal⁵⁵. Según creo, el procedimiento para averiguar la voluntad "presunta" de un paciente pasa necesariamente por determinar cuál es su "interés", de acuerdo con el juicio prudente del médico⁵⁶.

El abandono voluntario del tratamiento ante pacientes sin esperanza de vida, es decir, lo que en general se denomina eutanasia *pasiva*, plantea problemas diferentes de los expuestos en el caso anterior. Mientras en el campo de la medicina paliativa los avances técnicos discurren en paralelo con la justificación del acortamiento de la vida, en el de la medicina intensiva ocurre exactamente lo contrario: su progreso permite mantener con vida a personas que hasta no hace mucho se tendrían por desahuciadas, incluso mantenerlas en un estado más o menos vegetativo, de absoluta e irreversible inconsciencia, sin las funciones que proporciona la corteza cerebral. Por lo tanto, la conducta que es objeto de análisis en este caso consiste en no adoptar todas aquellas medidas terapéuticas que la ciencia ofrece, renunciando a ellas por su carencia de efectividad, es decir, por su "futilidad". Según ICETA, "un acto médico es fútil cuando su aplicación a un enfermo está desaconsejada porque es clínicamente ineficaz, no mejora el pronóstico ni los síntomas o enfermedades intercurrentes, o porque previsiblemente produciría perjuicios personales, familiares, económicos o sociales desproporcionados al beneficio esperado"⁵⁷. No creo que existan argumentos convincentes para contradecir esta actitud de los profesionales médicos, muestra irreprochable de sentido común. Tampoco suelen dictaminar contra ella quienes se enfrentan a este problema desde el campo jurídico-penal o desde la filosofía del Derecho. Por su parte, el informe adjunto al Proyecto alternativo alemán de 1986 afirmaba que en los casos de pérdida irreversible de la consciencia, "aunque no exista una manifestación de voluntad del paciente susceptible de interpretación,

el médico puede dar por terminado el tratamiento sin miedo a una pena. Incluso en el caso de una voluntad presunta de tratamiento, ya no podrá considerarse por más tiempo obligado penalmente a continuar un tratamiento sin sentido"⁵⁸.

La misma comprensión hacia esta práctica se observa en la doctrina de la iglesia católica, plasmada en su *Declaración sobre la eutanasia* de 1980: "ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Por esto, el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro". Es muy probable que la dispensa religiosa sea el motivo por el cual nuestros médicos eluden hablar aquí de eutanasia; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente penal, tales acciones suponen directa o indirectamente un acortamiento de la vida de la persona, lo que daría lugar a la imputación de la muerte al médico, en virtud de su posición de garante. Si a ello se añade, en el caso de pérdida irreversible de la consciencia, que la decisión sobre la continuación o no del tratamiento se adopta prescindiendo casi siempre de la opinión del propio enfermo o de la de su familia, aparece ante nosotros una situación bien diferente de la que nos quieren presentar los profesionales de la medicina. En efecto, ellos asumen que el *estado de salud* en el que se encuentran ciertos enfermos les autoriza a decidir sobre el final de su vida, sin necesidad de apelar al consentimiento (cuya obtención, por lo demás, resulta a menudo imposible). Realizan de buena fe aquello que su conciencia les dicta como mejor práctica médica, actuando "en interés" del enfermo, que es precisamente lo que reclama el principio de *beneficencia*. La voluntad del paciente —expresada por él mismo o interpretada por sus familiares— cumple en estos casos un papel casi irrelevante, por muy dura que pueda resultar esta afirmación⁵⁹.

frecuente que la decisión médica no dependa sólo de variables técnicas sino éticas, o ético-normativas. En tal caso es muy probable que la *lex artis* no constituya un *præius* al mandato o la prohibición, sino que se trate de un dato dependiente de éstos. Ahora bien, la afirmación de TORO me parece totalmente acertada si se refiere exclusivamente a la técnica médica. Incluso en este caso el mandato o la prohibición podrían impedir su realización, pero entonces dichas normas podrían resultar seriamente cuestionadas.

55. BGHST 42, 301, en ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, cit. p. 3.

56. Para estos casos, recurre también JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, p. 58 y ss. al criterio del consentimiento presunto, como modelo de comportamiento razonable. En realidad, este criterio no difiere en absoluto del que defiende en el texto, porque en el fondo no se tiene en cuenta la opinión del paciente, sino lo que al médico le parece mejor para él.

57. ICETA, en *Comisión especial del Senado*, sesión de 20 de abril de 1999.

58. Cfr. *Proyecto Alternativo de Ley reguladora de ayuda a morir*, cit. pp. 845-846.

59. Vid. *La atención a los enfermos terminales*, cit., p. 114, donde se asegura que las conclusiones de un estudio realizado, casi el 75% de los encuestados reconocía haber interrumpido o no iniciado un tratamiento respecto a un enfermo terminal, subrayándose la escasísima incidencia del consentimiento en este ámbito.

A modo de conclusión parcial cabe decir, por tanto, que, con independencia de la denominación que se adopte, no son contrarias a la *lex artis* médica actual dos modalidades de eutanasia: la indirecta y la pasiva, bajo ciertas condiciones⁶⁰. La licitud de estas prácticas no se apoya en la libre decisión del paciente moribundo, inaccesible en numerosas ocasiones (principio de *autonomía*), sino en el *interés* que le es atribuible de acuerdo con una ponderación razonable (principio de *beneficencia*). Por lo demás, en los casos de pérdida irreversible de la consciencia, la ponderación tiene presente también el criterio de adecuación de medios y fines terapéuticos, que aconseja prescindir de un tratamiento manifiestamente ineficaz (principio de *justicia*)⁶¹.

7. El interés del paciente como criterio regulador (Principio de *beneficencia*)

Una vez comprobado que el interés del paciente juega en la actualidad un papel central en la justificación de las decisiones médicas que implican un acortamiento de su vida⁶², cabe plantear una generalización del alcance regulador de ese criterio y dilucidar si podría adoptarse siempre que el paciente sea incapaz de expresar su voluntad. Ello ocurre en dos tipos de eutanasia: la que afecta a adultos en estado vegetativo permanente que no hayan suscrito el "testamento vital" y la que se refiere a recién nacidos, o a menores de edad sin capacidad para valorar la situación y decidir en consecuencia. El principio de *autonomía* no juega en estos casos papel alguno.

Cuando se analizaron las legislaciones despenalizadoras de Bélgica, Holanda y Oregón se dijo que estaban inspiradas en el derecho del paciente a decidir con libertad su propia muerte. Pero debe añadirse ahora que dichas disposiciones circunscriben su ámbito de aplicación a personas con capacidad para decidir en ese trance (o que lo hicieron previamente, redactando el *living will*). Bajo

esas premisas, invocar el principio de *autonomía* como parámetro regulador de los supuestos despenalizados parece perfectamente lógico. Sin embargo, es claro que su relevancia no es suficiente para justificar el hecho; si así fuera, no existiría una conminación penal genérica (como la del art. 143.1 CP español) para quien colabora en el suicidio de otro: la voluntad de morir manifestada por éste bastaría para la impunidad del tercero⁶³. Ello demuestra que, incluso en los casos que han quedado recientemente despenalizados en esos lugares, el principio de *autonomía* no tiene por sí mismo vigor suficiente como para sobreponerse al principio de *no maleficencia* o de preservación a ultranza de la vida humana. Para que esto suceda, a la libre voluntad del paciente debe unirse una segunda condición, que da entrada al principio de *beneficencia*: el *estado de sufrimiento* del sujeto, que sirve para dar objetividad a su *interés* por una muerte digna, interés que asume el ordenamiento jurídico eximiendo de pena al médico que administra la droga letal. Ese *estado* es condición necesaria para que podamos hablar de eutanasia y de su concurrencia depende la justificación del hecho, ya que en otro caso estaríamos ante un auxilio al suicidio, en el que el afectado puede encontrarse en perfectas condiciones físicas, manteniéndose entonces la pena para el autor⁶⁴.

La clave de este nudo argumental estriba, pues, en determinar si el principio de *beneficencia* tiene capacidad por sí mismo para desplazar al principio de *no maleficencia* cuando no es posible recabar la voluntad del paciente, o lo que es lo mismo: ¿qué tipo de *situaciones* permiten la intervención de un tercero para proporcionar la buena muerte? Para dar respuesta a esta pregunta crucial es conveniente recurrir a las leyes despenalizadoras, a propuestas tan contrastadas como el Proyecto alternativo alemán de 1986 y al tenor del art. 143.4 CP español, aunque sólo sirva —por ahora— para atenuar la pena. En este sentido, el art. 2.1 b) de la Ley holandesa se refiere a un "padecimiento in-

60. Vid. en el sentido del texto, JAKOBS, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit. p. 57.

61. Cfr. ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, p. 6: "debe existir en algún momento un límite para la prolongación artificial de la vida, más allá del cual ya no sea decisiva la voluntad del paciente, sobre todo si esta última se expresa en un estadio temprano de la enfermedad. De un lado porque los recursos técnicos y también financieros de la sanidad pública no son inagotables. Pero, sobre todo, porque no se corresponde con nuestra idea de una muerte digna el retraso continuo del incoercible proceso mortal con ayuda de modernos instrumentos técnicos."

62. De opinión contraria, GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, cit. pp. 104 y s. El autor considera la teoría del interés, de raíz anglosajona, una vía falsa para resolver un problema que, a su juicio, en ausencia de consentimiento, debe resolverse de acuerdo con el derecho (subjetivo) a morir.

63. Advierte sobre la necesidad de distinguir la eutanasia del auxilio al suicidio, PECES-BARBA, *La eutanasia desde la Filosofía del Derecho*, en ANSUÁTEGUI (ed.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, p. 19.

64. La despenalización de esos casos motivó la inclusión en el Proyecto Alternativo alemán de 1986, del § 215, que decía así: "Quien omite impedir el suicidio de otro no procede antijurídicamente cuando el suicidio se debe a una decisión responsable, libre y seria, manifestada expresamente o deducible de las circunstancias". Sin embargo, el § 216 mantenía la punibilidad del homicidio a petición. Sobre la incoherencia de este distinto tratamiento, vid. MUÑOZ CONDE, *Prólogo a JAKOBS, Suicidio, eutanasia y Derecho penal*, cit., pp. 9 y s., también en *Derecho penal. Parte Especial*, 14.ª ed., Valencia, 2002, pp. 66 y ss.

soportable, sin esperanzas de mejora”; la Ley belga habla de “sufrimiento físico o psíquico constante e insostenible sin posibilidad de mejora”; por su parte, la *Oregon death with dignity Act* alude a “sufrimiento derivado de enfermedad terminal”. El Proyecto alemán regulaba distintos supuestos: el § 214.2 mencionaba la pérdida “irreversible de la consciencia o no poseerla nunca en caso de recién nacidos”, mientras que los apartados 3.º y 4.º del mismo parágrafo requerían la inminencia de la muerte y un estado de padecimiento “inútil”. Finalmente, el art. 143.4 CP español atenúa la pena en presencia de “una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. Entre estos modelos de regulación existen bastantes semejanzas, pero no una coincidencia absoluta. La discrepancia estriba en exigir o no la presencia de una enfermedad terminal. Para la ciencia médica, puede hablarse de enfermo terminal cuando la expectativa de vida es inferior a dos meses, con insuficiencia orgánica o una complicación irreversible⁶⁵. La *DWD Act* de Oregón sí establece esta restricción, pero amplía la expectativa vital hasta los seis meses. Sin embargo, como se ha podido comprobar, predominan las regulaciones amplias, en las que la *situación* justificante se caracteriza por el “grave padecimiento”, aunque la muerte no sea inminente. El campo semántico que abarca dicha expresión parece capaz de incluir en su seno todos los casos de estado de inconsciencia irreversible⁶⁶.

Restaría por determinar si bajo una regulación de ese tenor tendrían cabida los casos de eutanasia referida a recién nacidos, que algunos autores denominan “eutanasia precoz”. Se trata sin duda del grupo de casos que mayores conflictos éticos plantea, porque desde las organizaciones religiosas se alienta la rememoración de proyectos eugenésicos que nadie acepta. Ahora bien, igual que otras instituciones jurídico-penales, como las medidas de seguridad, sufrieron un giro inaceptable e inhumano en aquella época y nadie discute hoy seriamente la ne-

cesidad de tratar al drogadicto con medidas distintas a la pena; y lo mismo podría decirse de la esterilización de incapaces, regulada hoy bajo pautas basadas en el respeto al sujeto afectado; siendo así, tampoco la objeción eugenésica puede bloquear el debate sobre un problema legal tan grave. En efecto, la legislación penal debe dar respuesta a una cuestión que, en caso contrario, seguirá resolviéndose sin sujeción a control alguno, dependiendo de la ideología del médico de turno⁶⁷. Tampoco las nuevas leyes europeas de 2002 han ofrecido ninguna salida legal para estos casos, en los que resulta imposible recabar la opinión del afectado. Por esto mismo, es decir, por su semejanza con los casos de adultos inconscientes, habría que convenir, al menos, la justificación de aquellas prácticas que consistan en la ausencia de tratamiento cuando el recién nacido presente una patología que le vaya a dejar en estado vegetativo permanente. Así lo recoge el § 214 (1).2 del Proyecto Alternativo alemán de 1986: “El afectado, según el informe médico, ha perdido de manera irreversible la conciencia o nunca la poseerá en caso de recién nacidos”⁶⁸. No se pone seriamente en duda la justificación de esta práctica. Tampoco ofrece demasiadas dificultades argumentales el grupo de casos referido a lesiones en el recién nacido que le aboquen a una muerte segura y cercana en el tiempo. Así ocurre con la *anan-cefalia*: niños que nacen sin cerebro o con un cerebro totalmente desestructurado a causa de una anomalía del tubo neural, es decir, la estructura embrionaria a partir de la cual se forma el sistema nervioso. En tales casos, como advierte GAFO, la muerte del niño se producirá muy pronto y, al faltarles el cerebro, lógicamente no tienen la menor posibilidad de desarrollar el psiquismo humano⁶⁹.

A partir de aquí, el consenso desaparece. Los grupos de casos anteriormente mencionados suponen una mínima parte de las graves patologías neonatales; el porcentaje se eleva exponencialmente si hablamos de malformaciones, destacando entre ellas la incidencia del síndrome de “esпина bífida”, causado por la falta de cierre del tubo

65. Cf. GONZÁLEZ BARÓN, BARÓN SAURA, CHACÓN LÓPEZ-MUÑIZ, *Actitud médica ante el enfermo preterminal en oncología*, en *Medicina Clínica*, 1990, p. 423. (Citado en *La atención a los enfermos terminales*, cit., p. 114 nota.) Sobre el caso de Karen Ann Quinlan, que murió tras permanecer en coma diez años, vid. GAFO, *La eutanasia*, 2.ª ed. Madrid, 1990, pp. 27 y ss.

66. Una excelente explicación de los problemas que plantea esta objetivación en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *op. cit.*, pp. 196 y s.

67. Así lo advierte A. KAUFMANN, *Relativización de la protección jurídica de la vida*, en *Avances de la medicina y del Derecho penal*, trad. Silva Sánchez. Ed. S. Mir, PPU, Barcelona, 1988 “desde luego se practica con frecuencia la eutanasia precoz pasiva; sólo que oficialmente no se llega a conocer. Pero en conversaciones privadas es posible oír, incluso de médicos serios, que es absolutamente usual, en el caso de recién nacidos con graves deficiencias, renunciar a medidas de conservación de la vida y dejarles morir.”

68. Cf. *Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir*, cit. p. 843.

69. Cf. GAFO, *La eutanasia*, cit. p. 142. También admite esta modalidad de eutanasia, NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit. p. 92. Cf. asimismo ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ramon Areces, 1994, pp. 468-469: la eutanasia activa directa de un recién nacido no admite justificación ni exculpación y comporta el mismo reproche penal que la practicada a un adulto con la diferencia de que el consentimiento —inexistente— no puede desempeñar función atenuante con relación al homicidio o asesinato del recién nacido.

neural y que da lugar a graves minusvalías (las cuales, sobra decirlo, nada tienen que ver con el "síndrome de Down", al que no me refiero nunca en este trabajo). SINGER ha afirmado recientemente que éste es el ejemplo más claro de la imposibilidad de establecer valoraciones atendiendo al criterio de la "santidad" de la vida humana. En su investigación refiere el calvario de operaciones quirúrgicas al que están abocados los recién nacidos afectados por esta dolencia y, además, con un horizonte desolador: paraplejía, ningún control de los intestinos o la vejiga, o un *by-pass* urinario con frecuentes infecciones renales, que a veces provocan fracaso del órgano; hidrocefalia, paliada a duras penas mediante un tubo de drenaje; y, en fin, probable discapacidad intelectual a causa de las previsibles infecciones (meningitis)⁷⁰. Aunque no resulte fácil determinar aquí cuál sea el *interés* del paciente, puede convenirse que éste dependerá del grado de minusvalía: cuanto más inexigible sea la vida que le espera, mayor será el interés (objetivo) en no padecerla. Desde un punto de vista general, creo que le asiste la razón a ROXIN cuando, refiriéndose a este problema, afirma que habrá una situación de necesidad justificante siempre que, de acuerdo con un juicio objetivo, "los sufrimientos y minusvalías predominen claramente sobre el interés que representa la vida de la criatura", concluyendo que debe actuarse dependiendo "de lo que en mayor medida se corresponda con el *interés* del recién nacido, según la mejor conciencia y saber"⁷¹.

Con toda seguridad, es en los casos de "eutanasia precoz" donde se considera más justificada la intervención de terceros (padres o tutores) a la hora de adoptar una decisión. En relación con la malformación que nos ocupa, SINGER ha revelado que la opinión médica anglosajona es proclive a no realizar ninguna intervención correctora cuando así se lo solicitan los padres⁷², lo cual significa una muerte segura en un plazo más o me-

nos corto. Lo mismo ocurre en algunos hospitales de nuestro país, cuyas salas de cuidados intensivos se convierten a veces en auténticas salas de agonía neonatal, en virtud del criterio paterno. A mi modo de ver, esta práctica médica carece de toda justificación, como paso a explicar.

Desde el comienzo de este trabajo he mantenido que el criterio que justifica la eutanasia no es principalmente la voluntad del paciente, sino su estado de sufrimiento y, en definitiva, su infausto porvenir. Es claro, sin embargo, que la solicitud voluntaria de una muerte digna por parte de una persona adulta que se encuentra en ese estado refuerza la justificación de la conducta médica. Pero la expresión *autónoma* de dicha voluntad no puede ser sustituida. Las leyes de Holanda y Bélgica no permiten en ningún caso que sean familiares los que decidan⁷³. Es claro que en tal caso lo *autónomo* pasaría a ser *heterónimo*.

En relación con la "eutanasia precoz", los redactores del Proyecto alternativo alemán de 1986 afirmaban que, en el caso de recién nacidos afectados por graves malformaciones "no juega ningún papel la voluntad del encargado de su cuidado. No tiene, pues, mucha importancia en este ámbito, si el derecho de asistencia de los padres permitiría una decisión sustitutiva; aunque por supuesto, el médico deberá contar con los padres en la búsqueda de una decisión y tratar de llegar a un acuerdo con ellos"⁷⁴. Ello es debido, según los autores del Proyecto, a que "se intenta evitar que se den dudosas ficciones de consentimiento", pues efectivamente no deja de ser una ficción que la opinión de los padres sea la misma que la del recién nacido. En este aspecto, el Proyecto se inclina decididamente por la primacía del principio de *beneficencia*: "en casos extremos puede presumirse el *interés* del paciente por interrumpir el tratamiento" aunque el paciente no pueda expresar su voluntad⁷⁵. Desde otros parámetros éticos, GAFO advierte de que "el *interés* de los padres no puede

70. Cfr. SINGER, *Repensar la vida y la muerte*, cit. p. 120 y ss. Distinto fue el conocido caso Baby Doe, relativo a un bebé aquejado del síndrome de Down y que presentaba una malformación en el esófago corregible mediante una operación quirúrgica. Los padres no autorizaron la intervención, el Tribunal Supremo del Estado de Indiana confirmó el derecho de los padres a la negativa y el bebé murió. Como consecuencia de ello se dictaron normas para estos casos, exceptuándose la obligación de intervenir en los siguientes casos: 1. Si se tratara de niños que se encuentran en estado de coma irreversible; 2. Cuando el tratamiento sólo sirviera para prolongar la agonía de una muerte segura; 3. Cuando el tratamiento fuera inútil e inhumano. (Vid., sobre este caso, dos opiniones diferentes en GAFO, *La eutanasia*, Madrid, 1989, pp. 39 y ss. y SINGER, op. cit., pp. 113 y ss.)

71. Cfr. ROXIN, *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*, cit. p. 13, donde añade: "una decisión a favor de la conservación de la vida del recién nacido gravemente impedido únicamente es posible en la medida en que la colectividad esté también dispuesta a corresponsabilizarse de las cargas originarias que se derivan de ello y, de este modo, facilitar sin destrozársela una vida de los padres con tales niños." De opinión diferente, aunque dubitativo, SEMINARA, *La eutanasia en Italia*, trad. Prieto del Pino, en *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, cit. pp. 94 y s.

72. Cfr. SINGER, op. cit., pp. 125 y s.

73. En la Ley holandesa se prevé la intervención de los padres cuando se trate de un menor, pero no con capacidad para decidir por sí mismos: cfr. art. 2.3 y 2.4 de dicha Ley.

74. Cfr. Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir, cit. p. 851.

75. Cfr. Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir, cit. p. 841.

nunca dejar de lado el principio fundamental del respeto a los *intereses del niño*⁷⁶. Por su parte, la Proposición de Ley de *IC-Verds* confía en la "opinión fundada del médico" para desatender el criterio de los padres o familiares "en relación con la interrupción o no iniciación de tratamientos que, dados los actuales conocimientos médicos, se limiten a mantener de un modo temporal o permanente una vida carente de conciencia de modo irreversible, o a asegurar la supervivencia de un recién nacido a costa de un uso masivo y permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva".

Si la voluntad del recién nacido, en particular, y del paciente, en general, no puede ser sustituida, es claro que la única opción viable es que alguien con autoridad suficiente decida en estos casos. Ahora bien, no creo que esta responsabilidad deba recaer exclusivamente en el médico encargado del tratamiento. En las nuevas Leyes promulgadas en Holanda y Bélgica se establece un doble control externo: antes de la intervención, debe opinar un segundo médico; tras ella, interviene un Comité compuesto por médicos, juristas y especialistas en ética que analiza la legalidad de dicha intervención. En España existen ya Comités de este tipo con distinta composición y alcance⁷⁷. Entre sus funciones se encuentra el asesoramiento sobre cuestiones que conciernen al derecho a la vida y a la salud, como el "documento de instrucciones anticipadas". A mi modo de ver, debería fomentarse

la creación de esta clase de Comités interdisciplinares, de ámbito regional (más aún cuando se han transferido ya las competencias del Estado en materia de Sanidad) y ellos serían los llamados a decidir acerca de situaciones susceptibles de dar lugar a la práctica de la eutanasia, de acuerdo con un procedimiento reglado y con la obligación de fundamentar sus decisiones, para someterlas al debido control.

En resumen, pues, el modelo despenalizador que ofrecen las nuevas leyes europeas supone sin duda alguna un avance importante respecto a la situación prohibicionista que se mantiene en muchos países miembros, como España. Ahora bien, la despenalización queda corta porque se limita a regular aquellos supuestos en los que el paciente acredita su voluntad de morir. La experiencia demuestra que en los hospitales europeos se practica la eutanasia con pacientes que no pueden expresar su voluntad, sin que esta *praxis* médica reciba tratamiento jurídico alguno, o bien quede sometida a reglas consuetudinarias ajenas al control del Estado o, lo que es peor, ni siquiera sea conforme a dichas reglas. Sin embargo, la eutanasia involuntaria puede quedar perfectamente justificada siempre que se actúe en interés del paciente, expresión que encierra un juicio ponderativo de naturaleza objetiva cuyo control debería quedar atribuido a la competencia de comités *ad hoc*, que decidirían en cada caso con imparcialidad cuál es ese interés: seguir viviendo o morir dignamente.

76. Cfr. GAFO, *La eutanasia*, cit. p. 149. Básicamente de acuerdo, SEMINARA, *La eutanasia en Italia*, cit. pp. 94 y s.: "es evidente que la intangibilidad de la vida se afirma respecto a todos los seres vivientes nacidos de mujer y nadie —ni siquiera los progenitores— pueden arrogarse el derecho de establecer si la suya es una vida que merece ser vivida."

77. Vid. por ejemplo, la Orden de la Generalitat de Cataluña de 29 de mayo de 2001 que configura el Comité de Bioética de Cataluña.