

AÑO XXVI. Número 6300. Jueves, 21 de julio de 2005

## DOCTRINA

### TRATAMIENTOS PALIATIVOS E INTEGRIDAD MORAL EN EL CONTEXTO DE LA EUTANASIA ACTIVA INDIRECTA

Por **MANUEL GÓMEZ TOMILLO**

*Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid*

**El presente trabajo examina los instrumentos jurídicos que regulan la problemática de los cuidados paliativos. Se estudian particularmente los supuestos en los que la administración de fármacos produce un acortamiento del período natural de la vida. El análisis se efectúa especialmente desde la perspectiva del Derecho penal, sin rehuir por ello la utilización de otras ramas del ordenamiento jurídico.**

SUMARIO: I. Introducción.-- II. Tratamiento jurídico de la negativa médica a paliar el sufrimiento del paciente que lo requiere: 1. La comisión de lesiones por omisión. 2. La denegación de asistencia sanitaria (artículo 196 CP). 3. Los delitos contra la integridad moral.-- III. El deber médico de abstenerse cuando el paciente rechaza el tratamiento.-- IV. Tratamiento de las hipótesis en las que el enfermo no puede manifestar su voluntad: 1. El documento de instrucciones previas. 2. Los supuestos de ausencia de voluntad fehacientemente acreditada o incompetencia para manifestarla.-- V. El tratamiento por medio de fármacos paliativos que producen un acortamiento del período natural de la vida.

#### I. INTRODUCCIÓN

Asistimos en los últimos tiempos a un encendido debate en torno a la problemática que presenta la denominada sedación paliativa (1). En ese contexto se sitúan las presentes notas que pretenden tan sólo proporcionar un mínimo aparato jurídico, especialmente desde el punto de vista del Derecho penal, que facilite la aproximación analítica al tema. Con carácter previo, conviene advertir que, aunque se aprovecha el amplio debate social y periodístico suscitado, el trabajo se redacta prescindiendo de consideraciones fácticas concretas.

La Constitución española en el art. 15 acoge el derecho a la integridad física y a la integridad moral. Tal doble alusión parece querer garantizar la integridad personal o incolumidad (*vid.* en la jurisprudencia constitucional este concepto, por todas en la STC 217/1996, si bien es un concepto que aparece en muchas otras). Este último concepto se viene sosteniendo que abarca una pluralidad de derechos: la integridad física, la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la apariencia personal (2). Puede deducirse, pues, que el concepto constitucional de incolumidad abarca un derecho a no sufrir, ejercitable dentro de los límites que la ciencia posibilita, cuyo perfil exacto no constituye nuestro objetivo. Entiendo que, más precisamente, ese derecho a no padecer se desprende de la referencia que el art. 15 de la Constitución hace a la integridad moral (3). Por consiguiente, la administración de medios, especialmente químicos, que permiten reducir o eliminar el padecimiento, de enfermos terminales o no, constituye un auténtico derecho subjetivo de carácter fundamental. De lo expuesto se deducen múltiples consecuencias. Por ejemplo, el que la falta de administración de tales medios por parte de los poderes públicos a las personas para cuya custodia o tratamiento son competentes abre las puertas a un potencial recurso de amparo o permite sustentar el ejercicio de una potencial acción de exigencia de responsabilidad patrimonial frente la Administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos (4). Lo expuesto es válido en el ámbito sanitario, que es el que singularmente nos ocupa aquí, pero también lo es en otros, como, por ejemplo, el penitenciario (5).

Aun cuando se echa en falta un planteamiento legal expresa y plenamente coherente con las anteriores consideraciones en la legislación nacional (6), no puede dudarse de que la Ley acepta la existencia del citado derecho subjetivo. Así, los arts. 12.2 g) y 13.2 f) de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, disponen el deber del sistema sanitario español de poner a disposición de los enfermos terminales «unidades de atención paliativa». El art. 2 d) de la misma Ley establece como principio informador de la Ley «la prestación de una atención integral a la salud». El art. 46 e) de la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, dispone como característica fundamental del sistema nacional de salud la prestación de una atención integral a la salud procurando altos niveles de calidad. Asimismo, son frecuentes las referencias a la dignidad de la persona dispersas por todo el ordenamiento jurídico y, particularmente, dentro de las normas reguladoras de sanidad española. Nada parece reducir tanto a la persona humana al nivel de objeto inanimado o incluso animal que la inactividad o la indiferencia ante su padecimiento.

Partiendo de las anteriores consideraciones, debe contemplarse la administración de medios químicos que permiten reducir o eliminar el dolor físico o el padecimiento psíquico como un auténtico derecho subjetivo fundamental (7). Éste no sólo surge en los enfermos que se encuentran en el tramo final de su vida, sino en cualquier persona en situaciones muy diversas y con pronósticos de supervivencia a largo plazo. Ciertamente, en la medida en que, como es conocido, la administración de determinados fármacos a pacientes terminales en ocasiones puede determinar un acortamiento del periodo natural de la vida, se plantean en este último caso especialidades jurídico penales. Centraremos nuestro análisis en estos últimos supuestos que presentan una complejidad superior, si bien procede advertir que, *mutatis mutandis*, la mayor parte de las conclusiones serán susceptibles de ser extrapoladas a los tratamientos paliativos en general.

## **II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA NEGATIVA MÉDICA A PALIAR EL SUFRIMIENTO DEL PACIENTE QUE LO REQUIERE**

### **1. La comisión de lesiones por omisión**

En primer lugar, debe estudiarse el caso en el que el médico rechaza contra la voluntad del enfermo la administración del fármaco que mitigue su dolor, o lo suministre en modo insuficiente (8). Algún destacado autor ha sostenido sólidamente que el dolor constituye un menoscabo de la salud y que si el médico que se encuentra en posición de garante no le aplica cuidados paliativos y permite que el enfermo, por ejemplo de cáncer, continúe con sus padecimientos será responsable de un delito de lesiones por omisión (9). Tal construcción resulta coherente con determinadas tesis defendidas en torno al bien jurídico protegido en el delito de lesiones, la salud (10), conforme a las cuales ésta consiste en el completo estado de bienestar físico, mental y social, no limitado a la ausencia de enfermedad o invalidez (11). Se trata de una perspectiva que goza de apoyo en la definición que de salud proporcionó la misma OMS en 1948, dentro de su declaración de constitución. Sin embargo, el Derecho penal no se subordina automáticamente a los conceptos construidos en el seno de organizaciones internacionales que persiguen fines mucho más amplios que los propios de esta materia. Piénsese que posteriormente la Oficina Regional Europea de la OMS ha definido el concepto de salud como «la capacidad de desarrollar el propio potencial personal y responder de forma positiva a los retos del ambiente». Esta última noción, de forma evidente, sin que requiera de ulteriores razonamientos, no puede ser acogida como base delimitadora del bien jurídico protegido. El Derecho penal se encuentra necesitado de conceptos que, en la medida de lo posible, generen seguridad jurídica. Las nociones apuntadas resultan, en consecuencia, excesivamente amplias e imprecisas (12), mucho más si se tiene en cuenta que el legislador ha recurrido a la deficiente técnica de delimitar la conducta punible en los delitos de lesiones introduciendo una referencia al bien jurídico en la descripción típica. Un concepto como el analizado determinaría la necesidad de catalogar como penalmente relevantes múltiples hipótesis en las que el bienestar del sujeto se ve afectado, pero que cualquiera estimaría como intrascendentes para el Derecho penal (un despido laboral improcedente, un suspenso académico y hasta una disputa sentimental). Asimismo, aceptar que el bienestar individual debe incorporarse al concepto jurídico penal de salud determinaría una plena subjetivación del bien jurídico, incompatible con los modernos postulados del Derecho penal. Desde nuestra perspectiva, el planteamiento debe ser otro. Aceptando que no quedan resueltos todos los problemas, más bien debería hablarse de salud en términos negativos, tomando matizadamente la primera parte de la definición de la OMS, como ausencia de enfermedad o de alteración corporal anormal (13). Lo expuesto lleva a la conclusión de que no cabe en los casos que nos ocupan estimar un delito de lesiones por omisión. En efecto, el dolor es tan sólo un síntoma del menoscabo de la salud, pero no es el menoscabo mismo; el sufrimiento es indicativo de que hay una enfermedad, pero no se identifica con la enfermedad (otra cosa es que como consecuencia del padecimiento se produzca una efectiva disminución de la salud, lo cual no es, en absoluto, algo imposible).

El rechazo a la calificación de lesiones no equivale a sostener que no sea jurídico penalmente exigible al profesional médico proceder a impulsar el tratamiento contra el dolor en las hipótesis que nos ocupan.

Dos son los cauces que, estimamos, deben analizarse. La posibilidad de apreciar un delito de denegación de asistencia sanitaria, por un lado, y, por otro, la potencial presencia de un delito contra la integridad moral (14).

## **2. La denegación de asistencia sanitaria (artículo 196 CP)**

El art. 196 CP se refiere al «profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas». La citada norma se configura como un tipo mixto alternativo, donde cabe diferenciar dos posibilidades de verificación del comportamiento penalmente relevante: la denegación de asistencia sanitaria, por un lado, y el abandono de los servicios sanitarios, por otro. Nos interesa en este caso centrarnos en la primera modalidad comisiva. Hemos sostenido en otro contexto que la denegación de la asistencia sanitaria implica una negativa a prestar tal asistencia tras un previo requerimiento de ayuda. Esta última exigencia resulta ineludible, en cuanto no puede ser denegado lo que no se ha solicitado (15). Si el presupuesto de partida que analizamos es el caso en el que el enfermo solicita el tratamiento paliativo, no parece que existan obstáculos para afirmar que se produce una denegación como requiere el art. 196. Tampoco es complejo estimar que el citado tratamiento debe ser configurado como auténtica asistencia sanitaria de acuerdo con el sistema vigente en España. Son múltiples las referencias legislativas que parecen abocar a tal conclusión. Así, el art. 4 c) de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone que los ciudadanos tienen el derecho a recibir «la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud que pudiera requerir». A su vez, los arts. 12.2 g) de la misma Ley en cuanto a la atención primaria y 13.2 f), que se refiere a la especializada, disponen que tal asistencia comprenderá la atención paliativa a enfermos terminales. Difícilmente puede sostenerse que la administración de fármacos analgésicos constituye asistencia sanitaria si el paciente se encuentra en el tramo final de su vida y negar tal calificación en otro contexto.

Sin embargo, el Código Penal requiere, además, que de la denegación o del abandono se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La doctrina viene discutiendo la naturaleza jurídica de esta cláusula. Probablemente la misma deba estimarse que constituye una condición objetiva de punibilidad, si bien hay quien la configura como resultado de peligro (16). La disputa trasciende el plano teórico, pues de la posición que se adopte dependen cuestiones centrales, como, por ejemplo, la determinación de si el dolo debe o no abarcar tal peligro. En cualquier caso, ciñéndonos al supuesto de quien niega tratamiento paliativo al paciente que lo solicita, la cuestión no merece aquí una consideración más detenida, puesto que al médico difícilmente se le escapan las consecuencias de su conducta. Entiendo que los problemas vienen por otro lado. Concretamente se debe determinar si la negativa a tratar farmacológicamente el sufrimiento determina como requiere la Ley que concurra un grave riesgo para la salud del paciente (17). La problemática aquí se presenta en términos análogos a los anteriormente expuestos. Si se entiende por salud ese completo estado de bienestar al que alude un sector de la doctrina, apenas podría cuestionarse que los hechos que nos ocupan pueden ser subsumidos en el tipo. Como hemos tenido ocasión de exponer no es ése el punto de vista de este trabajo (18). Por lo tanto, debe rechazarse la utilización del art. 196 CP a las hipótesis que nos ocupan. No obstante, es cierto que en ocasiones el dolor puede determinar un empeoramiento en el estado general del paciente, por lo que, en tales casos, cabría la calificación que con carácter general hemos rechazado. En este último caso, o si se aceptasen los criterios aquí rechazados, se plantearía un problema concursal, en la medida en que simultáneamente habría que hablar de un delito de lesiones por omisión. Determinar si estamos ante un concurso de delitos o, por el contrario, de normas penales, donde probablemente las lesiones desplazarían al delito del art. 196, depende del bien jurídico que se estime protegido en este último precepto (19). Dado que no compartimos este punto de vista, no nos detendremos en ulteriores detalles.

## **3. Los delitos contra la integridad moral**

Como alternativa a las anteriores posibilidades, lesiones por omisión o denegación de asistencia sanitaria, cabe estimar que concurre un delito contra la integridad moral, arts. 173 y ss. CP (20). Dependiendo de la condición del sujeto activo, en definitiva, de si los hechos acaecen en el seno de la sanidad privada o pública, procedería acudir al art. 173, en el primer caso, o al art. 175, en el segundo. Básicamente el comportamiento en tales preceptos consiste en infligir a otro un trato degradante, menoscabando su integridad moral (21). No podemos detenernos en la criticable configuración legal de las figuras citadas (22). En lo que a la cuestión que aquí nos concierne, resulta central la determinación de si los preceptos citados captan los comportamientos omisivos, como el abstenerse de proporcionar un medio paliativo contra el dolor, especialmente el físico. Estimamos que la amplitud de la descripción legal, que funciona como un tipo de recogida (23), unida a la idea de que estamos ante un auténtico delito de resultado (24), no puede cerrar el paso a tal posibilidad (25).

Aceptado tal punto de partida, debe analizarse, de forma mínima, si concurren los requisitos materiales derivados de la estructura legal. Sostienen, probablemente con razón, GONZÁLEZ CUSSAC y CARBONELL MATEU, que «la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y del mismo sistema constitucional. En este sentido también constituye un ataque a la dignidad cualquier homicidio, agresión sexual o calumnia...» (26). Sin embargo, en determinados delitos, concretamente en los delitos contra la integridad moral (27), puede afirmarse razonablemente que la dignidad constituye el objeto de protección (28). Sería ilusorio pretender siquiera aproximarnos al debate filosófico sobre la dignidad y tratar de concretar en una sincrética fórmula la idea. A pesar de ello, tenemos la convicción de que el sufrimiento evitable y no querido por quien lo padece no es compatible con la percepción actual de lo que constituye una existencia humana digna (29). Mucho más, si se rechaza, como aquí hemos hecho, que desde la perspectiva jurídico penal la omisión de un tratamiento paliativo científicamente viable afecte a la salud. En definitiva, implicaría la cosificación del individuo, su reducción a la condición de objeto, despreciando su sensibilidad, sus sentimientos, todo aquello que lo hace específicamente humano.

En conclusión, la omisión del cuidado paliativo por parte de quien detenta una posición de garantía, y especialmente del médico responsable, puede determinar la presencia de un delito contra la integridad moral (30). No podemos detenernos en todos los detalles. Por ejemplo, qué grado de sufrimiento determina la irrupción en el marco del tipo. No parece serio que dejar de administrar una aspirina pueda generar responsabilidad penal (31). Se trataría de un problema de imputación objetiva cuyo desarrollo dejamos para otra ocasión.

Apenas merece una mención expresa la idea de que tan sólo tienen relevancia los comportamientos dolosos, no los meramente imprudentes, los cuales son imaginables, pero que tan sólo determinarán responsabilidad de carácter civil (32).

La importancia de la punición de las conductas examinadas trasciende el Derecho penal, en la medida en que la doctrina viene poniendo de relieve que la terapia contra el dolor es aplicada con reservas no comprensibles, por lo que la amenaza penal puede contribuir a un cambio (33).

### III. EL DEBER MÉDICO DE ABSTENERSE CUANDO EL PACIENTE RECHAZA EL TRATAMIENTO

Una segunda situación se presenta en los casos en los el enfermo quiera afrontar el sufrimiento, por ejemplo, sobre la base de sus íntimas convicciones religiosas, equivocadas o no. Por ejemplo, el sujeto, tras una vida disoluta, pretende morir redimiendo sus pecados. Como indica ROXIN, ciertamente se trata de un caso raro, pero no por ello irreal (34). La cuestión es si persiste el deber profesional de administrar el fármaco sedante o anestésico.

Desde el punto de vista legal, es conocido cómo el art. 2.2 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece que «*Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley*». A su vez, el apartado 3 del mismo artículo sigue disponiendo que «*El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles*». No acaba ahí la regulación que insiste en el apartado 4 que «*Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito*». Por fin, el art. 8.1 dispone que «*Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado...*». Como consecuencia lógica de tal derecho surge el correlativo deber del profesional acogido en el apartado 6 del art. 2: «*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado... al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*». En definitiva, pese a la variedad terminológica legal, el aparato normativo orientado a sostener la voluntariedad de todo tratamiento es amplísimo. Probablemente incluso la ausencia de una normativa legal no cambiaría la conclusión, en la medida en que se entienda que se trata de un derecho amparado por el art. 15 de la Constitución (lo que resulta compatible, por ejemplo, con la referencia conjunta al art. 16 de la Constitución). TOMÁS-VALIENTE LANUZA sostiene que el derecho de la persona a no consentir medidas terapéuticas forma parte del núcleo esencial del derecho a la integridad física al que alude el citado art. 15, en la medida en que implican una injerencia en el sustrato corporal del individuo (35). Entiendo, en sintonía con lo expuesto hasta el momento, que en lo que al derecho a no sufrir se refiere, nos movemos en el ámbito de la integridad moral, que englobaría, asimismo, el derecho a sufrir por parte de quien, por los motivos que sea, así lo decide. No obstante, cabe sostener sin dificultad que el derecho a la integridad física y el derecho a la integridad moral se comportan lógicamente como dos círculos secantes, donde cada uno posee un campo propio y un campo en común con el otro. Este último vendría constituido, al menos, por el derecho a no ser sedado o a no recibir cuidados paliativos sin consentimiento, en la medida en que en este último caso se produciría una

violación del cuerpo de la víctima, una invasión externa no autorizada, incompatible con el citado derecho a la integridad física.

En definitiva, del mismo modo que los ciudadanos tienen derecho a optar por aquellas condiciones de vida que maximicen su bienestar, en la medida en que sean compatibles con las libertades ajenas, no se puede negar que tienen el derecho a renunciar a ese bienestar. El Estado no puede coactivamente imponerlo, mucho menos si se tiene en cuenta que resulta imposible delimitar tal estado si no es por medio de parámetros subjetivos. Al contenido de la libertad pertenece el no poder ser forzado para la propia felicidad. La consecuencia no puede ser otra que el deber médico de abstenerse de proporcionar el anestésico o el sedante. La oposición del paciente cancela la posición de garantía del médico.

No obstante, puede establecerse una importante excepción al principio apuntado. Nos referimos a los casos en los que acreditadamente, por medio del correspondiente dictamen médico psicológico o psiquiátrico, se llegue a la conclusión de la incompetencia del paciente para gobernarse a sí mismo, por ejemplo por su bajo cociente intelectual. Probablemente, la entidad de los derechos afectados, la libertad individual, entendida como actuación de la voluntad, en nuestro criterio, la integridad corporal, unido potencialmente a la libertad religiosa, y a la inmediata percepción del dolor, hace que deba reducirse la administración no consentida del fármaco a las hipótesis en las que el sujeto es incapaz de comprender que la administración de aquél le producirá un alivio en su padecimiento.

Establecido con carácter general el deber de abstención, debe ponerse de manifiesto que su quebrantamiento es jurídico penalmente relevante. Ni siquiera es posible aceptar la idea de GIMBERNAT ORDEIG, conforme a la cual debe sostenerse la falta de trascendencia típica de tal hecho, en el caso de pacientes terminales, cuando se adelanta el fallecimiento. Argumenta este autor con la idea de que la falta de consentimiento del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia activa indirecta impune en una directa punible. En consecuencia, llega a la conclusión de que estaríamos ante un mero ilícito administrativo (36). Ciertamente, con razón se viene sosteniendo que la eutanasia activa indirecta es impune en nuestro sistema. Por consiguiente el hecho es irrelevante jurídico penalmente desde el punto de vista de la vida de la persona. No puede decirse lo mismo si se analizan los hechos desde la perspectiva de ulteriores bienes jurídicos.

En primer lugar, debe analizarse la posibilidad de considerar un menoscabo a la libertad de actuación. La polémica al respecto es antigua. La evolución jurisprudencial del delito de coacción, amparada por determinadas construcciones doctrinales, ha ido ensanchando *de facto* las fronteras de esta figura, de forma que se llega a identificar la violencia con la mera constricción de la voluntad. Del mismo modo, en la literatura alemana, al menos desde MAURACH, un sector doctrinal ha venido defendiendo que el ataque a la capacidad de voluntad, mediante el empleo de, por ejemplo, narcosis, constituye un delito de coacciones. En España, es tradicional la cita de RODRÍGUEZ DEVESA quien sostenía tal criterio con el argumento de que donde se protege lo menos, desviación de la voluntad, la voluntad de obrar, debe castigarse lo más, la anulación de la voluntad. Resulta claro que conforme a tales criterios la administración contra la voluntad del paciente del anestésico, sedante o incluso relajante muscular al paciente terminal llevaría ineludiblemente a afirmar la relevancia típica (37). Considerando el carácter fundamental del derecho lesionado, no habría más remedio que acudir al subtipo agravado contenido en el artículo apartado segundo. Pese a todo, entendemos que la estructura del delito de coacción protege la libertad de actuación en toda la extensión que permita mantener todavía como característica típica el comportamiento violento, como desvalor de acción, no como consecuencia de la acción (38). Partiendo de pautas próximas, la doctrina viene discutiendo sobre las dificultades de aplicar tal figura a casos como el que nos ocupa, especialmente al paciente inconsciente, en la medida en que es cuestionable que pueda afirmarse la presencia de violencia, la cual constituye el núcleo del delito que hoy acoge el art. 172 del Código Penal. De ahí que, con razón, se venga propugnando por parte de algunos sectores doctrinales la creación de una figura de delito que abarque el tratamiento médico arbitrario, especialmente necesaria en las hipótesis en las que los pacientes bien se encuentran inconscientes, bien emiten un consentimiento viciado (39).

Rechazada la posibilidad de estimar coacción en la mayor parte de los supuestos imaginables, so pena de quebrantar el principio de legalidad, dudosa se presenta la idea de si el tratamiento médico en contra de la voluntad del paciente integraría un delito de lesiones, construcción frecuente en la doctrina alemana (40). Un análisis detallado resulta imposible en un estudio de dimensiones reducidas como éste. Por ello mismo, quizá tan sólo quepa subrayar nuevamente que una intelección del bien jurídico protegido en los delitos que hoy acogen los arts. 147 y ss. del Código Penal español como la aquí sostenida lleva necesariamente a la atipicidad de la conducta. Rechazado que el bienestar de la persona encuentre tutela por medio de los delitos de lesiones, y partiendo de que el objeto de protección lo constituye la salud en sentido restringido, entendida como ausencia de enfermedad o de alteración corporal anormal, no queda margen para captar los casos que nos ocupan (41).

Como alternativa con los instrumentos que proporciona el derecho vigente debe explorarse la posibilidad de aplicar los delitos contra la integridad moral, arts. 173 y ss. CP, mucho más si se tiene en cuenta su carácter de tipo de recogida (42). Esta última idea entendemos que resulta perfectamente viable, partiendo de los presupuestos anteriormente expuestos en torno a tales figuras de delito. Por una parte, la idea de que el paciente que sufre una intervención terapéutica no consentida es cosificado, sufre un ataque en su dignidad (43). Por otra, el criterio de que en esta clase de delitos la dignidad se constituye en el bien jurídico directamente protegido (44). No obstante, ni siquiera sería preciso partir de tal construcción dogmática para llegar a idénticas conclusiones (45).

#### **IV. TRATAMIENTO DE LAS HIPÓTESIS EN LAS QUE EL ENFERMO NO PUEDE MANIFESTAR SU VOLUNTAD**

Estamos ante un grupo de casos especialmente problemático y, además, frecuente, en la medida en que abarca las hipótesis de enfermos terminales, donde cabe la posibilidad de que el paciente no se encuentre en condiciones físicas o mentales de manifestar su criterio. Existen al respecto dos bloques de supuestos diferentes. Por una parte, el de los enfermos que han tenido ocasión de manifestar su criterio por medio del documento de instrucciones previas. Por otra, el caso en que tal documento bien no existe, bien el paciente no reúne las condiciones legales para otorgarlo, por su edad o situación mental.

##### **1. El documento de instrucciones previas**

La Ley 41/2002 ha regulado el citado documento en el art. 11.1. No constituye el objeto de nuestro trabajo examinar detalladamente tal precepto. Tan sólo procede subrayar que parece ser el instrumento legal articulado para hacer frente a situaciones como la descrita. Así, la Ley estatal indica, ciertamente de forma escueta, que por medio de ese documento los ciudadanos manifiestan 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 expresarse personalmente, «sobre los cuidados y el tratamiento de su salud» (46). Se trata de una fórmula amplia que permite inequívocamente contemplar los casos que nos ocupan, sobre todo, aquí sí, si se contempla la salud en los términos amplios en que es concebida por la OMS. En cualquier caso, es conocido cómo algunas Comunidades Autónomas se han encargado de regular la materia y han introducido precisiones que no dejan lugar a la duda, y conforme a las cuales uno de los potenciales contenidos del citado documento lo constituye las instrucciones sobre el camino a tomar en caso de que sean posibles cuidados paliativos orientados a evitar el sufrimiento, incluso aunque ello determine un acortamiento de la vida (47). No parece razonable sobre la base del principio de igualdad que en unas Comunidades Autónomas quepa tal posibilidad y no en otras, mucho menos cuando nos movemos dentro del perímetro del derecho a la vida que no puede tener un perfil diferente dependiendo de la vecindad civil de cada ciudadano. Por consiguiente, con independencia de lo que cada Comunidad disponga, entiendo que no cabe otra opción que aceptar que el citado documento es el cauce idóneo para manifestar el criterio personal sobre si se debe o no administrar a un paciente tratamientos paliativos en los últimos momentos de su vida (48); las competencias autonómicas se ciñen, entre otros aspectos, a regular, por ejemplo, los requisitos de forma.

La doctrina ha puesto de manifiesto que el documento de instrucciones previas debe ser interpretado como un medio cualificado para reconstruir la voluntad del paciente inconsciente. En otros términos no cabe interpretarlo como automáticamente vinculante, en la medida en que no pueden tener la misma fuerza que los actos de disposición actual de un paciente consciente. Ello se debe a que siempre puede suscitarse la duda en cuanto a si persiste la misma voluntad en el momento crítico; si la decisión se tomó en condiciones de perfecta lucidez; si la interpretación de la voluntad manifestada es la correcta, etc. (49). Aun estando de acuerdo con tal punto de vista, resultan ciertamente marginales las situaciones en las que cabe desatender la voluntad fehacientemente expresada en tal documento, mucho más en el caso que nos ocupa. Al respecto, debe tenerse en cuenta las cautelas y estrictos requisitos que han levantado las Comunidades Autónomas en torno a tales documentos que habitualmente entre las modalidades posibles aceptan la posibilidad de celebrarlo ante notario (50). Todo ello permite presumir la validez del mismo, salvo que concurran circunstancias muy excepcionales que permitan destruir tal presunción (51).

De lo expuesto se deduce que la desatención de las instrucciones puede ser sancionada jurídicamente, idea que refuerza el poder, en principio, vinculante de los documentos de instrucciones previas. Considerando el carácter privilegiado del citado documento para conocer la voluntad del paciente, entiendo que el tratamiento jurídico penal cursa paralelo a lo expuesto *supra*, cuando examinábamos las hipótesis de imposición no consentida de un tratamiento médico, aquí particularmente el tratamiento paliativo. Resumidamente, ello equivale a la posibilidad de apreciar un delito contra la integridad moral, si bien, como hemos destacado, algunos planteamientos, que no compartimos, califican los hechos bien como una coacción, bien como delito de lesiones (52).

## **2. Los supuestos de ausencia de voluntad fehacientemente acreditada o incompetencia para manifestarla**

### *A) Introducción: el artículo 9.3 de la Ley 41/2002*

El problema puede presentarse cuando tal documento no manifiesta nada en cuanto a la situación que nos ocupa o directamente no existen instrucciones previas. En tales casos se ha planteado la cuestión de la relevancia de la opinión familiar. El art. 9.3 de la Ley 41/2002 dispone que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: «a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». A su vez, las hipótesis en las que el paciente se encuentre incapacitado legalmente o sea menor de edad se regulan en los apartados b) y c).

No constituye el objeto de nuestra investigación determinar el alcance de este precepto que plantea múltiples problemas (53). Por ejemplo, el de la criticable ambigüedad de la norma que permite el recabar el consentimiento de personas vinculadas de hecho al paciente (¿cabría recabar la opinión del director de la residencia de ancianos en la que venía estando internado el enfermo?) (54). Tan sólo podemos detenernos en algunos aspectos muy concretos. No parece adecuado dejar sin más la decisión, y con ello la responsabilidad, en manos del médico (55) (salvo en los casos de urgencia, donde debe operar de acuerdo con los criterios de la *lex artis*, conforme a la cual, entendemos que salvo que conste fehacientemente el criterio opuesto, debe presumirse la voluntad del paciente contraria al padecimiento). De ahí que resulte acertado que la norma se manifieste en términos imperativos, esto es, que no se deje margen a la posibilidad de prescindir del consentimiento de «las personas vinculadas al paciente "por razones familiares o de hecho"». Desde nuestra perspectiva, los protocolos hospitalarios deberían instaurar cauces que permitan acreditar que la consulta efectivamente se ha realizado. Y ello no sólo porque si de forma injustificadamente arbitraria se prescinde de los trámites se puede incurrir en responsabilidad administrativa, sino para garantizar la seguridad jurídica del médico. En cualquier caso, la Ley va más allá de exigir que la consulta efectivamente tenga lugar; de los términos en los que está formulado el art. 9.3 de la Ley 41/2002, cabe inferir que su opinión es vinculante (56). Con independencia de ello, entendemos que el criterio familiar (o el de las personas vinculadas de hecho al enfermo) no puede identificarse plenamente con la voluntad del paciente. De ahí que en los casos en los que el médico actúe de forma contraria al criterio familiar surjan obstáculos añadidos a la potencial calificación jurídico penal de los hechos. Las posibilidades en abstracto son dos. Que el médico desoiga el criterio familiar y proceda al tratamiento con analgésicos y, en segundo lugar, que haciendo caso omiso a lo manifestado por las personas familiar o tácitamente vinculadas al paciente, no le proporcione el fármaco paliativo.

### *B) Tratamiento jurídico penal de las hipótesis en las que se desatiende el criterio de las personas familiar o fácticamente vinculadas al enfermo*

En el primero de los casos citados, se administra el anestésico en contra del criterio de las personas consultadas, se cierran las puertas a apreciar unas coacciones, en tanto en cuanto a las dificultades ya expuestas para aplicar esta figura de delito debe sumársele la consideración de que ni la capacidad de voluntad ni la libertad de actuación en modo alguno se ven afectadas (57). Por idénticas consideraciones a las efectuadas, fundamentalmente la ausencia de afección al bien jurídico protegido, no cabría apreciar un delito de lesiones (58). Por último, entendemos que difícilmente cabe apreciar un delito contra la integridad moral. Sin que estimemos necesario mayor precisión, no puede considerarse un trato inhumano o degradante evitar el sufrimiento de una persona que no ha manifestado su oposición a ello. Por consiguiente, tan sólo permanece la posibilidad de acudir al catálogo de infracciones administrativas previstas en la Ley General de Sanidad.

El segundo de los casos citados, se deja de tratar al paciente cuyos familiares reclaman una mitigación de su dolor, debe descartarse las lesiones por omisión por los motivos ya reiteradamente expuestos, esencialmente la ausencia de afección a la salud, en la medida en que se deja de tratar tan sólo un síntoma de ésta, el dolor, pero no la enfermedad misma (59). Algo más complejo resulta la determinación de si concurre o no el delito descrito en el art. 196 CP, más concretamente la modalidad comisiva consistente en la denegación de asistencia sanitaria. Partimos de los presupuestos, ya argumentados, de que, por una parte, el tratamiento paliativo debe interpretarse como auténtica asistencia sanitaria y, por otra, la denegación requiere la demanda previa de ayuda. ROMEO CASABONA estima, con mucha razón, que para la apreciación de tal figura no es preciso que sea el propio paciente el que demande la asistencia; puede ser un tercero el que lo haga (60). Desde nuestra perspectiva, debe considerarse que ese tercero no puede serlo cualquiera, sino alguien al que la Ley le otorgue tal posibilidad y, más concretamente, quienes son citados en el art. 9.3 de la Ley 41/2002. En cualquier caso, tales

consideraciones pueden resultar irrelevantes en la medida en que se acepte que la segunda modalidad típica del delito del art. 196 CP, el abandono de los servicios sanitarios, es susceptible de ser aplicada no sólo al profesional que físicamente se aleja del centro asistencial en el que desarrolla su trabajo, sino también a la omisión de la prestación sanitaria *no requerida* (61). Existen al respecto, al menos, dos argumentos. En primer lugar, desde el punto de vista político criminal carecería de sentido que se sancionase a quien, vulnerando sus deberes jurídicos, rechaza prestar la asistencia sanitaria requerida o hace dejación de su obligación de permanecer en el centro hospitalario y no se hiciese lo mismo con el profesional que, sin previo requerimiento de intervención, pero también obligado jurídicamente, se limita a omitir toda actuación. En segundo lugar, la idea de «abandonar» puede ser portadora de un significado equivalente tanto a una acción positiva como negativa, en este último caso equivalente a «desatender», «desasistir». Ello se vería confirmado si se tiene en cuenta que cuando el tipo habla de abandono del *servicio sanitario*, no sólo puede referirse al lugar en el que se realiza la prestación, sino que cabe entenderlo como la prestación misma (62). Pese a todo, nuevamente el mayor obstáculo que encontramos a la utilización del art. 196 CP reside en la dificultad de estimar que en el caso concreto se produce un riesgo grave para la salud de las personas (63).

El resto de posibilidades de tratamiento penal del profesional sanitario que, discrepando con su actuación del criterio familiar, deja de paliar el sufrimiento del paciente que no puede manifestar su voluntad, entiendo coincide con el grupo de casos que analizaremos a continuación.

*C) La ausencia de tratamiento paliativo a quien ni ha manifestado ni puede manifestar su aquiescencia y no se puede obtener el consentimiento por representación*

Ausente toda posibilidad de obtener el consentimiento de los parientes o personas vinculadas fácticamente en los términos expresados, bien por imposibilidad de encontrarlos o por imposibilidad de hacerlo a tiempo, estamos de acuerdo con la opinión que sostiene que la *lex artis* ha configurado un *standard* del que se desprende una voluntad presunta del paciente (64). Formulado al revés, no puede presumirse la voluntad de sufrimiento del paciente; con carácter general, en caso de duda, debe optarse por la solución que implique para éste un menor grado de padecimiento. Lo que no resultaría razonable sería tomar como guía un punto de vista diferenciado del que acreditadamente constituye el criterio social mayoritario (65).

Desde el punto de vista jurídico penal la abstención de proporcionar el cuidado paliativo en semejante situación se presenta como una situación límite. Rechazada la posibilidad de utilizar el art. 196 del Código Penal, tan sólo cabría considerar bien la omisión de socorro general acogida en el art. 195 CP, bien un delito contra la integridad moral.

En cuanto a lo primero, desde nuestra perspectiva, apenas existen obstáculos para tal calificación (66). La persona que se encuentra necesitada del cuidado paliativo en las hipótesis que nos ocupan puede ser calificada como una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave. Baste en este momento con considerar la tradicional definición que de persona desamparada se viene proporcionando y conforme a la cual es aquella que no puede ayudarse a sí misma y que, además, no cuenta con quien le preste la ayuda necesaria (67). Nadie más desamparado que el enfermo incapaz de manifestar su criterio en situaciones límite como la examinada. Por otra parte, cuando el Código Penal se refiere a un peligro manifiesto y grave no deben excluirse los supuestos en los que es la propia dignidad del sujeto pasivo la amenazada. Como hemos tenido ocasión de manifestar en otra ocasión, el catálogo de bienes jurídicos protegidos por el delito del art. 195 CP debe ampliarse para captar tales supuestos (68).

Aceptada la presencia de un delito de omisión de socorro, entiendo que éste desplaza a los delitos contra la integridad moral que en abstracto podrían venir en consideración, pero que poseen un carácter de tipo de recogida y un carácter mucho menos específico (69).

No obstante, la exposición efectuada pone de manifiesto que la complejidad del tema puede en ocasiones determinar la presencia de un error de tipo en el médico que de forma impropia, conforme a las pautas anteriores, seda o deja de hacerlo, anestesia o no, al enfermo terminal. Evidentemente las hipótesis son muy diversas en función de las circunstancias del caso concreto. La imposibilidad de abarcarlas todas nos exime de un examen detallado (70).

## **V. EL TRATAMIENTO POR MEDIO DE FÁRMACOS PALIATIVOS QUE PRODUCEN UN ACORTAMIENTO DEL PERÍODO NATURAL DE LA VIDA**

Las hipótesis de suministro a un paciente enfermo terminal o grave de un tratamiento paliativo que adelanta su muerte, de forma muy generalizada se vienen calificando como hipótesis de eutanasia activa indirecta impune (71), si bien los planteamientos que llevan a la conclusión pueden ser muy variados (72).

Desde nuestra perspectiva, se trata de casos en los que se trasciende la mera impunidad para incidir plenamente en el ámbito de un auténtico derecho que dimana de la propia Constitución en los términos que venimos refiriendo. Siendo configurado como un derecho, genera paralelamente un deber, el de suministrar el tratamiento, aun cuando adelante el momento de la muerte. El profesional médico que ejerce un deber constitucional difícilmente puede afirmarse que lleva a cabo un comportamiento penalmente relevante. De lo expuesto se deduce que, probablemente, una configuración jurídico penal aceptable de la eutanasia activa indirecta pase por entender la atipicidad de la conducta por no ser el resultado objetivamente imputable, en la medida en que la acción sedativa, aun siendo objetivamente peligrosa, no puede estimarse como jurídicamente desaprobada, por permanecer dentro de los márgenes del riesgo permitido (73).

El planteamiento desarrollado es susceptible de ser aplicado, en primer lugar, a las hipótesis que mayoritariamente se vienen estimando como despenalizadas por medio de la regulación que el Código Penal ha efectuado de algunos supuestos de eutanasia activa indirecta. Como pone de manifiesto TOMÁS-VALIENTE LANUZA, de la regulación del art. 143.4 CP tan sólo se puede deducir que las modalidades de eutanasia pasiva o indirecta que cumplan los requisitos de tal precepto (solicitud seria, expresa e inequívoca del enfermo terminal y grave; enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produzca padecimientos permanentes y difíciles de soportar) pueden interpretarse como despenalizadas (74). En cualquier caso, la ausencia de regulación no alteraría las conclusiones aquí desarrolladas, en cuanto han sido extraídas directamente del texto constitucional (75).

En segundo lugar, la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado afecta, asimismo, a los casos en los que el enfermo competente solicita el tratamiento en el documento de instrucciones previas. Entiendo que la impunidad se desprende ya de la regulación del art. 143.4 del Código Penal (76). No obstante, resulta intrascendente, en tanto en cuanto se sostenga que el médico cumple con un deber jurídico-constitucional al proporcionar la medicación precisa para ello y, en consecuencia, actúa dentro de los márgenes del riesgo permitido.

Mayores problemas se presentan cuando el paciente no puede manifestar su voluntad y no existe documento de instrucciones previas, en la medida en que los derechos tan sólo se pueden ejercer voluntariamente (salvo, obviamente, que presenten la doble naturaleza de derecho y deber). Sin embargo, en estos casos el planteamiento no debe diferir demasiado del anterior siempre y cuando no conste la expresa oposición del paciente a ser anestesiado. No puede configurarse más que conforme al ordenamiento jurídico el tratamiento paliativo en la medida en que se estime que la lucha contra el dolor es un valor positivo para el Derecho. Este último debe estimarse vigente por medio del consentimiento manifestado por los familiares o personas vinculadas *de facto* con el enfermo o bien mediante la presunción de su aquiescencia, en tanto no medien elementos que la deterioren.

La construcción aquí defendida estimo que resulta preferible desde un punto de vista sistemático al del amplio sector doctrinal que prefiere sostener la irrelevancia penal desde la perspectiva de la ausencia de dolo (77), en la medida en que el examen de la tipicidad objetiva debe anteponerse al de la subjetiva. Por otra parte, el recurso al criterio del riesgo permitido ofrece la ventaja de una mayor seguridad. En efecto, en la mayor parte de los supuestos que nos ocupan, al proporcionarse determinadas dosis paliativas del dolor, no se quiere causar la muerte del enfermo. Sin embargo, la exclusión del dolo por ausencia del elemento volitivo del mismo requiere partir de determinados postulados dogmáticos, concretamente la teoría de la voluntad, y desechar otros, como la teoría de la probabilidad o la de quienes vienen contentándose con el elemento cognoscitivo para afirmar la presencia de dolo (78).

Configurado el tratamiento paliativo del dolor como un deber médico, reverso de un derecho constitucional, se trata de establecer cuáles son los límites de tal deber, especialmente en los casos en los que el paciente se encuentra en el tramo último de su vida y la administración del fármaco puede determinar un adelantamiento de la muerte. El perfil de la eutanasia activa indirecta no resulta por completo nítido, siendo finísima la línea que la separa de la eutanasia directa punible (79). No podemos entrar en todos los detalles, por lo que nos limitaremos a tres aspectos centrales.

En primer lugar, la construcción anteriormente expuesta es válida tan sólo en la medida en que la técnica paliativa utilizada sea necesaria o, dicho con otras palabras, que no exista alternativa igualmente eficaz que no produzca el llamado doble efecto (80).

Por una parte, estimamos que la seguridad de que el desenlace fatal se va a producir como consecuencia de la administración de determinadas dosis del fármaco es incompatible con el riesgo permitido, en tanto en cuanto no se puede afirmar que exista ya *riesgo* alguno. En palabras de SCHÖCH, el médico debe administrar las dosis de medicamento paliativo o incrementarlas de forma tan cuidadosa que la exclusión del efecto secundario mortal aparezca como posible (81). Al respecto, no puede pasarse por alto cómo en la doctrina alemana se ha puesto de relieve que la terapia contra el dolor se encuentra científicamente

avanzada, de forma que sólo raramente se puede decir que el fármaco administrado conducirá con seguridad a la muerte del paciente (82).

Por otra parte, con carácter general, se puede sostener la impunidad en la medida en que la dosis de fármaco empleada no sea superior a la necesaria para paliar el dolor conforme a parámetros médicos objetivos, de acuerdo con el estado del concreto enfermo, y siempre que permitan mantener alguna posibilidad de supervivencia. Dosis superiores podrían determinar la presencia de un delito de homicidio-suicidio, homicidio imprudente, o, incluso, homicidio doloso (83). Simultáneamente, no me parece cuestionable que la completa seguridad de que el fatal desenlace se producirá determina la incompatibilidad de la medicación con la *lex artis*, por lo que podría venir, en su caso, en consideración el art. 11.3 de la Ley 41/2002, conforme al cual no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias a aquélla.

El planteamiento desarrollado permanece al margen de la polémica doctrinal sobre si la atipicidad requiere de dolo eventual o si, por el contrario, también el dolo de primero y segundo grados permiten la exclusión de la relevancia típica (84). Tales construcciones estimo están llamadas al fracaso, especialmente las que diferencian en el tratamiento de las hipótesis de dolo eventual de las de dolo de primero o segundo grado. Al respecto, merece la pena destacar dos consideraciones. En primer lugar, que todas las formas de dolo merecen igual reproche (85). En segundo lugar, no puede obviarse la consideración de que en la mayor parte de los casos de eutanasia activa directa punible el sujeto activo tampoco busca la muerte como objetivo primario, como puede ocurrir en un supuesto de homicidio por venganza, sino que aquélla es una consecuencia indisolublemente asociada al fin que se persigue, cual es poner fin a la situación de padecimiento de quien muere. Desde el punto de vista subjetivo, en nada se diferencia la eutanasia activa directa del caso que nos ocupa; las diferencias se encuentran en el ámbito objetivo, en los medios seleccionados (86).

No obstante, también es preciso subrayar las dificultades de prueba que acompañan a las hipótesis de sobredosis. Resulta central la verificación de múltiples extremos que trascienden nuestras posibilidades, donde habrá que considerar, por ejemplo, las dosis facilitadas a otros pacientes; la proporcionada al paciente en cuestión; siempre que aquélla haya sido prolongada en el tiempo, los potenciales incrementos en la misma, etc. La concreción depende de las circunstancias del caso de referencia, sin que quepa establecer criterios generales (87). Tratándose de una materia en la que la precisión matemática resulta imposible, deben permitirse unos márgenes razonables que cierren el paso al miedo médico al juez penal que tan nefastas consecuencias tiene (88). Como se ha puesto de manifiesto en la literatura científica alemana, la ausencia de claridad en torno a los extremos apuntados viene determinando que el tratamiento con morfina a los pacientes gravemente enfermos se emplee en escasas ocasiones, muy tarde en el tiempo o con dosis excesivamente bajas (89). Lo que tampoco cabe es estimar que nos encontramos en un campo donde todo se encuentra permitido y bajo el manto de la terapia contra el dolor encubrir toda suerte de muertes eutanásicas.

Sentados tales presupuestos, en aras de la seguridad jurídica, conviene reclamar que el Código Penal opte por una regulación que taxativamente deje clara la plena impunidad de los supuestos de eutanasia activa indirecta, idea que para la doctrina apenas presenta dificultad alguna más allá de discrepancias en el planteamiento concreto (90). Simultáneamente parece pertinente reclamar que, dados los riesgos ciertos de comportamientos abusivos, se regule cuidadosamente la documentación acreditativa de la terapia administrada (91).

(1) Sobre cuestiones terminológicas, *vid.*, por todos, el interesante estudio *La atención a los enfermos terminales. Una investigación multidisciplinar* (J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, SANTOS AMAYA; GARRIDO SANTOS, eds.), Valencia, 2000, especialmente págs. 206 y ss.

(2) *Vid.*, por muchos, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», *Poder Judicial*, núm. Especial, I, pág. 43; en sentido coincidente con él: C. M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, pág. 117.

La doctrina y la jurisprudencia en ocasiones ponen de manifiesto que la calidad de vida resulta un elemento configurador del derecho a la intimidad; sin embargo, los casos en los que tal declaración se produce acaecen muy alejados de los supuestos que nos ocupan aquí, lo que unido a las limitaciones de este trabajo nos exime de un estudio más detenido; al respecto, *vid.*, por ejemplo, A. H. CATALÁ I BAS, «La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad», *Revista General de Derecho*, 2000, págs. 9161 y ss.; ampliamente C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, págs. 159 y ss.

(3) De hecho, es habitual sostener la necesidad de interpretar los delitos contra la integridad moral creados por el Código Penal de 1995, en sintonía con el citado art. 15 de la Constitución (así, *vid.*, por ejemplo, B. DEL ROSAL BLASCO, *Compendio de Derecho penal español*, Madrid, 2000, pág. 161). Debe destacarse en tal línea que la doctrina española ante la creación de los delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995 ha venido sosteniendo que ésta se identifica, entre otros aspectos, con el derecho a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos; *vid.*, por ejemplo, en sentido próximo, E. PÉREZ ALONSO, «Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1999, pág. 164; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, 1998, pág. 86; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 50; tácitamente J. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, 2001, pág. 58.

Obviamente no puede irse más allá de lo que la ciencia posibilita. En el derecho anglosajón, y concretamente en el inglés, se indica que los cuidados paliativos incluyen los cuidados médicos «razonables» para el alivio del dolor, el sufrimiento o el malestar (*discomfort*), J. FINNIS, «Living will legislation», *Euthanasia, clinical practice and the law* (Luke Gormally ed.), London, 1994, pág. 175.

(4) En la medida en que se acepte que de los derechos fundamentales no derivan para el Estado exclusivamente obligaciones negativas, sino también positivas de actuar, por ejemplo, mediante actividades prestacionales.

(5) Resulta significativa al respecto la STEDH de 29 de abril de 2003, Secc. 2.ª, asunto *McGlinchey y otros contra el Reino Unido*; entre las alegaciones de las partes se afirma, por una parte, que a la víctima de nombre Judith McGlinchey, al cumplir pena por delito en un establecimiento penitenciario, no le dieron medicación para su síndrome de abstinencia de la heroína; por otra, que en una ocasión la prisión omitió deliberadamente ponerle una inyección como castigo por su conducta difícil. El Tribunal tácitamente entendió la posibilidad de que se hubiese vulnerado el derecho consagrado en el art. 3 del Convenio de Roma, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes; tan sólo se rechazó la alegación sobre la base de falta de pruebas.

(6) No así, en las autonómicas, donde es posible encontrar múltiples referencias, generalmente ceñidas a los tratamientos paliativos terminales. Así, el art. 6.6 b) de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, establece el derecho de los enfermos o usuarios del sistema público de salud de esa Comunidad autónoma a «recibir los tratamientos paliativos, en particular el del dolor, facilitándoselos en el entorno más adecuado»; en términos semejantes se pronuncia el art. 35 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria, o el art. 8 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León (*vid.*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2003, págs. 344 y ss., donde proporciona ulterior información conexa). Con independencia de lo establecido en las disposiciones citadas, entiendo que se trata de un derecho subjetivo de carácter fundamental que debe ser garantizado por los poderes públicos, independientemente de su reconocimiento en las normativas autonómicas e, incluso, en la nacional. Su contenido debe ser aceptado como algo más amplio que lo dispuesto en las normativas anteriores tan sólo para los últimos momentos de la vida. Tan sólo me parece que puede ser objeto de regulación aspectos tangenciales, como el lugar en el que se deben recibir, etc.

(7) Las conclusiones no variarían sustancialmente aun cuando se rechazara la configuración aquí efectuada y se sostuviese que la eliminación o disminución posible del dolor no constituye un derecho fundamental en la medida en que deriva del art. 43.1 de la Constitución, y no del art. 15, integrado dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución y al que se le aplica el art. 53.3 CE, lo que cierra el paso a la alegación ante la jurisdicción ordinaria, sino de acuerdo con las leyes que lo desarrollen. En este contexto no puede dejar de utilizarse la propia definición que de salud propuso la OMS en 1948 y conforme a la cual ésta consiste en el completo estado de bienestar físico, mental y social, no limitado a la ausencia de enfermedad o invalidez. En cualquier caso, en la situación jurídica actual, con independencia de determinadas cuestiones como, por ejemplo, la posibilidad de acudir en amparo al Tribunal Constitucional en caso de vulneración del derecho, el ordenamiento jurídico ha configurado un auténtico derecho subjetivo.

(8) Las variables resultan imposibles de abarcar; por ejemplo, el profesional cree erróneamente que la situación es irreversible; en cuanto a esta última situación, en la doctrina alemana, *vid.* D. KIENAPFEL «Die Hilfeleistungspflicht des Arztes nach deutschen und österreichischen Strafrecht», *Festschrift für Bockelmann*, München, 1979, pág. 598.

(9) E. GIMBERNAT ORDEIG, «El problema jurídico de la muerte y el dolor», *El Mundo*, 19 de abril de 2005, pág. 4; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Títulos I a VI (J. L. Díez Ripollés; L. Gracia Martín, coords.), 1997, art. 143, 108.

(10) No entramos en este momento en la polémica en torno a si se trata de un bien jurídico único o si, por el contrario, requiere ser diferenciado de la integridad corporal. Al respecto, por todos, *vid.* F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 1996, pág. 97. Como bien jurídico único desde los años sesenta ya no se sostiene, I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, 1982, pág. 15; en general, *vid.* J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *El delito de lesiones*, 1997, pág. 18: defiende el doble concepto, pág. 25, rechazando las críticas, págs. 26 y ss. En la jurisprudencia no es frecuente el análisis de la problemática apuntada en el texto y que, como veremos, resulta trascendente, limitándose a afirmar la mayor parte de las veces que el bien jurídico viene constituido por la salud física y mental y la integridad corporal (*vid.*, por todas, STS de 26 de abril de 2002), e, incluso, en ocasiones se habla de la autodeterminación de las personas (ATS 30 de marzo de 2001).

(11) J. BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 1991, pág. 56. Del mismo modo, en ocasiones, se sustituye el concepto de salud por el de incolumidad y se entiende que su protección implica la captación de cualquier comportamiento que intencionadamente «cause» un sufrimiento, así, *vid.* J. M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones: análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989*, Barcelona, 1990, págs. 34 y ss. y *passim*; *vid.* la crítica que efectúa coincidente con la aquí defendida J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones* (n. 10), pág. 29, sobre la base de la imprecisión de tal concepto. El Tribunal Supremo ha utilizado el concepto de bienestar en el contexto de las lesiones de forma tan sólo esporádica; así, *vid.* STS 1678/2002 de 27 de octubre; refiriéndose a la deformidad, causada por una conducta típica: STS 408/2004, de 24 de marzo; en relación con las hipótesis de maltrato de obra, *vid.* SSTS de 3 de abril de 2000; 17 de febrero de 2003, Sala de lo militar.

En el otro extremo, los clásicos definían la salud como hábito o estado corporal que nos permite seguir viviendo: Santo Tomás DE AQUINO, *Summa Theologica*, I-II ae, q. 50, a. 1, c.

(12) Así *vid.* críticamente J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones* (n. 10), pág. 24.

(13) En sentido próximo, *vid.* J. J. GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, (M. Cobo del Rosal, dir.), 1996, pág. 140; C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, 1998, pág. 429. La inclusión del elemento valorativo «anormal» resulta necesaria si se quiere impedir que hechos como los que se relatan a continuación sean punibles: cortes de pelo, etc., donde, sin lugar a dudas, hay una «alteración corporal».

(14) Téngase en cuenta que nos movemos en el ámbito de la tipicidad objetiva del comportamiento que, como es evidente, no prejuzga la posibilidad de que exista, por ejemplo, un error de tipo que excluya el carácter doloso de la acción (u omisión).

(15) Lo que con ciertos matices parece ser doctrina dominante; *vid.* S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pág. 89; F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II (M. Bajo Fernández, dir.), Madrid, 1998, pág. 179; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 1997, pág. 305; M. C. GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico*, 2003, pág. 605; P. FARALDO CABANA, «La omisión del profesional sanitario», *Responsabilidad penal del profesional sanitario*, 2002, pág. 145. Resulta significativa la STS de 16 de febrero de 1996, en relación con el delito de denegación de auxilio del anterior código, según la cual no podían incluirse situaciones en las que se tuviese conocimiento indirecto de la situación de peligro sin requerimiento expreso del particular. Otro criterio puede verse en R. ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia* (I. Serrano Butragueño, coord.), Granada, 1998, pág. 1094, interpretando que es suficiente con una noticia que lleve implícita una demanda de ayuda; G. PORTILLA CONTRERAS, *Curso de Derecho penal español. Parte especial* (M. Cobo del Rosal, dir.), Madrid, 1996, pág. 389; J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La omisión de socorro del profesional sanitario», *AP*, 41, 1997, pág. 925.

(16) En el sentido del texto: M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios*, Valladolid, 1999, págs. 60 y ss.; J. GARCÍA SANZ, «Responsabilidad penal por denegación de asistencia

sanitaria», AP, 2001, pág. 674; M. C. GÓMEZ RIVERO, *Responsabilidad penal del médico* (n. 15), pág. 608; M. R. MORENO-TORRES, *El delito de omisión del deber de socorro del profesional de la sanidad, pro manuscrito*, Granada, 2001, págs. 81 y ss.; en contra, C. ROMEO CASABONA, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, II, Tirant lo Blanch, art. 196, 9 36; P. FARALDO CABANA, «La omisión del profesional sanitario» (n. 15), pág. 145.

(17) Nuevamente se podría realizar un excursus. La Ley exige que para que la acción de denegar asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios sea típica de las mismas «se derive riesgo grave para la salud de las personas». Sin embargo, la denegación implica en el fondo un comportamiento omisivo, la inejecución de una determinada acción. Si se estima que de una omisión nada puede surgir, *ex nihilo, nihil*, difícilmente se puede conectar, de acuerdo con los parámetros de la teoría de la causalidad, el peligro para la salud de las personas con la conducta del profesional sanitario. Probablemente, tal consideración apoye la idea de que estamos ante una condición objetiva de punibilidad y no ante el resultado del delito. Sobre esta cuestión *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal...* (n. 16), pág. 60 y ss.; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos...* (n. 15), pág. 308; S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades...* (n. 15), pág. 67.

(18) *Vid.* lo indicado *supra* 2.1. en relación con el bien jurídico protegido en los delitos de lesiones; *vid.* otro criterio distinto al expresado en el texto en W. GALLAS, *Niederschriften. Besonderer Teil*, Band 9, Bonn, 1959, pág. 376; K. ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, pág. 165, donde entiende que el comportamiento es punible en el marco del art. 323 c StGB que acoge un delito próximo a nuestra omisión de socorro.

(19) Ampliamente sobre esta cuestión *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal, dir.), Madrid, 1999, art. 196, págs. 35 y ss.

(20) Entiendo que en sentido próximo, aunque en otro contexto, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos de lesiones* (n. 10), pág. 30; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), 30; J. BARQUÍN, *Delitos contra la integridad moral* (n. 3), pág. 94. Ya nos manifestábamos afirmativamente en M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal...* (n. 16), pág. 41, n. 83.

(21) En cuanto a la escala, tortura, trato inhumano y trato degradante, en la que no podemos entrar, *vid.*, por todos, N. J. DE LA MATA BARRANCO, A. I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral», *Revista Penal*, 2005, 15, págs. 19 y ss.

(22) La lista de problemas que plantean es amplísima: la deficiente técnica legislativa de introducir una referencia al bien jurídico en la estructura típica, la ambigüedad de la redacción que impide de antemano saber qué comportamientos abarca, la dualidad entre el art. 173.1 y 175: el primero consiste en infligir un trato degradante, menoscabando la integridad moral; el segundo tan sólo en menoscabar la integridad moral, etc. Por todos, *vid.* J. BARQUÍN, *Delitos contra la integridad moral* (n. 3), especialmente págs. 59 y ss.

(23) Expresamente F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, pág. 186; críticamente J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), 30.

(24) En sentido coincidente: J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), 22; J. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral* (n. 3), págs. 89 y ss. Otra idea en N. J. DE LA MATA BARRANCO; Ana I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante...» (n. 21), págs. 33-35; J. M. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 2004, art. 173, pág. 908, quien subraya la imposibilidad de aceptar la comisión por omisión, como consecuencia de la utilización del verbo típico «infligir». La cuestión resulta discutible, considerando las dificultades dogmáticas a las que se enfrenta la construcción de los delitos de comisión por omisión. La discusión requeriría desarrollar una problemática aquí inabordable: función de los tipos, los límites del lenguaje, etc., lo cual no puede ser abordado aquí (por todos, *vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, especialmente, págs. 357 y ss.). Sin embargo, puede ponerse de manifiesto la criticable dualidad de regulaciones establecidas en los arts. 173 y 175, de forma que, mientras en el primero de los preceptos citados se habla de infligir un trato degradante que menoscabe la integridad moral, en el segundo, caracterizado por que el sujeto activo es un funcionario público, tan sólo se contiene una referencia al menoscabo de la integridad moral. Esta última expresión, como manifestamos en el texto, resulta tan amplia que apenas se puede estimar incompatible con la comisión por omisión (*vid.*, al respecto, la ya citada STEDH de 29 de abril de 2003, Sección 2.<sup>a</sup>, asunto *McGlinchey y otros contra el Reino Unido*). La aceptación de la tesis de Tamarit conllevaría la necesidad de concluir que los comportamientos que nos ocupan llevados a cabo en la sanidad pública son punibles, mientras que en la privada no. Salvando las distancias, en Alemania se ha aceptado la posibilidad de llevar a cabo por omisión el § 225 StGB, referido a determinadas hipótesis de

tortura o trato cruel, en el garante que deja de llamar al médico pese a los largos y persistentes dolores derivados de una lesión: al respecto, *vid.* H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52.ª ed., München, 2004, § 225, 8; K. LACKNER, K. KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.ª ed., München, 2004, § 225, 4, destacan que no es descartable la omisión; W. STREE, SCHÖNKE-SCHRÖEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2001, § 225, 11; H. PAEFFGEGEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, § 225, especialmente 18, donde ponen de manifiesto que se trata de una opinión mayoritaria. Del mismo modo, en Portugal, en relación con el art. 243 del Código Penal de aquel país, que tipifica la tortura y los tratos crueles degradantes e inhumanos, se admite la comisión por omisión: *vid.* M. J. ANTUNES, *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte especial T. II* (J. Figueiredo Dias, dir.), Coimbra 1999, art. 243, § 11.

(25) Aceptan expresamente la posibilidad de comisión por omisión, además de los ya citados *supra*, B. DEL ROSAL BLASCO; *Compendio...* (n. 3), pág. 1234; M. J. RODRÍGUEZ MESA, «El delito de tratos degradantes cometido por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos», *Revista del Poder Judicial*, 2001, núm. 62, pág. 104; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, T. II, 1997, pág. 2118.

(26) J. C. CARBONELL MATEU; J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia, 1996, pág. 894; en esta misma línea, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, «Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor», *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, *passim*, donde desarrolla el punto de vista expuesto; en sentido próximo, M. GARCÍA ARÁN, «La protección penal de la integridad moral», *Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, 2002, págs. 1251 y ss., precisando, atinadamente, que estamos ante el derecho a no ser tratado como una cosa, a no quedar reducido a la realidad física, rompiendo la inescindibilidad entre lo físico y lo moral; E. PÉREZ ALONSO, «Los nuevos delitos contra la integridad moral» (n. 3), pág. 155.

(27) En cuanto a ambos conceptos, *vid.* las referencias que proporciona M. ALONSO ÁLAMO, «Aproximación al bien jurídico protegido...» (n. 27), pág. 917.

(28) *Id.*, M. ALONSO ÁLAMO, págs. 914 y 917; J. M. TAMARIT SUMALLA, *Comentarios...* (n. 24), pág. 907; *vid.* sin embargo, otro criterio, entre otros, en J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), pág. 23; N. J. DE LA MATA BARRANCO, ANA I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante...» (n. 21), pág. 26, quienes definen de forma autónoma la integridad moral; *vid.* los matices que introduce J. BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral* (n. 3), págs. 52 y ss. Por motivos obvios no entramos en el desarrollo de esa idea, como tampoco en la delimitación del concepto legal de integridad moral, que probablemente no sea del todo afortunado; al respecto, *vid.* M. ALONSO ÁLAMO, pág. 915, n. 20; en otro sentido, *vid.* J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), pág. 48-9, donde critica la identificación entre ambos conceptos.

(29) De hecho, un sector de la doctrina viene afirmando que la integridad moral se identifica con el derecho a no padecer sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos vejatorios; *vid.*, por ejemplo, en sentido próximo, E. PÉREZ ALONSO, «Los nuevos delitos contra la integridad moral...» (n. 3), pág. 164; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados...» (n. 3), pág. 86; J. MUÑOZ SÁNCHEZ, *Comentarios...* (n. 3), pág. 50. Entendemos que la perspectiva aquí descrita resulta difícilmente conciliable con las construcciones dogmáticas que ciñen el bien jurídico protegido bien a una restricción de la voluntad del sujeto pasivo, bien que centran aquél en el sentimiento de humillación o envilecimiento [*vid.* N. J. DE LA MATA BARRANCO; ANA I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante...» (n. 21), págs. 27-28]. Lo primero, en cuanto el enfermo incompetente o el inconsciente y que no ha manifestado voluntad alguna no sería una víctima idónea de los comportamientos que analizamos; lo segundo por idénticas razones, unidas al hecho de que ese sentimiento puede estar ausente y, sin embargo, objetivamente producirse la situación degradante.

(30) En la doctrina vienen siendo frecuente exigir para apreciar el delito una relación de dominio entre el sujeto activo y el pasivo, la cual, se afirma, está presente, por ejemplo, en el ámbito sanitario: *vid.* N. J. DE LA MATA BARRANCO, A. I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante...» (n. 21), pág. 32; J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Torturas y otros atentados contra la integridad moral» (n. 3), pág. 78.

(31) La jurisprudencia del TEDH viene requiriendo un mínimo de gravedad en la conducta que resulta difícil de cuantificar; *vid.*, por todos, la ya citada STEDH de 29 de abril de 2003, Secc. 2.ª, asunto *McGlinchey y otros contra el Reino Unido*, donde se proporciona ulteriores referencias jurisprudenciales; sobre el particular en la doctrina, *vid.* N. J. DE LA MATA BARRANCO, A. I. PÉREZ MACHÍO, «El concepto de trato degradante...» (n. 21), pág. 30-31.

(32) Supuestos extremos se registran en la jurisprudencia anglosajona, concretamente en la inglesa: como consecuencia de un incorrecto cálculo de la dosis de anestésico, el paciente despierta durante la intervención quirúrgica, y percibe el dolor procedente de la misma, pero le resulta imposible comunicarlo debido a la administración de relajantes musculares; *vid.* M. A. JONES, *Medical negligence*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 1996, 4-081.

(33) En sentido próximo, *vid.* C. ROXIN, «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe», *Medizin-Strafrecht im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 2. Auf. (C. Roxin, U. Schroth, Hrsg.), 2001, pág. 95; H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH zur sog. indirekten Sterbe Hilfe», *NZSt* 9-1997, pág. 409.

(34) C. ROXIN, «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe» (n. 33), pág. 94; resulta significativo el estudio proporcionado en *La atención a los enfermos terminales* (n. 1), pág. 117, donde se proporcionan datos de casos, ciertamente residuales, de negativas al tratamiento.

(35) C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), particularmente en pág. 340, quien cita la STC 120/1990, FJ 8; haciendo referencia al derecho de la persona a controlar las invasiones sobre su cuerpo que procedan del exterior y poniendo de manifiesto que se trata de la doctrina dominante en Alemania; en términos próximos, *vid.* C. M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética...* (n. 2), pág. 115. Desde la perspectiva del proceso penal, *vid.* el análisis que efectúa M. J. MAGALDI PATERNOSTRO, «Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la Constitución española», *Manuales de Formación Continuada 2000*, 12, especialmente págs. 114 y ss.

(36) E. GIMBERNAT ORDEIG, «El problema jurídico de la muerte y el dolor» (n. 9), pág. 5.

(37) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 1995, pág. 286. Favorables a sancionar como delito de coacciones con un perfil u otro, en la doctrina, entre otros, J. J. GONZÁLEZ RUS, *Curso...* (n. 13), pág. 158-9; C. M. ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal. La actividad curativa*, Barcelona, 1981, págs. 289-90; A. ASÚA BATARRITA, N. J. DE LA MATA BARRANCO, «El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado», *LA LEY* 1990-3, especialmente págs. 865 y ss.; J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 1978, pág. 218, M. L. LUISA MAQUEDA ABREU, *Los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Granada, 1988, pág. 43; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), págs. 500 y ss.

(38) *Vid.* A. TORÍO LÓPEZ, «La estructura típica del delito de coacción», *ADCP* 1977, especialmente pág. 24.

(39) Favorable se muestran, entre otros, C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), pág. 504; M. C. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico* (n. 15), págs. 129 y ss.; A. JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, 1990, pág. 82. La discusión, obviamente, también se ha planteado en Alemania, donde alguno de los proyectos de reforma del StGB acogen expresamente los supuestos de cuyo tratamiento nos ocupamos; al respecto, *vid.*, con consideraciones críticas, M.-K. MEYER, «Reform der Heilbehandlung ohne Ende. Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996», *GA*, 1998, 9, págs. 415 y ss. y especialmente, págs. 421 y ss.; *vid.*, asimismo, el opúsculo de F.-C. SCHRÖEDER, *Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige Heilbehandlung*, Passau, 1998, donde se repasa la historia legislativa alemana en la materia y se realiza un comentario de la propuesta.

(40) *Vid.*, por todos, C. ROXIN, «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe» (n. 33), pág. 95, aplicando el § 223 StGB.; aun con ciertas reservas *vid.* en España J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002), en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», *Diario LA LEY*, núm. 5840, 2003, pág. 5.

(41) *Vid. supra* 2.1 un mínimo examen del bien jurídico salud del que parte este estudio.

(42) Es significativo, cómo en el Código Penal anterior se predicaba idéntica condición de tipo de recogida del delito de coacción, el cual entiendo que en la regulación vigente mantiene tal carácter, mientras que los delitos contra la integridad moral lo harían en un segundo grado.

(43) C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), pág. 341; J. M. TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989, pág. 379.

(44) *Vid. supra* 2.3.

(45) El planteamiento entiendo que es claro si se parte de las tesis de quienes vienen sosteniendo que el núcleo de los delitos contra la integridad moral lo constituyen precisamente los supuestos de actuaciones contrarias a la voluntad del individuo: *vid.*, especialmente, M. M. DÍAZ PITA, «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos contra la integridad moral», *Estudios Penales y Criminológicos*, 1997, pág. 58; E. PÉREZ ALONSO, «Los nuevos delitos...» (n. 3), pág. 147.

(46) Durante la tramitación parlamentaria, sin embargo, se rechazó la enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario mixto, conforme a la cual se pretendió incluir el siguiente texto: «En la declaración de voluntades anticipadas, se podrán incluir instrucciones para que, en el supuesto de situaciones clínicas críticas e irrecuperables, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se avance en el proceso mortal, no prolongándose artificialmente la vida ni se prolongue abusiva e irracionalmente el proceso de muerte» (*vid. BOCG*, Congreso de los diputados, Serie B, núm. 134-14, de 27 de septiembre de 2001, págs. 41-2).

(47) Destacamos el art. 35 de la Ley 8/2003, de 8 de abril de Castilla y León; o el art. 9.1.II de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo. Con independencia de ello, algún significativo autor pone de manifiesto cómo es ése uno de los contenidos característicos del citado documento: J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos de instrucciones previas...» (n. 41), pág. 5; A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario...* (n. 6), pág. 343.

(48) Resulta significativo cómo en la mayor parte de los estados de los Estados Unidos de Norteamérica la normativa excluye la posibilidad de que en los documentos de instrucciones previas, *living will*, se rechace tanto los cuidados orientados a proporcionar bienestar al paciente como los destinados a aliviar el dolor. Pese a ello, la tendencia jurisprudencial viene siendo la de estimar que tales exclusiones, entre otras, como la de la posibilidad de rechazar la alimentación o hidratación, son institucionales [*vid.*, por ejemplo, J. FINNIS, «Living will legislation», *Euthanasia, clinical practice and the law* (Luke Gormally ed.), London, 1994, pág. 175, donde proporciona referencias jurisprudenciales]; en Inglaterra, la Victorian Medical Treatment Act de 1988, tampoco proporcionaba el derecho a renunciar a los cuidados paliativos (*ibid.*, pág. 175)

(49) *Vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos...» (n. 41), pág. 6; sobre el estado de la cuestión en Alemania, *vid.* C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), pág. 521, n. 401.

(50) Sobre tales requisitos *vid.* A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario...* (n. 6), págs. 354 y ss.

(51) Cuestión diferente es la posibilidad establecida en el art. 11.1 de la Ley 41/2002 de que en el mismo el otorgante designe «un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». De la figura del representante se ha dicho que no se trata de expresar la voluntad del paciente, sino de contribuir a aclararla (*id.* A. DOMÍNGUEZ LUELMO, pág. 358).

(52) En este último sentido *vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos...» (n. 41), pág. 5.

(53) Entre otros, se viene destacando del mismo que no se puede interpretar la referencia a una persona no capaz en sentido técnico, sino vulgar; puede ser aplicable a pacientes mayores de edad, con plena capacidad de obrar, pero que circunstancialmente no pueden adoptar una decisión atinente a su salud [*vid.*, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario...* (n. 6), págs. 306-7].

(54) Asimismo se puede hacer referencia al caso en el que se produzcan discrepancias entre los diversos familiares. Algunas Comunidades Autónomas han procedido a concretar la legislación estatal. Así, el art. 6.1 a), párrafo segundo de la Ley Gallega reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (redacción dada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo) dispone que «En caso de familiares se dará preferencia al cónyuge o, en su caso, a quien tenga la condición legal de pareja de hecho. En su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los que ejerzan de cuidadores o, a falta de éstos, a los de mayor edad». Asimismo, la Ley 1/2003 de 28 de enero, de Valencia, establece que «tendrá preferencia el cónyuge no separado legalmente; en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de más edad. Si el paciente hubiera designado a previamente una persona a efectos de consentimiento informado, corresponderá a ella la preferencia». Algunos de estos criterios parecen aceptables, como, por ejemplo, la preferencia del cónyuge. Sin embargo, tampoco este último está exento de problemas. Así, cabe citar las hipótesis de separación de hecho o jurídica del cónyuge. Otros resultan complicados de aceptar sin más, entre otros, la primacía de la decisión del de más edad, por ejemplo, contra el parecer absolutamente dominante del resto de familiares. Por otra parte,

algún autor ha criticado que el recurso al criterio de los familiares puede ser escasamente respetuoso con la efectiva voluntad del paciente [M. C. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico* (n. 15), pág. 184]; con carácter general, sobre esta cuestión, *vid.* A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario...* (n. 6), págs. 308 y ss.

(55) Otro criterio, aparentemente, en J. J. QUERALT JIMÉNEZ, «La eutanasia: perspectivas actuales y de futuro», *ADPCP* 1988, págs. 128-9. En la doctrina penal se ha subrayado la importancia de los comités éticos en tales casos (M. CORCOY BIDASOLO, «Libertad de terapia *versus* consentimiento», *Bioética, Derecho y Sociedad*, 1998, pág. 131). De hecho, se trata de funciones que vienen normativamente asumiendo tales comités (*vid.*, por ejemplo, art. 7 del Decreto 108/2002, de 12 de septiembre, en el ámbito sanitario de Castilla y León, el cual regula las funciones de los Comités de Ética Asistencial). Por último, ante casos especialmente conflictivos GÓMEZ RIVERO requiere acudir a la autoridad judicial [M. C. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico* (n. 15), pág. 184].

(56) No obstante, la doctrina viene subrayando la importancia de que en casos especialmente graves sean consultados los Comités de Ética: M. CORCOY BIDASOLO, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamento. Libro homenaje Al Profesor Doctor Ángel Torío López*, Granada, 1999, págs. 282 y ss.

(57) Quizá quepa imaginar casos en los que se recurre a la violencia para imponer de forma contraria al criterio familiar un tratamiento al enfermo incompetente, en los que se puede considerar, en función de las circunstancias, la aplicación del art. 172.

(58) *Vid. supra* 2.1 y 3.

(59) *Vid. supra* 2.1.

(60) C. M. ROMEO CASABONA, *Comentarios...* (n. 16), 30; J. GARCÍA SANZ, «Responsabilidad penal...» (n. 16), pág. 681.

(61) En cuanto a esto último, en sentido próximo, C. ROMEO CASABONA, *Comentarios...* (n. 16), 30; *vid.* P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos...* (n. 15), pág. 305, para quien abandona los servicios sanitarios el que deja a una persona desamparada o cesa en la continuación de la asistencia. Otro criterio sostiene F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Compendio...* (n. 15), pág. 179. En general, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *Responsabilidad penal...* (n. 16), págs. 37 y ss.

(62) Sobre estas cuestiones *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *La responsabilidad penal...* (n. 16), págs. 43 y ss.

(63) No estimamos necesario reiterar argumentos, por lo que nos remitimos a lo expuesto *supra* 2.2.

(64) J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos...» (n. 41), pág. 5.

(65) Algunas legislaciones han consagrado en la misma ley tal criterio; así, *vid.* el art. 6.5 de la Ley danesa sobre el ejercicio de la profesión médica y el reconocimiento del testamento de vida, cit. por G. CIMBALO, «Eutanasia, cure paliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Danimarca, Olanda e Belgio», *Foro Italiano*, 2003, 3, pág. 35.

(66) Ya nos pronunciábamos en el mismo sentido en M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro*, Valencia, 2003, págs. 52 y ss. En Alemania, coinciden con el planteamiento, si bien sin precisar en qué hipótesis en concreto, *vid.* G. ARZT; U. WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Delikte gegen die Person*, Bielefeld, 1987, E. 389, donde estiman suficiente para apreciar el delito que el omitente hubiese podido conseguir una reducción del dolor, del sufrimiento o padecimiento de la víctima, aun cuando no se hubiese logrado evitar un fatal desenlace para su vida o salud; P. CRAMER, *Schönke-SCHRÖEDER Strafgesetzbuch* (n. 24), § 323 c), 14, en sentido próximo; V. KREY, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 1 Band, 11 Auf., 1998, 808; G. STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, 5te Auf., Bern, 1995, § 4, 54, en relación con el art. 128 StGB suizo.

(67) Con carácter general, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro* (n. 67), especialmente págs. 115 y ss.

(68) *Id.*, págs. 52 y ss.

(69) La idea de quienes vienen sosteniendo que el núcleo de los delitos contra la integridad moral se encuentra constituido por los supuestos de actuaciones contrarias a la voluntad del individuo, dificulta enormemente apreciar un comportamiento delictivo; lo mismo debe decirse de quienes hacen gravitar el trato degradante en torno al sentimiento de envilecimiento o humillación de la víctima que, frecuentemente, por su estado, no tiene tal capacidad o, si la tiene, muchas se presentan insuperables problemas de prueba.

(70) Algún caso puede verse en D. KIENAPFEL, «Die Hilfeleistungspflicht des Arztes...» (n. 8), pág. 598.

(71) Desde el punto de vista de la moral católica la situación no reviste problemática desde el discurso del Papa Pío XII al Congreso Internacional de Neurofarmacología el 9 de septiembre de 1958; *vid.*, sobre el particular, *vid.* A. FERNÁNDEZ: *Teología moral*, II, 2.ª ed., Burgos, 1996, pág. 856.

Merece la pena hacer referencia aquí al paralelismo que se puede presentar con las hipótesis de «falsas creencias» que motivan al paciente a negarse a consentir una determinada terapia; se trata de un grupo de casos estudiados escasamente en la doctrina penal española, habitualmente al hilo de supuestos en los que se trata de salvar la vida al paciente; sobre el particular, *vid.* C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), págs. 78 y ss., con abundantísimas referencias bibliográficas.

(72)  *Vid.* J. J. GONZÁLEZ RUS, *Curso...* (n. 13), pág. 97; J. CARBONELL MATEU, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, págs. 762-3; M. GARCÍA ARÁN, «Eutanasia y disponibilidad de la propia vida», *Delitos contra la vida y la integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pág. 30; C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo CP (artículo 143)*, Valencia, 2000, pág. 108; J. BARQUÍN SANZ, «La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro», *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, 2001, págs. 181 y ss.; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios...* (n. 9), 469. Del mismo modo, en Alemania es doctrina pacífica, si bien se discute en cuanto al fundamento, alcance y forma de dolo requerido: al respecto, *vid.* C. ROXIN, «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe» (n. 33), págs. 98-9.

Se ha subrayado cómo la administración de morfina no necesariamente produce un acortamiento de la vida, sino que, en la medida en que elimina el dolor, la alarga (*vid.*, las referencias de N. GARCÍA RIVAS, «Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía o interés del paciente», *Revista Penal* 11, 2003, pág. 24, n. 49).

Aun cuando la variedad terminológica en este campo es inabordable, la expuesta en el texto estimo que resulta la más habitual; en cualquier caso, destacamos la notable distinción que J. L. DÍEZ RIPOLLÉS ha efectuado entre eutanasia cuantitativa y cualitativa, terminal y paliativa, *Comentarios...* (n. 9), artículo 143, 90. Los casos aquí objeto de análisis son transversales, en la medida en que se ubicarían dentro de las categorías de eutanasia cuantitativa, terminal y paliativa.

(73) El recurso a la teoría de la imputación objetiva no es, en absoluto, nuevo en este particular campo; con frecuencia se sostiene que debe excluirse la tipicidad en la medida en que la eutanasia indirecta no incide en el ámbito de protección de la norma, *v.g.*, del § 211 StGB: al respecto, *vid.*, por ejemplo, H. TRÖNDLE, «Sterbehilfe als rechtliches Problem», *ZStW*, 1987, pág. 30; *vid.* el panorama expuesto por U. BARONIN VON DELLINGSHAUSEN, *Sterbehilfe und Grenzen der Lebenserhaltung des Arztes*, Dusseldorf, 1991, págs. 141 ss.; sin embargo, ROXIN la considera una construcción demasiado vaga; «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe» (n. 33), pág. 97; su crítica no me parece extrapolable al planteamiento del texto, no sólo porque no me refiero al fin de protección de la norma, sino porque prescindo de la frecuente referencia doctrinal en esta materia a la adecuación social. En España: *vid.*, por ejemplo, A. TORÍO LÓPEZ, «¿Tipificación penal de la eutanasia en el Código Penal? Indicaciones provisionales», *Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, Granada, 1987, pág. 232, para rechazar la existencia de un delito de homicidio imprudente; J. M. VALLE MUÑIZ, «Relevancia jurídico penal de la eutanasia», *CPC* núm. 37, 1989, pág. 183; M. GARCÍA ARÁN, «Eutanasia y disponibilidad de la propia vida» (n. 72), págs. 29 y 31, aceptando la tesis anterior; J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos de instrucciones previas...» (n. 41), pág. 4, siempre que la realice un médico en el marco de la *lex artis*; J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal* (n. 9), art. 143, 103, entiendo que en relación con pacientes agónicos. Partimos, con la que estimamos doctrina mayoritaria que el riesgo permitido es un criterio de imputación objetiva de forma que presente el mismo se excluye aquélla. En este sentido *vid.* A. TORÍO LÓPEZ, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pág. 398; en Alemania, entre otros, *vid.* F. SCHAFFSTEIN, «Die Risikohöherung als objektives Zurechnungprinzip im Strafrecht», *Festschrift für M. Honig*, Göttingen, 1970, págs. 169 y ss.; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.*, § 11, 55 y ss. Es conocido cómo este planteamiento ha sido discutido por J. M. PAREDES CASTAÑÓN, para el que se trata de una causa de justificación que, por lo tanto, excluye el carácter antijurídico de la acción, y que debe ser reconducida al ejercicio legítimo de un derecho, *El riesgo permitido*, Madrid, 1995, págs. 49 y

ss., donde se trata el problema ampliamente y se pueden ver planteamientos alternativos; en una línea semejante D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1996, págs. 643 y ss. El enfoque tiene que ser necesariamente otro si se sigue estos criterios. De acuerdo con TORÍO LÓPEZ, entendemos que en estas hipótesis de riesgo permitido, afirmado el plano lógico formal y el teleológico, queda únicamente por decidir si el acontecimiento se halla comprendido en el ámbito de prohibición de la norma; no es discutible que la acción peligrosa, transitivamente, se ha materializado en el resultado típico. Existe, pues, la conexión de riesgo que no fundamenta, sin embargo, la imputación objetiva. En el riesgo permitido nos hallamos en definitiva ante una cuestión de naturaleza puramente normativa, a decidir mediante valoración: A. TORÍO LÓPEZ, «Fin de protección...», *cit.*, págs. 398-9.

(74) C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), pág. 472.

(75) Probablemente quepa incluir aquí los supuestos más significativos. Cita SILVA SÁNCHEZ los casos que se contienen en el Documento sobre situaciones al final de la vida de 3 de mayo de 1999, producto de un grupo de trabajo creado por el CGPJ y el Ministerio de Sanidad y Consumo y que se refiere a situaciones límite como enfermedad avanzada, enfermedad terminal, agonía, minusvalía grave crónica y estado vegetativo persistente [J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos...» (n. 41), pág. 4 y n. 24, donde manifiesta sus reservas en torno a los casos, por ejemplo, de minusvalía grave crónica]; sobre el concepto de enfermo terminal, *vid. La atención a los enfermos terminales* (n. 1), especialmente pág. 115.

(76) Otro criterio, por ejemplo, en J. M. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 1996, pág. 709; en cuanto siempre puede caber la duda de que dicha voluntad persista, con lo que es dudoso que se pueda afirmar que la petición era inequívoca.

(77) *Vid.* A. TORÍO LÓPEZ, «Instigación y auxilio al suicidio y el homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos», *Estudios Penales y Criminológicos* 1979-80, págs. 191-2, quien afirma, asimismo, que tampoco existe homicidio culposo por no sobrepasar el riesgo permitido; en sentido coincidente: C. M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética...* (n. 2), pág. 429. En Inglaterra es, asimismo, una construcción frecuente; allí la llamada doctrina del doble efecto implica que no se puede afirmar la presencia de la necesaria *mens rea*; *vid.* Suzanne OST, «Euthanasia and the defence of necessity: advocating a more appropriate legal response», *Criminal Law Review*, 2005, pág. 356; I. KUGLER, «Conditional oblique intent», *Criminal Law Review*, 2004, pág. 278. En Alemania, es el criterio mayoritario, por todos, H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), pág. 410; sin embargo H.-L. SCHREIBER sostiene que mayoritariamente se prefiere el estado de necesidad justificante («Das Recht auf eigenen Tod... -zur gesetzlichen neuen Regelung der Sterbehilfe», *NZSt* 1986, pág. 340); en cuanto a este último punto de vista, en España, *vid.*, por ejemplo, E. GIMBERNAT ORDEIG, «Eutanasia y Derecho penal», *Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, 1987, págs. 108 y ss.; N. GARCÍA RIVAS, «Despenalización de la eutanasia...» (n. 72), pág. 25; en Inglaterra, *vid.* la ya citada obra de Suzanne OST, «Euthanasia and the defence of necessity...», especialmente págs. 362 y ss.; en general, un resumen de diversas posiciones puede encontrarse en J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político criminales», *Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, 1987, págs. 288-9.

(78) Subraya la inseguridad del criterio subjetivo: Suzanne OST, «Euthanasia and the defence of necessity...» (n. 77), *passim*, especialmente pág. 357-8; en pág. 359 pone de relieve las dificultades probatorias en cuanto a la intención real del médico.

(79) *Vid.* H. SCHREIBER, «Das Recht auf eigenen Tod... » (n. 78), pág. 340.

(80) Es lo que, en ocasiones, se denomina principio de subsidiariedad, *vid.*, por ejemplo, K.-L. KUNZ, «Sterbehilfe: der rechtlichen Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit», *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stephan Trechsel*, 2002, pág. 619.

(81) H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), pág. 412; en términos muy próximos, *vid.* alguna resolución inglesa: Suzanne OST, «Euthanasia and the defence of necessity...» (n. 77), pág. 356.

(82) H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), págs. 410-11.

(83) Interpreto en igual sentido a SILVA SÁNCHEZ cuando afirma que el suministro de analgésicos sólo puede considerarse constitutiva de riesgo permitido cuando la realiza un médico en el marco de la *lex artis*: J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Los documentos...» (n. 41), pág. 4.

(84) El primero es el criterio mayoritario: H. TRÖNDLE, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Aufl., München, 2004, § 211, 15; K. KUTZER, «Strafrechtliche Grenzen der Sterbehilfe», *NZSt* 1994, pág. 115; en cuanto al segundo *vid.* C. ROXIN, «Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe» (n. 33), págs. 98-9.

(85) M. del Mar DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, págs. 42 y ss.

(86) Entiendo que esta opinión coincide de quienes sostienen que en la eutanasia indirecta concurre un dolo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias: así, *vid.* N. GARCÍA RIVAS, «Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea... » (n. 72), pág. 23; salvando las diferencias dogmáticas, se trata de un punto de vista muy generalizado, por ejemplo, en Inglaterra: Suzanne OST, «Euthanasia and the defence of necessity...», pág. 356-7, con referencias a la discusión en tal ordenamiento jurídico.

(87) Sobre las dificultades existentes, especialmente en el ámbito de causalidad, *vid.*, por muchos, U. BARONIN VON DELLINGSHAUSEN, *Sterbehilfe und Grenzen...* (n. 73), pág. 114; más recientemente, con referencia al tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia del BGH: H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), pág. 410.

(88) *Vid.* H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), pág. 410.

(89) *Vid.* H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH... » (n. 33), pág. 409. La situación en España no es muy diferente en la medida en que siga ocupando el puesto treinta en el ranking mundial de consumo de morfina por habitante (*La atención a los enfermos terminales. Una investigación multidisciplinar* (n. 1), pág. 144).

(90) C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...* (n. 2), págs. 467 y ss., quien, con toda la razón, critica la técnica legislativa empleada.

(91) H. SCHÖCH, «Die erste Entscheidung des BGH...» (n. 33), pág. 409.