

ELECCIÓN DE LA PROPIA MUERTE Y DERECHO: HACIA EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A MORIR.

María Moreno Antón
Prof. Titular U. Autónoma de Madrid

SUMARIO.- 1. Introducción. - 2. Por qué el derecho a morir. - 3. Quid del derecho a morir. - 4. Su posible configuración legal. - 4.1. Concepto y contenido. - 4.2. Naturaleza jurídica. - 4.3. Titularidad. - 4.4. condiciones de ejercicio. - 4.4.1. Objetivas: enfermedad terminal o situación vital insoportable. - 4.4.2. Subjetivas: Autonomía de la voluntad y libertad de decisión. - 4.5. Procedimiento. *Reseña Bibliográfica.*

1- INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas pretenden hacer partícipes a los lectores de las reflexiones que nos han suscitado varios acontecimientos jurídicos muy cercanos en el tiempo y ligados sustancialmente entre sí: la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en Febrero de 2002 de analizar el fondo de la demanda sobre el derecho a morir dignamente presentada por los herederos de José Luis Sampedro, fallecido hace 7 años¹; la sentencia del TEDH de 29 de Abril de 2002 que deniega la petición de la ciudadana inglesa Diane Pretty de obtener impunidad para su marido por asistirle activamente en la muerte; la entrada en vigor el 4 de Abril de 2002 de la ley holandesa sobre la eutanasia; la ley belga de 28 de mayo de 2002 que también despenaliza la eutanasia y reconoce el derecho a elegir la muerte en supuestos de sufrimiento intolerable; la ley española 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente; o la noticia recientemente aparecida en los medios de comunicación del ciudadano británico Reginald Crew que ha realizado su último viaje a Zurich (Suiza) para hacer lo que no está permitido en su país: ingerir un coctel de medicinas que

le permitan morir en el menor tiempo y con el menor dolor posibles².

Son muchos los que opinan que ayudar a morir en algunos casos es una acción humanitaria fruto de la sensatez; y también son muchos otros los que piensan lo contrario: que dicha ayuda es un homicidio que el Derecho debe castigar. Entre estos dos ejes se mueve toda la polémica en torno a una vieja cuestión, la eutanasia, que está latente en la sociedad occidental desde hace muchos años³, y que resurge con fuerza en algunos momentos como consecuencia de factores variados.

Sin embargo, no es nuestra intención abordar de manera exhaustiva esta compleja cuestión que, por lo demás, ha sido objeto de tan profusa literatura en los planos jurídico, ético y filosófico, que hace prácticamente imposible manejarla toda⁴.

¹ En Junio de 1993, José Luis Sampedro, aquejado desde hacía 25 años de una tetraplejía que provocaba una inmovilización absoluta y permanente de todo su cuerpo excepto de la cabeza, solicitó a los tribunales españoles autorización para que su médico de cabecera le ayudara a morir dignamente. El caso llegó ante el TC que inadmitió el recurso de amparo mediante Auto de 18 de Julio de 1994. Las diferentes resoluciones judiciales sobre este caso pueden consultarse en MARCOS DEL CANO, A. M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico, Madrid 1999, Apéndice X, pp. 295 y ss.

² Crónica del Diario El Mundo de 26 de enero de 2003.

³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Libertad de amar y derecho a morir, 6^o ed., Buenos Aires 1946, pp. 415 y ss.

⁴ En 1993 la citada demanda de J.L. Sampedro de ser ayudado a morir ocasionó un amplio debate en la opinión pública española. En abril de 2002 la inglesa Diane Pretty, aquejada de una enfermedad incurable, degenerativa y muy dolorosa, a la que el TEDH no permitió la asistencia activa de su marido para ayudarle morir, reabrió otra vez el debate en torno a la eutanasia y el derecho a una muerte digna.

⁵ Son ejemplos de las distintas vertientes en que la eutanasia ha sido abordada: AA.VV. Morir con dignidad: dilemas éticos en el final de la vida, Madrid 1996; ANSUÁTEGUI ROIG F.J. (Coord), Problemas de la eutanasia, Madrid 1999; CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid 1994; DWORKIN, R., El dominio de la vida, Una discusión a cerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona 1994; GAFO,

Lo que pretendemos es cambiar la perspectiva, porque la eutanasia, entendida como la ayuda a morir o la buena muerte que un tercero produce a un enfermo incurable o agonizante⁶, y todo el pensamiento filosófico-jurídico que se ha originado en torno a ella han dejado al enfermo, al agonizante o al que sufre como sujeto pasivo de todo el problema y ha puesto el acento en la posición del médico, o en los familiares del enfermo, o en el Estado paternalista, defensor a ultranza de la vida.

Creemos que debe invertirse la situación para convertir al enfermo o doliente en el centro y eje de todo lo relacionado con su muerte. Y ello supone dejar de hablar de la eutanasia para empezar⁷ a plantear la posibilidad legal del derecho a la muerte⁸. Nuestro punto de partida va a ser pues la posible admisión jurídica del derecho de la persona a elegir su muerte y bajo qué circunstancias debe admitirse, lo que va más allá de la simple admisión o no de la eutanasia, o de la legítima o ilegítima despenalización de algunos supuestos eutanásicos.

Desde esta perspectiva, nos proponemos demostrar que el Ordenamiento jurídico español puede y debe reconocer y regular el derecho a morir como un derecho

subjetivo y de configuración legal, es decir sometido a condiciones de ejercicio y a límites, y comportando, como tal derecho, las correspondientes obligaciones o deberes jurídicos por parte de los demás.

2- POR QUÉ EL DERECHO A MORIR

En la mayor parte de los estudios que abordan el alivio del sufrimiento y la ayuda a morir se emplea el término **eutanasia**, pero estamos ante un concepto polisémico, que se utiliza con significados muy diversos, y en el que están interesadas disciplinas dispares como la Ética, el Derecho, la Filosofía o la Medicina, lo que dificulta la comprensión y el tratamiento del instituto y acaba generando confusión.

En principio puede decirse que la eutanasia es la intervención voluntaria encaminada a inducir la muerte de un sujeto que está próximo a morir para poner fin a sus sufrimientos. Lo característico de la eutanasia es, por una parte la proximidad de la muerte⁹, y por otra su finalidad altruista, de tal manera que el acto se llama eutanásico cuando el móvil que lo anima es el beneficio de la persona que sufre¹⁰. Cuando hoy se habla de eutanasia se piensa sobre todo en la muerte como un bien, como liberación de un sufrimiento intolerable o de una

J., La eutanasia. El derecho a una muerte humana, Madrid 1989; JAKOBS, G., Suicidio, eutanasia y Derecho Penal, Trad. F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999; JIMÉNEZ DE ASÚA, J., Libertad de amar y derecho a morir, 6ª ed. Buenos Aires 1946; KÜNG, H. y JENS, W., Morir con dignidad, Trad. J.L. Barbero, Madrid 1997; MARCOS DEL CANO A. Mª, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico, Madrid 1999; MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, Madrid 2002; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho, Sevilla 1999; TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Barcelona 1999; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., -La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, Madrid 1999; -La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143), Valencia 2000.

⁶ la palabra eutanasia significa etimológicamente "buena muerte" y deriva de los vocablos griegos eu =bueno/bien y thanatos =muerte. G. HIGUERA la define como ayudar a morir a una persona completamente desahuciada o víctima de una enfermedad irreversible (Muerte y sociología, La eutanasia y el derecho a morir con dignidad, Madrid 1984, p. 113).

⁷ Nuestro planteamiento es inverso al de autores como MARCOS DEL CANO quien considera preferible hablar de eutanasia y prescindir de la expresión "derecho a morir" porque la misma presupone la legitimidad jurídica de la eutanasia, lo que no está aún resuelto (Cfr. La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico,..... p. 42).

⁸ El 17 de Diciembre de 2002 el Pleno del Congreso de los Diputados rechazaba la Proposición de LO de los Grupos parlamentarios de Izquierda Unida y Mixto sobre despenalización de la eutanasia, que proponían la modificación del art. 143 4º del CP en el sentido de no considerar punible la producción o cooperación activa de la muerte de otro por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, cuando se dieran determinadas circunstancias (BOCG de 27 de Diciembre de 2002).

⁹ El vocablo eutanasia se puede aplicar a realidades, no sólo diferentes, sino opuestas entre sí, como dar muerte al recién nacido deficiente que se presume va a tener una vida disminuida; o ayudar al suicidio de una persona; o eliminar al anciano que se cree que no va a tener una vida digna; o abstenerse de persistir en tratamientos dolorosos o inútiles.... (Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho....., p. 25).

¹⁰ Dice CASADO GONZÁLEZ que muchos de los debates de índole moral y jurídica que existen hoy sobre el derecho a morir están motivados por la propia comprensión del término eutanasia y que en este terreno es esencial la precisión terminológica porque, dependiendo de qué se considere como eutanasia, se estará en disposición de aceptarla o no (Cfr. La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos....., p.14).

¹¹ CABELLO MOHEDANO, A./GARCÍA GIL, J.M./VIQUEIRA TURNEZ, A., Entre los límites personales y penales de la eutanasia, Cadiz 1990, p.41.). Algunos autores restringen el concepto en función del sujeto que provoca la muerte y hablan de eutanasia sólo si el que interviene es el médico (Vid. GAFO, J., La eutanasia. El derecho a una muerte....., p.54).

¹² Según CALSAMIGLIA, el problema no es el dolor, sino la enfermedad terminal porque la eutanasia sin la proximidad de la muerte, no es eutanasia. El dolor es un aspecto, pero no constituye el problema principal (Sobre la eutanasia, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 14, 1993, p. 356).

¹³ Cfr. GASCÓN ABELLAN, M., Problemas de la eutanasia, Sistema nº 106, Enero 1992, pp. 84-85. Vid. también RUÍZ MIGUEL, A., La eutanasia: algunas complicaciones, Boletín de la Institución Libre de Enseñanza, nº 17, Agosto 1993, pp. 46-47.

vida que ya no es digna de ser vivida dadas las condiciones del doliente.

Pero, aun centrando la eutanasia en supuestos de enfermedades incurables y sufrimientos insoportables, pueden darse diversas situaciones que generan otras tantas clasificaciones, algunas de las cuales ni siquiera encajan en el concepto de eutanasia del que se ha partido.

Así, atendiendo a la finalidad perseguida por el acto eutanásico, se habla de eutanasia **eugenésica** (muerte dada a los deformes o tarados con el fin de mejorar la raza), **económica** (muerte a individuos no útiles a la sociedad con el fin de disminuir costes económicos sanitarios y asistenciales), **criminal** (muerte sin dolor a sujetos socialmente peligrosos), o **experimental** (muerte sin dolor a determinados sujetos con fines experimentales que contribuyan al progreso científico)¹⁴. Todos estos supuestos persiguen un fin distinto al del alivio del sufrimiento del que lo padece, que es consustancial a la eutanasia por lo que deben extraerse del contexto eutanásico y reconducirse al ámbito penal común. Como señala TOLEDANO, resulta una ironía que en determinados momentos se haya pretendido integrar dentro del ámbito de la eutanasia estas modalidades que no dejan de ser simples homicidios o asesinatos, que estaban al servicio de intereses ajenos a la vida y dignidad personales¹⁵.

Atendiendo a la intención que persigue el tercero, se habla de eutanasia **directa o indirecta**. La primera se da cuando la intención que preside la acción es anticipar la muerte del enfermo. La segunda se produce cuando la intención que guía la acción es aliviar su dolor¹⁶, pero la consecuencia de ello es que se acorta su vida¹⁷. En la eutanasia directa existe el propósito de causar la muerte del paciente, administrándole por ejemplo, una sobredosis de morfina; en cambio, en la indirecta, la intención principal es el alivio del dolor, aun sabiendo que la consecuencia secundaria de ello es la anticipación de la muerte.

Si se pone el acento en la relevancia del consentimiento del enfermo en el acto eutanásico, es decir en su

autonomía y libertad de decisión a cerca de su muerte, se habla de eutanasia **voluntaria y no voluntaria**¹⁸. La eutanasia es voluntaria cuando el paciente consiente en su realización; y es no voluntaria cuando se realiza sin contar con la voluntad del enfermo (involuntaria) o en contra de su voluntad (no querida o indeseada). Algunos subdividen la eutanasia voluntaria en pedida o simplemente aceptada según la rotundidad con la que se manifieste el consentimiento del doliente¹⁹.

Según la modalidad de intervención del sujeto que provoca la muerte, se habla de eutanasia **activa o pasiva**. En la eutanasia activa se provoca la muerte por medio de una acción adecuada a tal fin. En la pasiva hay una omisión de una actuación necesaria para alargar la vida del enfermo. Puede consistir en la no iniciación de un tratamiento o en suspender un tratamiento ya iniciado²⁰. Algunos identifican la eutanasia pasiva con la **ortotanasia**²¹, termino que designa la muerte justa, a su tiempo, en su momento²², sin prolongaciones de la vida ni retrasos de la muerte²³, y que, a su vez, se distingue de la **distanasia**, que sería lo contrario de la eutanasia, es decir, la prolongación inútil de la vida que agoniza, la pretensión de alejar todo lo posible el momento de la muerte, utilizando todos los medios técnicos al alcance aunque no exista esperanza de curación²³.

¹⁸ Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *Problemas de la eutanasia*.....p.83. También SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*.....p. 32.

¹⁹ Cfr. RUÍZ MIGUEL, A., *La eutanasia: algunas complicaciones*...p. 47.

²⁰ Vid. ROMEO CASABONA, C. M^a, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987 (publicado en 1989), p. 193.

²¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987, p. 283.

²² Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*...., p. 45 Según este autor, el término ortotanasia (del griego orthos= recto y thanatos= muerte) es acuñado por la ética católica para indicar precisamente la buena muerte, frente a la eutanasia que ha pasado a ser una forma de homicidio consentido, y su fundamento está en la idea de que cada hombre tiene su hora de morir que no debe ser acortada ni con violencia eutanásica ni tampoco debe ser prolongada artificialmente con medios extraordinarios o desproporcionados que conduzcan a la distanasia (Ibidem).

²³ Así concebida, la distanasia equivale a **encarnizamiento o ensañamiento terapéutico**, es decir a la reiteración de tratamientos que son inútiles desde el punto de vista terapéutico y que prolongan artificialmente la vida de un enfermo terminal (Vid. MARCOS DEL CANO, A. M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*...., p. 42-43).

¹⁴ Cfr. MARCOS DEL CANO, A M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*...., pp. 48-51. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J.M. *La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia*, Cuadernos Jurídicos, n^o 25, Diciembre 1994, p.12.

¹⁵ Cfr. *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*...., p. 100

¹⁶ Cfr. PORRAS DEL CORRAL, M., *Eutanasia: un debate abierto*, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, p. 164.

¹⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Eutanasia y Derecho Penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 12, 1987 (publicado en 1989), p. 108.

Los tipos de eutanasia que acabamos de describir se entrecruzan, dando lugar a una multiplicación de situaciones que originan a su vez subtipos de eutanasia. Así, puede hablarse de eutanasia activa directa voluntaria y eutanasia activa indirecta voluntaria; o de eutanasia no voluntaria activa directa y eutanasia no voluntaria activa indirecta; y lo mismo si se parte de la eutanasia pasiva²⁴. En el fondo de todas estas distinciones está la intención de justificar o condenar, tanto jurídica como éticamente, los diferentes supuestos que pueden darse en la realidad de las cosas. Desde una perspectiva jurídico-penal, se entiende que no puede ser merecedora del mismo trato la eutanasia activa que la pasiva²⁵; o la eutanasia activa directa que la indirecta; y tampoco deben ser tratadas de la misma manera la eutanasia voluntaria que la no voluntaria²⁶. En el ámbito jurídico-positivo, la interpretación del art. 143 4º del CP²⁷ conduce a afirmar que son típicas las modalidades eutanásicas directas y activas, y en cambio son impunes²⁸ los comportamientos eutanásicos indirectos y omisivos. La eutanasia activa indirecta, es decir la administración de medicamentos para aliviar el dolor aunque acorten la vida, es una conducta respetuosa con la *lex artis* médica²⁹. La eutanasia pasiva voluntaria se considera una manifestación del ejercicio del derecho a elegir el tratamiento médico³⁰ o se encuadra en el ámbito del derecho a la integridad física y moral del art. 15

de la CE³¹ y por tanto al margen del ámbito penal. Se defiende también la atipicidad de la eutanasia pasiva involuntaria, bien por reconducirse al ámbito de la *lex artis* médica³², o por entenderse que el comportamiento distanásico es contrario al art. 15 de la CE cuando prohíbe los tratos inhumanos o degradantes³³, o bien por dar prevalencia al derecho a morir con dignidad, aunque no haya una voluntad expresa en tal sentido³⁴.

Por otra parte, en los comportamientos activos y directos, se considera absolutamente relevante el consentimiento del enfermo, de tal modo que si la eutanasia no es consentida, se reconduce al comportamiento homicida³⁵, aunque la presencia de móviles humanitarios, piadosos o altruistas en la ejecución del hecho podría dar lugar a una disminución de la culpabilidad³⁶; mientras que las discrepancias doctrinales se producen respecto de la eutanasia consentida, propugnándose desde su punibilidad en todo caso³⁷ hasta su atipicidad de *lege ferenda* por formar parte del derecho a morir dignamente o del derecho a disponer de la vida o del derecho a la libertad personal y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes³⁸. En esta

²⁴ Vid. JUANATEY DORADO, C., Derecho, suicidio y eutanasia....., pp. 378-379

²⁵ Incluso dentro de la eutanasia pasiva, la doctrina penal diferencia la realizada mediante una acción (desconectar el respirador artificial) y la producida mediante una omisión (no dar la medicina, no iniciar el tratamiento). Sobre esta cuestión puede consultarse: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., pp.110-124.

²⁶ Un resumen de las diferentes posiciones penales puede verse en TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad de la propia vida....., pp. 105-116 y 215 y ss.

²⁷ El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

²⁸ Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 107

²⁹ Además, el art. 143 4º exige en el tipo objetivo que la cooperación en la muerte sea a través de actos necesarios y directos (Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., Art. 143, Comentarios al Nuevo Código Penal (director G. Quintero Olivares), Madrid 1996, p. 705).

³⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., La libertad ideológica en el Derecho Penal, Barcelona 1989, pp. 428-429.

³¹ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 36 y ss.

³² La eutanasia pasiva es también un acto médico, previamente a ser una cuestión jurídico-penal....El profesional está obligado a proceder conforme a la *lex artis*. Es ésta la que determina hasta dónde se prolonga el deber de actuar o proseguir el tratamiento (TORIO LÓPEZ, A., ¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?. Indicaciones provisionales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prf. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987, publicado en 1989, p. 232).

³³ Señala VALLE MUÑIZ que los avances de la medicina y la técnica permiten la prolongación artificial de la vida hasta límites inverosímiles y por el hecho de que el enfermo no pueda manifestar su voluntad no significa que sea legítimo el uso de prácticas distanásicas o de encarnizamiento terapéutico que serían contrarias a la prohibición constitucional de someter a un individuo a tratos inhumanos o degradantes (Cfr. , Art. 143....p. 707).

³⁴ Vid. TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad....., pp. 214-215.

³⁵ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia....., p. 13. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición....., p.289

³⁶ Cfr. TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad....., p. 212.

³⁷ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español... p. 203

³⁸ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Valencia 1996, p. 63 y ss. GIMBERNAT ORDEIG E., Eutanasia y Derecho penal....., p. 109. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, "Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida" y "Propuesta alternativa al trata-

línea van las recientes iniciativas parlamentarias del Grupo Mixto e Izquierda Unida (rechazadas por el pleno del Congreso en Diciembre de 2002) que propugnan dar nueva redacción al art. 143 4º del CP, excluyendo la tipicidad de la eutanasia activa directa voluntaria en caso de enfermedad terminal y de enfermedad crónica dolorosa y difícilmente soportable³⁹.

Si en el plano jurídico las distintas clases de eutanasia determinan un trato jurídico distinto, en el plano ético-filosófico se duda de la validez de tales distinciones. En primer lugar, se dice que si la vida es el bien deseable, entonces no debería permitirse ningún tipo de eutanasia por lo que sobran las distinciones⁴⁰. En segundo lugar, se cuestiona la distinción entre eutanasia activa y pasiva, bien porque no se considera la más conveniente para abordar la problemática de la eutanasia, al dar la impresión de que la eutanasia pasiva se admite siempre⁴¹; o bien porque se entiende que moralmente no hay diferencia relevante entre matar por acción o por omisión, entre matar y dejar morir, de modo que tal distinción procede de prejuicios infundados que deben revisarse⁴². En consecuencia, se califica de auténtica hipocresía la admisión jurídica de la eutanasia pasiva y la prohibición de la activa cuando la intención y el resultado son los mismos:

Puede ser que la retirada de un aparato deba equipararse moral o jurídicamente a la suspensión de un tratamiento de administración de fármacos, pero no por eso la eventual producción de la muerte deja de ser resultado de una acción en el primer caso y de una omisión en el segundo. Claro que reconocer esa diferencia compromete a justificar convincentemente por qué es distinta la acción de retirar el aparato de la acción de su-

miento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Valencia 1996, pp. 599 y ss.

³⁹ *Proposición de LO de modificación del Código Penal presentada por el Grupo Mixto* (BOCG nº 146-1 de 25 de Mayo de 2002) y *Proposición de LO de despenalización de la eutanasia del Grupo parlamentario de Izquierda Unida* (BOCG nº 254-1 de 14 de Junio de 2002). Con posterioridad, el Grupo Mixto ha vuelto a plantear la despenalización de la eutanasia por medio de una *Proposición de LO sobre disponibilidad de la propia vida que también ha sido rechazada por el pleno del Congreso de los Diputados* (BOCG nº 276-1 de 4 de Octubre de 2002).

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*..., p. 40. Vid. también, citando a P. Singer, FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y eutanasia*, Problemas de la eutanasia, Barcelona 1999, p. 35.

⁴¹ Vid. GAFO, J., *Eutanasia y derecho a morir en paz*, La eutanasia y el derecho a morir con dignidad, Madrid 1984, pp. 126-127.

⁴² Cfr. RUÍZ MIGUEL, A., *La eutanasia: algunas complicaciones*..., p. 51. En el mismo sentido, CALSAMIGLIA, A., *Sobre la eutanasia*...p. 338.

*ministrar una droga letal de efecto lento si en ambos casos se sabe y se acepta que con ello se producirá inevitablemente (o probablemente) la muerte.*⁴³

En este camino, insignes penalistas han puesto de relieve que el tema de la eutanasia está impregnado de valoraciones jurídico-penales que conducen a una excesiva criminalización, debido a que *el análisis de la eutanasia está condicionado por las características que resultan relevantes para decidir sobre la responsabilidad jurídico-penal de la persona que incide sobre la situación conflictiva intentando, correcta o incorrectamente, resolverla*⁴⁴.

En realidad, la mayor parte de los tipos de eutanasia que aquí se han manejado se centran en el sujeto que realiza el acto eutanásico, de tal manera que la distinción eutanasia activa/pasiva describe a la vertiente objetiva de la conducta del tercero, y la clasificación directa/indirecta alude a la vertiente subjetiva de la conducta del interviniente⁴⁵. Por otra parte, el consentimiento del sujeto pasivo del supuesto eutanásico, del enfermo o moribundo, sólo se tiene en cuenta para agravar o atenuar penalmente la actuación del tercero.

Creemos que este punto de partida es equivocado y que debe cambiar de dirección para centrarse en la persona que sufre o que está enferma, que no debe ser el sujeto pasivo o el objeto del tema de la eutanasia, sino que debe ser el eje y el centro del debate. El protagonismo debe pasar a ser del doliente, de su situación, de su libertad, de su autonomía para decidir todo lo relacionado con su entorno y con lo que en ese momento atañe a su vida que,

⁴³ RUÍZ MIGUEL, A., *La eutanasia: algunas complicaciones*..., p. 53. El autor concluye que si los supuestos son sustantivamente equivalentes, no tiene justificación ética distinguir en el plano jurídico la ilicitud de la eutanasia en general y la licitud de algunas modalidades como la pasiva o la indirecta (Cfr. p. 55).

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Eutanasia y Derecho*, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada (Valencia 1996), p. 514. El mismo trabajo puede consultarse en el Anuario de Filosofía del Derecho (nueva época), XII, 1995, pp. 83-114. El autor propone primero sacar del Derecho Penal la definición de eutanasia en aras de la claridad y neutralidad conceptuales; y después una nueva clasificación de los supuestos eutanásicos en función de la situación clínica del enfermo y de la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte. En base a ello distingue: la eutanasia terminal, la eutanasia paliativa y la eutanasia cualitativa: en la primera se engloban los casos en los que la medicina sólo puede limitarse a retrasar el momento de la muerte (enfermo terminal, estado vegetativo persistente); en la eutanasia paliativa, el empleo de analgésicos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos anticipa el momento de la muerte (supuestos anteriores y personas incapacitadas de forma generalizada por afección incurable y permanente); en la eutanasia cualitativa los sufrimientos se eliminan provocando directamente la muerte (engloba todos los supuestos clínicos precedentes) (Cfr. pp. 517-518).

⁴⁵ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Eutanasia y Derecho*...pp. 513-514.

precisamente, es su muerte. Porque *quizás sería conveniente empezar a olvidar el “termino “eutanasia” para decidirse a abordar los problemas que la muerte plantea en la actualidad dirigiéndose directamente a la propia cuestión de la muerte, sin dejar que ésta se esconda detrás de una complicada discusión acerca de la eutanasia*⁴⁶.

Por eso, un sistema jurídico moderno y avanzado que tiene detrás un entramado social en el que priman los avances tecnológicos debe afrontar con valentía el tema de la muerte y empezar a plantearse la posibilidad de reconocer, en el plano jurídico-positivo, el derecho del moribundo o del que sufre a decidir sobre su muerte, es decir el **derecho a morir**, en lugar de utilizar la técnica del parcheo consistente en ir dando soluciones parciales a casos puntuales que son cada vez más numerosos y prolijos. El reconocimiento de este derecho conllevaría el establecimiento de su régimen jurídico, es decir, una ley en la que se plasmaran sus contornos, las condiciones para ejercerlo, sus límites y las garantías y cautelas necesarias para que la disposición del mismo correspondiera a su titular y no a terceros. Ahora bien, ¿puede el Ordenamiento Jurídico dar carta de naturaleza a tal derecho?. Veamos su posible fundamentación.

3. QUID DEL DERECHO A MORIR

Los avances científicos en medicina y la transformación de los modelos sociales han influido en el “contexto y el entorno de la muerte”. Ya no morimos en casa, sino en los hospitales; ya no estamos rodeados de familia y amigos, sino de tubos y máquinas; es lo que se ha llamado el *modo tecnológico de morir*, frente a la manera tradicional en la que uno moría en su casa y en su cama, siendo el centro de todo el proceso. Consecuencia de ello es la injerencia de terceros en el proceso de morir y la sustracción de nuestro protagonismo en dicho proceso, con todo lo que ésto supone; y también la multiplicación de los problemas en torno al hecho de la muerte: en el acontecimiento no interviene sólo el directamente afectado sino el médico, el centro hospitalario, la Administración....., lo que, unido a los avances tecnológicos, pueden hacer de la muerte un proceso largo y complejo en el que

⁴⁶ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, Barcelona 2002, p. 22.

deben tomarse decisiones que deben calificarse de personalísimas⁴⁷.

En este marco debe insertarse el derecho a morir, como un instrumento del propio paciente para controlar y determinar las circunstancias de su muerte. Desde un punto de vista general, sería el derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su vida⁴⁸; o más precisamente el derecho del individuo a intervenir en el proceso de su muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho. *El objetivo del derecho, en consecuencia, es el de evitar que la participación de la persona en su propia muerte sea la de un objeto pasivo en manos de la familia, de la técnica o de los especialistas, logrando por el contrario que esa participación sea la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y sus valores básicos durante ese proceso de morir*⁴⁹.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, creemos necesario realizar ahora las siguientes precisiones conceptuales:

Primera.- el concepto de derecho a morir del que nosotros partimos se inserta un en contexto muy concreto que es el sanitario-asistencial, y entra en juego cuando ya se ha iniciado el proceso de morir, cuando la vida está llegando a su fin porque se padece una enfermedad irreversible, sin esperanzas de recuperación, que conduce a una muerte segura; ello acota la titularidad del derecho que correspondería sólo a los enfermos terminales⁵⁰.

Segunda.- en consonancia con lo anterior, el derecho no puede aplicarse a cualquier persona que quiera poner fin a su vida, sino solo a aquellas que están en la situación descrita *supra*, lo que nos permitirá extraer de esta problemática los comportamientos suicidas; pero, a nuestro juicio, el derecho debe extenderse también a los supuestos en que las condiciones de vida son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no

⁴⁷ Cfr. MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias....., pp. 25 y ss.

⁴⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., Dignidad humana y eutanasia....., p. 44.

⁴⁹ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias....., p. 51-52.

⁵⁰ Siguiendo al Grupo de Estudios de Política Criminal, por **enfermo terminal** se entiende la persona que padece una afección incurable que, según los actuales conocimientos médicos, le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte (Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida, Alicante, 12 de Febrero de 1993)

es digna de ser vivida según la consideración social mayoritaria al generar sufrimientos físicos intolerables o sufrimientos psíquicos cuantificables porque traen su causa de una situación física poco soportable, aunque el riesgo de muerte en estos casos no sea inminente (ej. caso Sampedro).

Tercera.- Como estamos hablando de un derecho subjetivo, es esencial la voluntad y libertad de su titular a la hora de ejercerlo, es decir la muerte o el deseo de morir debe ser objeto de una petición seria, consciente e indubitada por parte del doliente, siendo irrelevantes las motivaciones subjetivas de los terceros que ejecutan la acción, los móviles de piedad o compasión, lo que la sociedad o los familiares creen que es mejor..., pues lo verdaderamente importante es la voluntad indubitada de morir expresada por el titular del derecho.

Así concebido, la posible existencia jurídica del derecho a morir choca con un serio obstáculo: social y jurídicamente **la vida es el primero de los bienes**, el presupuesto óntico de la existencia y tiene como contrapeso y contrapunto **el disvalor de la muerte**. La vida humana es la fuente de todos los bienes y derechos, es la esencia de la condición humana y el presupuesto necesario para la actividad del hombre y la convivencia social; en la otra cara de la moneda, en el polo opuesto, la muerte es el no ser, la inexistencia, la muerte es lo negativo, lo que debe evitarse y en ningún caso protegerse.

Desde posiciones religiosas, se habla de la *sacralidad* de la vida, que pertenece al Ser Supremo que nos la ha dado y que es indisponible para el hombre,⁵¹ el cual debe dejarla siempre en manos de su Creador. Este argumento no resulta trasladable al ámbito jurídico-estatal, porque un Estado aconfesional como el Español, debe estar desligado de planteamientos ético-religiosos.

Desde planteamientos filosóficos, se parte de la vida como un prius, sin el cual no se es, y se alude a la *santidad de la vida humana*, en el sentido de que tiene un valor intrínseco y absoluto que obliga a su titular a conservarla, a los demás a no dañarla y al Estado a protegerla. En consecuencia, es de imposible disposición por su

⁵¹ Vid. GAFO, J., *Eutanasia y derecho a morir en paz*. La eutanasia..., p. 137. Es significativa en tal sentido la Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe de 5 de Mayo de 1985 que expresa el sentir oficial de la Iglesia Católica sobre la cuestión: La muerte voluntaria, o sea, el suicidio es, por consiguiente, tan inaceptable como el homicidio; semejante acción constituye en efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios.

titular y prevalece sobre cualquier otro valor que colisione con ella.

Desde la perspectiva jurídica y en el plano puramente doctrinal, algunos conceden a la vida un valor absoluto o cuasiabsoluto, indisponible por parte del hombre y con un rango superior a la libertad personal, de manera que en su defensa se puede actuar incluso contra la voluntad de su titular.

En el ámbito jurídico-positivo, la vida está configurada como un derecho fundamental en el art. 15 de la CE y tanto legislativa como jurisprudencialmente es considerada el primero de los derechos. El sistema español es paternalista en lo que a la vida se refiere⁵⁴, puesto que existen numerosos ejemplos normativos de la protección máxima que se la dispensa, por encima de otros valores y principios como la libertad o autonomía individuales: desde el art. 143 del CP donde se castiga la inducción y cooperación al suicidio o la eutanasia consentida, hasta las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y el alcohol, o la obligatoriedad del casco en las motos y del cinturón de seguridad en los coches⁵⁵. Y esta es también la tendencia general del Derecho Comparado, en el que la vida goza de una protección superior a la de otros derechos, y tiene una naturaleza indisponible para su titular.

⁵² Una síntesis sobre la defensa de estas posturas puede verse en DWORKIN, R., El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. (Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres), Barcelona 1994, pp. 254-255.

⁵³ Cfr. ROMEO CASABONA, C.M^º, *El marco jurídico-penal de la eutanasia...* p. 203. También TORÍO LÓPEZ, A., *¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?...*, pp. 233 y ss. Una síntesis de los autores que defienden el carácter absoluto del bien vida puede verse en JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia...*, pp. 342-346.

⁵⁴ Sobre el paternalismo, véase: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal... pp. 15 y ss. La autora, siguiendo a G. Dworkin, lo define como la interferencia con la libertad de acción de una persona, justificada por razones referidas al bienestar, la felicidad, las necesidades, intereses o valores de la persona a la que se coerciona (ibidem, p. 16).

⁵⁵ Estos y otros ejemplos son citados por RUÍZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n^º 14, Enero-Abril 1993, p. 136-137.

⁵⁶ Vid. Díez Ripollés, J.L., y Muñoz Sánchez, J., (coords.) *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia 1996. La situación jurídica en Francia puede consultarse en ROBERT, J./ DUFFAR, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris 1996, 6^ª ed. pp. 208 y ss. También, BASDEVANT-GAUDEMET, B., *L'euthanasie et la renonciation aux traitements médicaux en droit français*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE) VIII, 1992, 289 y ss. Para una visión del Derecho italiano, FERRARI, S., *L'eutanasia e il rifiuto di trattamenti sanitari nel diritto italiano*, ADEE VIII, 1992, pp. 279 y ss.

Por su parte, la jurisprudencia española califica la vida como un derecho esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible⁵⁷. La vida es más que un derecho, es un estado de la persona inmanente a la misma, por eso el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques⁵⁸ de terceros sin contar con la voluntad de sus titulares⁵⁹, y por ello numerosas resoluciones judiciales la califican de valor indisponible y la sustraen del ámbito de libertad y autonomía de su titular⁵⁹.

En el binomio vida/muerte el TC español es claro: el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.... En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte⁶⁰.

La supremacía de la vida se refleja también en el ámbito internacional, donde todos los Textos Internacionales sobre derechos humanos lo proclaman como derecho inherente a la persona y dejan un estrecho margen a la libre disposición de la misma por su titular⁶¹. Como ejemplo baste citar la Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos de 25 de junio de 1999 que defiende el derecho a la vida de los enfermos incurables y los moribundos aunque hayan manifestado una voluntad contraria en tal sentido y declara que el deseo de morir expresado por un enfermo incurable o un moribundo no puede en sí servir de justifi-

cación legal a la ejecución de acciones dirigidas a ocasionar su muerte.

También es este el sentir del TEDH que ha tenido ocasión de manifestarse recientemente sobre la disponibilidad del derecho a la vida en el caso de Dyane Pretty contra el Reino Unido⁶². Para el Alto Tribunal, el art. 2 del Convenio de Roma obliga a los Estados a proteger la vida y prohíbe recurrir a la fuerza o a cualquier otro comportamiento susceptible de provocar la muerte de un ser humano, y en ningún caso confiere al individuo un derecho a morir que permita recabar la ayuda de terceros o de las autoridades públicas para facilitar su muerte⁶³.

¿Es posible que sin alterar la primacía que la vida tiene en las sociedades occidentales, se pueda reconocer el derecho a morir?. A nuestro juicio, existen también sólidos argumentos que permiten compatibilizar vida y muerte como realidades jurídicas y situar junto al derecho a la vida, el derecho a morir, ejercitable en determinadas circunstancias, es decir cuando la persona está viviendo ya su muerte, o cuando existe una enfermedad física incurable y permanente que genera graves sufrimientos.

Desde planteamientos religiosos y frente al carácter sacro de la vida, se coloca la dignidad de la persona, su autonomía, que no tiene por qué acabar donde empieza el morir, y su libre decisión en conciencia; partiendo de aquí, se estima que el derecho a la vida no es imposición de la vida; que las personas, por el hecho de serlo, tienen derecho a una despedida digna de seres humanos y que Dios ha confiado a la persona moribunda la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el momento y modo de su muerte⁶⁴.

Desde planteamientos filosóficos, se pone de relieve que la vida no tiene un valor absoluto, sino relativo y que lo importante no es la vida como fenómeno biológico,

⁵⁷ STC 53/1985 de 11 de Abril, F.J. 2º; STC 154/2002 de 18 de julio, F.J. 12º.

⁵⁸ STC 120/1990 de 27 de Junio, F.J.6º. Esta sentencia resuelve los recursos de amparo planteados por presos de los GRAPO en huelga de hambre contra las decisiones judiciales que obligaban a su alimentación forzada.

⁵⁹ A título de ejemplo, Auto del TS de 22 de diciembre de 1983, STS de 27 de Marzo de 1990, F.J. 2º, St. de la AP de Bilbao de 28 de Febrero de 1990, Auto de la AP de Madrid de 15 de Febrero de 1990, Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de Febrero de 1990.... El TS, en los casos de la negativa de los testigos de Jehová a transfusiones de sangre, ha optado siempre por el carácter preeminente del bien vida, al que ha dado prevalencia sobre la autonomía de decisión del Testigo de Jehová.

⁶⁰ STC 120/1990 de 27 de Junio, F.J. 6º. También en STC 154/2002 de 18 de Julio, F.J. 12º.

⁶¹ Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 2 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶² Sentencia de 29 de Abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido. El origen de esta sentencia es la negativa de las autoridades británicas a conceder al marido de la Sra. Pretty inmunidad para ayudarla a morir, dado que sus condiciones físicas no la permiten actuar por sí misma: es una enferma terminal con una enfermedad degenerativa incurable, en fase avanzada, que la tiene paralizada y que previsiblemente le producirá una muerte muy dolorosa.

⁶³ *Ibidem*, párrafos 40 y 54

⁶⁴ Estas son las ideas del teólogo suizo **Hans Kung**, expresadas en KUNG, H., y JENS, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad* (trad. de J.L. Barbero), Madrid 1997 y resumidas por PORRAS DEL CORRAL, M., *Eutanasia: un debate abierto.....*, pp. 168-171.

sino la *calidad de vida*⁶⁵, porque el derecho a la vida no puede centrarse en la mera subsistencia o en la supervivencia, sino en un modo humano de vivir. El valor relativo de la vida viene avalado por conductas sociales tales como la guerra o la pena de muerte, legitimada en muchos países⁶⁶ y lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, pero no el deber de vivir la propia en condiciones inhumanas, de tal manera que es lícito disponer de la propia vida en determinadas circunstancias.

Desde una perspectiva teórico-jurídica, se considera que el derecho a la vida no goza de una protección absoluta porque los propios Ordenamientos contienen excepciones al derecho tales como la legítima defensa frente a agresiones de otro, la pena de muerte en tiempo de guerra...etc⁶⁷. Y, además, se pone de relieve que el derecho a la vida no puede ser considerado en abstracto, sino que debe conectarse con otros bienes y valores, especialmente la dignidad humana⁶⁸ y la libertad personal. La dignidad añadida a la vida exige la dignidad en la muerte, es decir *el derecho a morir como personas o a atravesar el proceso de morir siendo acreedor de la misma exigencia de respeto con la que se atraviesan otros procesos de la vida*⁶⁹; la dignidad exige que se proteja especialmente, no cualquier forma de vida por dolorosa e irreparable que sea, sino sólo la vida *humana*, por lo que la dignidad es el fundamento de un nuevo derecho de los enfermos terminales que es el derecho a una muerte digna⁷⁰. Unir vida y libertad personal implica que la persona tiene derecho a autodeterminarse en los distintos ámbitos de su existencia y por lo tanto también en el de su muerte. Dado que el derecho a la vida es estrictamente individual⁷¹, su titular debe gozar, en aras de su libertad, de autonomía para

decidir si desea o no seguir viviendo y el Estado no tiene potestad ni competencia para interferir en esa decisión individual porque ello sería la manifestación de un paternalismo injustificado encaminado a proteger al propio sujeto de sí mismo, sin tener en cuenta su voluntad⁷², lo que conduce a defender que la vida es un bien jurídico disponible por su titular:

Que la vida es un bien jurídico del que libremente puede disponer su titular (determinando el **cuando** y, en cierta medida, el **cómo** de su muerte) es algo que parece estar hoy fuera de toda discusión. A nadie se le obliga a vivir contra su voluntad: el respeto a la autodeterminación del hombre y el reconocimiento de la disponibilidad de la vida por su titular son, a este nivel, dos cuestiones resueltas legislativamente en aquellos sistemas, como el español, que consideran atípico (lícito)⁷³ el suicidio, no sancionando su tentativa o frustración.

En el ámbito jurídico-positivo, se hace notar que de nuestra Norma suprema no se desprende que la vida tenga mayor valor que el resto de los derechos fundamentales⁷⁴. Se insiste en que el contenido del art. 15 es garantista en el sentido de que el Estado debe respetar la vida humana (suprimiendo la pena de muerte, evitando la tortura, respetando la integridad física...)⁷⁵ y debe proteger la vida frente a los ataques de terceros⁷⁶, pero la norma tiene también una vertiente discrecional porque no impide la libre disposición de la vida por su titular, derecho de libre disposición que no debe identificarse con la libre transmisión del derecho como si la vida fuera una propiedad (no se puede vender el derecho a la vida), sino que consiste en que se tiene derecho a vivir o a morir⁷⁶. Partiendo de que la libertad es uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 1º CE), y de que la dignidad humana, sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político (art. 10 1º CE), se concluye que el art. 15 debe interpretarse siempre desde la libertad y la dignidad que le son inherentes al hombre, lo que lleva a algunos a defender que sólo debe ser objeto de protección la vida libremente

⁶⁵ Vid. DWORKIN, R., El dominio de la vida....., p. 279-284. Vid. también JAKOBS, G., Suicidio, eutanasia y Derecho Penal, trad. de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999, pp. 57-58.

⁶⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia....., pp.341-342.

⁶⁷ Cfr. CABELLO MOHEDANO, A., GARCÍA GIL, J.M., y VIQUEIRA TURNEZ, D.A., Entre los límites personas y penales....., p.99.

⁶⁸ Una síntesis sobre los distintos significados del término dignidad humana puede verse en MARCOS DEL CANO, A. M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico....., pp. 113-118

⁶⁹ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir....., p. 52.

⁷⁰ Cfr. PECES- BARBA, G., La eutanasia desde la Filosofía del Derecho, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, pp. 20 y 23.

⁷¹ Como dice CARBONELL MATEU, no existe un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética, es decir no se puede hablar de una función social de la vida, lo que significa que, aunque tenga un indudable valor positivo, no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona y por lo tanto hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida (Cfr. Constitución, suicidio y eutanasia....., pp. 30-31).

⁷² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia....., pp.95-97.

⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición....., p. 294.

⁷⁴ Así lo señalaba el prof. TOMÁS Y VALIENTE en su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de Abril.

⁷⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia....., p. 99.

⁷⁶ Cfr. ATIENZA, M., Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona 1993, pp.133-134.

deseada por su titular⁷⁷; y a otros, yendo más allá, a afirmar que la libre disposición de la vida por parte de su titular es un derecho constitucionalmente amparado⁷⁸.

Si, como acabamos de exponer, el bien jurídico vida no tiene un grado de protección absoluto, sino que debe ser cohonestado con otros bienes y valores que también gozan de especial protección en nuestro Ordenamiento como la libertad y la dignidad, están sentadas las premisas básicas para empezar a hablar del derecho a la muerte. Nuestra intención ahora no es justificar la naturaleza fundamental de tal derecho, que por lo demás ha sido negada por el TC⁷⁹, ni siquiera pretendemos elevarlo a la categoría de derecho constitucional; queremos justificar que su posible regulación por el Derecho positivo, no sólo no se opone al art. 15 de la CE, sino que tiene apoyo en nuestra Norma suprema.

El primer argumento en pro de la posible existencia jurídica del derecho a la muerte es **subrayar el error** que supone configurar la vida como un bien en todo caso y la muerte como un mal en todo caso. Hay supuestos en los que se invierten los términos: bajo determinadas condiciones, la vida se transforma en un mal, en un disvalor porque resulta insoportable vivirla, dado el sufrimiento intolerable que genera y entonces la muerte es una liberación y por lo tanto un bien, no sólo desde el punto de vista subjetivo del que sufre, sino también objetivamente, para la conciencia social que considera racional la elección de la muerte en tales casos como único medio para librarse de un sufrimiento permanente e inútil. Creemos que para el sentir social mayoritario no hay mayor disvalor que **vivir la muerte de forma dolorosa y cruel**, por eso no se debe rechazar sin más la posibilidad de un derecho a morir sobre la base de que se legitima el mal o un disvalor.

Desde esta óptica, el posible reconocimiento de tal derecho no es incompatible con el valor positivo que la vida tiene en el plano jurídico. Lo que ocurre es que cuando el valor positivo de la vida se torna negativo en la

percepción de su titular y de la propia conciencia social, el Derecho debe levantar la protección que otorga a la vida si así lo demanda el afectado por hallarse en una situación en la que la petición de morir, no sólo obedece a razones subjetivas, sino que es objetivamente razonable⁸⁰. Y así ocurre, a nuestro entender, en los casos de enfermedad terminal que puede provocar graves sufrimientos físicos y en los casos de situaciones vitales insoportables en los que hay enfermedad o lesiones irreversibles que generan una existencia cruel, aunque no exista riesgo de muerte.

El segundo argumento que nos permite hablar del derecho a la muerte es el carácter relativo que tiene el derecho a la vida en nuestro Ordenamiento, en el sentido de que no es un bien absolutamente indisponible. El art. 15 de la CE, al consagrar el derecho a la vida, genera el deber estatal de protegerla frente a ataques de terceros, pero no impone el deber de vivir y prueba de ello es que el ciudadano tiene la facultad de arriesgar su vida (determinadas actividades que suponen un evidente riesgo para la vida como el toreo o el trapecio circense, no sólo no están prohibidas, sino que son fomentadas por el Estado) y el suicidio no es un acto penado por la ley. Muy al contrario, para el TC la decisión de arrostrar la propia muerte es una manifestación del principio general de libertad que informa la Constitución⁸¹, y la disposición fáctica de la vida forma parte del círculo de la libertad personal, porque *esa disposición constituye una manifestación del **agere licere** en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe*⁸².

Abundando en esta idea, la propia CE recoge al menos un principio de disponibilidad mínima de la vida, al consagrar en el art. 15 CE junto al derecho a la vida, el derecho fundamental a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. El derecho a la integridad física se concibe como *el derecho de la persona a controlar las invasiones sobre su cuerpo*

⁷⁷ Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Constitución, suicidio y eutanasia*..., p.28. Son también partidarios de proteger jurídicamente a quien desea morir y a quien le auxilia: QUERALT, J.J., *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 41, Enero- Abril 1988, p 124. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Eutanasia y Derecho Penal*..., p.109.

⁷⁸ Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *Art. 143*..., p. 700

⁷⁹ La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional (STC 154/2002, F.J. n° 12).

⁸⁰ *La aceptación de la muerte y la no prolongación de la vida tienen un fundamento objetivo y razonable cuando obedecen a un estándar, es decir a una regla aplicada usualmente en masa porque ese es el sentir general, el modo en el que actuarían la generalidad de las personas. Por ejemplo, hay una regla usualmente aplicada en masa según la cual es razonable aceptar un acortamiento de la vida para combatir los dolores más graves.*(Cfr. JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*..., pp. 59-62).

⁸¹ STC 154/2002, F.J. 12°.

⁸² STC 120/1990, F.J. 6°.

que provengan del exterior⁸³. Según doctrina del TC este derecho protege a la persona frente a cualquier tipo de intervención en su cuerpo o espíritu que carezca del consentimiento de su titular y por eso *se lesiona si se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir*⁸⁴. De tal afirmación se desprende que el rechazo a tratamientos médicos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física, lo que tiene como consecuencia que la CE, al menos indirectamente, permite disponer de la vida porque, a través del derecho a la integridad física y moral se protege la libre decisión de la persona que rechaza un tratamiento médico salvador, obedezca ello a razones morales, religiosas o a la voluntad firme de querer morir de la propia persona⁸⁵.

El TEDH confirma que la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto y capaz es un atentado a su integridad física y añade que una persona *puede reivindicar el derecho a ejercer su elección de morir, negándose a consentir un tratamiento que podría tener por efecto prolongar su vida*⁸⁶.

Junto a la integridad física, nuestra Constitución reconoce el derecho a la integridad moral, entendido como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad y a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona⁸⁷. La integridad moral proscribela tortura, las lesiones y los tratos inhumanos o degradantes, es decir genera un ámbito de protección frente a situaciones crueles, humillantes o vejatorias. Tales situaciones pueden estar provocadas por enfermedades o lesiones irreversibles e irreparables tan dolorosas y crueles que lleven al afectado a la decisión de adelantar el fin de la vida como solución más razonable para no caer en la indignidad, para morir como persona, como ser humano; en tales casos, es necesario plantearse si no es un trato inhumano o degradante, prohibido por el art. 15 de la CE, desatender la petición

del doliente y prolongar inútilmente su vida en el dolor y el sufrimiento⁸⁸. La integridad moral exige una muerte digna frente a una vida indigna e inhumana no aceptada, por eso se ha defendido que *los enfermos terminales tienen derecho a pedir a la sociedad y a quienes les asisten a que les ayuden a bien morir porque tienen derecho a elegir entre una vida degradante, que supone un ataque a su integridad moral, y una muerte digna voluntaria y responsablemente querida*⁸⁹.

El tercer argumento que permite plantearse la posibilidad jurídica del derecho a morir es el principio personalista que impregna todo el sistema europeo y también el español. El Preámbulo de La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 18 de Diciembre de 2000⁹⁰ convierte a la persona en el centro de actuación de toda la Unión, que está fundada sobre los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Su art.1 sitúa la dignidad humana como la base de todos los derechos y reclama su inviolabilidad, respeto y protección. En palabras del TC, la dignidad humana es *un valor espiritual y moral inherente la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*⁹¹.

En el Ordenamiento español la persona es también el eje y el centro de todo el sistema, pues la libertad es uno de los valores superiores del Ordenamiento Español (art. 1 1º CE), y la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 1º). Nuestra Norma Suprema concibe al hombre como ser dotado de dignidad y por ello libre para tomar sus propias decisiones, con autonomía para determinarse en las diferentes situaciones que afecten a su existencia, y con unos derechos inviolables cuyo ejercicio hace posible el libre desarrollo de su personalidad. La Constitución consagra pues un **principio general de libertad** al que se pueden reconducir muchas conductas que no están protegidas como derechos fundamentales y que puede ser interpre-

⁸³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., p. 340.

⁸⁴ STC 120/1990, F.J. 8º.

⁸⁵ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal.....pp. 330, 340 y 385.

⁸⁶ Parágrafo 63, st. de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra el Reino Unido.

⁸⁷ Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución española: su tutela penal*, La ley, 30 de Diciembre de 1996, p. 2.

⁸⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante*, Cuadernos de Política Criminal nº 51, 1993, pp. 709 y ss.

⁸⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. II, Madrid 1999, p. 331.

⁹⁰ *Este Texto carece, hoy por hoy, de valor jurídico vinculante para los Estados miembros, pero doctrinalmente es considerado el precedente de la futura Constitución europea. Vid. al respecto, RUBIO LLORENTE, F., La Carta Europea de los Derechos, Claves de Razón Práctica, nº 122, Mayo de 2002, pp. 4-11.*

⁹¹ STC 53/1985 de 11 de Abril, F.J. 8º.

tado como una prohibición al poder público de imponer a la libertad restricciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas⁹².

El valor prevalente de la libertad de decisión y de la autonomía personal frente a la salvaguarda a toda costa de la vida tiene reflejos en el ámbito sanitario en el que los comportamientos paternalistas que dejaban en manos de los médicos todas las decisiones relacionadas con la salud de los pacientes, han dejado paso a la dignidad y al respeto a la autonomía de la voluntad como principios inspiradores de cualquier actuación clínica⁹³. Prueba de ello es que la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea proclama el respeto al consentimiento libre e informado del paciente en el ámbito de la medicina como derecho fundamental (art. 3). Y en la misma línea, la ley española 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente exige el consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación médica (art. 8) y se precisa contar con su autorización aún en el caso de que exista riesgo inmediato grave para su integridad física (art. 9)⁹⁴. La importancia de la dignidad y autonomía personales se va abriendo camino entre los órganos judiciales, algunos de los cuales reconocen el valor de la libertad individual y por ello consideran erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, sin ningún tipo de limitaciones⁹⁵.

Si el derecho a la vida se interpreta desde la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, aunque no comprenda el derecho a morir, sí implica el

⁹² Cfr. TOMÁS- VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 38. Dice la autora que la proclamación de la libertad como valor superior informador de todo el ordenamiento...obliga, a mi entender, a realizar en todo caso una tarea de ponderación entre los intereses públicos que abogan en favor de una determinada intromisión en la libertad y los intereses individuales en mantener ese ámbito de libre intervención estatal (La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., pp. 327-328).

⁹³ Vid. Art. 2 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente. Asimismo, el Preámbulo de la ley 1/2003 de 28 de Enero de la Comunidad Valenciana sobre derechos e información del paciente parte del respeto a la dignidad de la persona y la autonomía individual en el ámbito de la atención sanitaria.

⁹⁴ El Precepto dice textualmente: Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

⁹⁵ Auto de 23 de Diciembre de 1992 del TSJ de Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 86, 1993, pp. 9-10. También, Auto de 5 de Enero de 1990 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n° 2 de Madrid.

derecho a que nadie que no sea uno mismo decida lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte, pues son decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás⁹⁶. En otras palabras, el principio de libertad y autonomía personales que se derivan de la dignidad humana deben presidir también la situación más crucial de la existencia que es el momento de la muerte. Por eso, como dice MÉNDEZ BAIGES, podrá discutirse si el derecho a morir debe englobar unas u otras facultades o si debe ejercerse en uno u otro supuesto, pero en principio, *un derecho que garantiza la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y religiosa, la dignidad, la intimidad personal o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el proceso de morir, no puede considerarse contrario a los principios de la justicia ni ajeno a los preceptos constitucionales que dan forma a la tradición occidental*⁹⁷.

El carácter relativo que tiene el derecho a la vida y su posible disponibilidad fáctica junto con el valor que la libertad y autonomía personales tienen en nuestro Derecho, resultantes de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad permiten afirmar que la CE ofrece un cauce adecuado para la posible regulación del derecho a morir. Podrá discutirse si tal derecho es una exigencia constitucional, pero, a nuestro juicio, es incontestable que la CE no contiene ni una sola previsión contraria al posible reconocimiento por el legislador de tal derecho. Es más, el TC, máximo intérprete de la Constitución, en ningún momento ha señalado que nuestra Constitución proscriba el posible reconocimiento del derecho a morir, limitándose a señalar que tal derecho no puede incardinarse en el art. 15 CE; en cambio, sí ha dicho que la voluntad de morir es una manifestación de la libertad⁹⁸ individual y forma parte del *agere licere* del sujeto.

⁹⁶ Cfr. Voto particular del Magistrado Don Jesús Leguina Villa a la sentencia del TC 120/1990.

⁹⁷ Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones....., p. 53.

⁹⁸ También el TEDH estima que la elección de una persona de evitar un fin de la vida indigno y penoso puede quedar amparado por el art. 8 1º del Convenio de Roma que reconoce el derecho al respeto a la vida privada; si bien, a continuación, el Tribunal estima que la punición del suicidio asistido por el Estado británico es un límite justificado a tal derecho porque constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para evitar abusos y proteger los derechos de personas

Siguiendo a TOLEDANO, creemos que la Constitución deja la **puerta abierta** para aquellas personas que irreversiblemente se ven abocadas a una vida sin calidad de ningún tipo, y deciden no continuar con su papel de **víctimas** de las circunstancias adversas a las que se ven sometidos⁹⁹.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a afirmar que, aunque el reconocimiento del derecho a morir como derecho subjetivo no es una obligación impuesta constitucionalmente a los poderes públicos, la plena efectividad de los valores y principios constitucionales determinan la conveniencia de su reglamentación.

Abogamos pues por una ley que regule el derecho subjetivo a la muerte en las condiciones, con los límites y las garantías que esa propia ley establezca porque, además, pensamos que sólo mediante una legislación meditada y extremadamente cuidadosa se pueden obviar los argumentos de *la pendiente resbaladiza o el efecto palanca*, ésto es, que la legalización de comportamientos eutanásicos activos puede originar abusos para personas desprotegidas¹⁰⁰ o poner en manos de individuos sin escrúpulos o del propio Estado un arma que podría desembocar en asesinatos en masa¹⁰¹. Argumentos de tal calibre se evitan precisamente reconociendo el derecho a morir y estableciendo su régimen jurídico.

A **cómo debe regularse** dedicamos las siguientes páginas

4. SU POSIBLE CONFIGURACIÓN LEGAL

4.1. Concepto y contenido

El derecho a morir es el derecho subjetivo del enfermo terminal o incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho. O, en palabras de E. FERNANDEZ, es *el derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su*

vulnerables (St. de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra el Reino Unido, párrafos 67-78).

⁹⁹ Límites penales a la disponibilidad de la propia vida....., p. 167.

¹⁰⁰ Vid. St. del TEDH de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra Reino Unido, párrafos 70 a 78.

¹⁰¹ Cfr. CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos..., p. 53. Sobre la "pendiente resbaladiza" véase: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., pp. 134 y ss. La estructura lógica del argumento de la pendiente resbaladiza es que si dar un primer paso en una dirección puede dar lugar a consecuencias no deseables, es mejor abstenerse de darlo (Ibidem, p. 135).

*vida*¹⁰². La finalidad de este derecho es hacer de los enfermos incurables y de los moribundos los auténticos protagonistas de su muerte, para que sean ellos y no los terceros (familiares, médicos o poderes públicos), quienes adopten libre y seriamente todas las decisiones que afecten a su proceso de morir y con todas las garantías que les ofrezca el Ordenamiento jurídico al regular el derecho. Por lo tanto, es un derecho de naturaleza estrictamente individual y sólo puede ser entendido en el marco de la libre voluntad personal de forma que sólo la libre decisión del titular determina el ejercicio del derecho.

El derecho a morir está integrado por un conjunto de facultades algunas de las cuales son propias o específicas de este derecho y otras provienen de la titularidad de otros derechos, pero integran el contenido del derecho a morir cuando el sujeto se halla en las circunstancias que permiten hablar de tal derecho: ser pacientes terminales o en situación vital insoportable. Siguiendo en parte a MÉNDEZ BAIGES, dichas facultades son¹⁰³:

A) **Derecho a recibir una información veraz y completa sobre el estado de salud** que permita tomar las decisiones atinentes a la misma de acuerdo con la propia y libre voluntad. Este derecho corresponde a todo paciente, no sólo a enfermos incurables y terminales, y está regulado en los arts. 4 a 6 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente. Es un derecho que garantiza el consentimiento informado que todo paciente debe dar para cualquier actuación clínica en el ámbito de su salud, y comprende también la vertiente negativa o facultad de no ser informado.

B) Derecho a no ser tratado como mero objeto en manos de la técnica y a recibir la atención y el cuidado proporcionados a la condición de ser humano. La obligación de respetar y proteger la dignidad de un enfermo incurable o de un moribundo es la consecuencia natural de la dignidad inviolable inherente al ser humano en todos los estados de la vida y se traduce en **el derecho a recibir cuidados paliativos** que le permitan morir dignamente. Para ello es necesario que los Estados fomenten la creación de unidades de cuidados paliativos, integradas por profesionales médicos, asistentes sociales, psicólogos y toda una red de profesionales que dispensen a enfermos

¹⁰² Dignidad humana y eutanasia....., p. 44

¹⁰³ Vid. Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones....., pp.53-59.

terminales y moribundos un tratamiento integral, adecuado a la dignidad humana¹⁰⁴.

C) **Derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico**, es decir a rechazar todos aquellos tratamientos médicos que son inútiles porque no hay esperanza de curación y cuya única finalidad es prolongar la agonía del enfermo. Este derecho está admitido internacionalmente¹⁰⁵ y es tachado de moralmente lícito desde determinadas instancias religiosas, como la Iglesia Católica quien, ante la inminencia de una muerte inevitable, estima *lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que curarían únicamente la prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir, sin embargo, las curas normales debidas al enfermo en casos similares*¹⁰⁶.

D) **Derecho a recibir un tratamiento antidolor**, que palíe el sufrimiento, aunque dicho tratamiento tenga como efecto secundario acortar la vida. En la percepción social actual el dolor es algo inútil y nefasto y puede constituir un atentado a la dignidad humana. Este derecho es también tolerado por la Iglesia Católica, siempre que el fin primario del tratamiento sea mitigar el dolor, y la muerte no se quiera o busque de ningún modo¹⁰⁷.

E) **Derecho a rechazar cualquier tratamiento médico y a que se interrumpa el ya iniciado** aunque la negativa o suspensión comporten la muerte. Para algunos, el poder de manipulación que tiene la medicina sobre el momento de la muerte, exige protección frente a una prolongación impuesta de la vida, por lo que poder morir con tranquilidad mediante la negativa al tratamiento debe considerarse una manifestación del derecho de autodeterminación del enfermo¹⁰⁸. En este sentido, algunas leyes autonómicas reconocen expresamente a los enfermos terminales la facultad de rechazar tratamientos

de soporte vital que alarguen innecesariamente el sufrimiento¹⁰⁹.

En realidad, la negativa al tratamiento o el derecho a su suspensión no son facultades específicas y propias del derecho a la muerte, sino que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 de la CE que protege la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervención que carezca del consentimiento de su titular y que puede quedar afectado, según el TC, *cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad*¹¹⁰.

El consentimiento libre e informado del afectado para cualquier intervención sanitaria viene exigido expresamente por el art. 3 del *Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina*¹¹¹, como consecuencia de su dignidad y del respeto a su integridad, y ha sido consagrado también por la ley española 41/2002 de autonomía del paciente que proclama como principios básicos de la actuación sanitaria, la necesidad del consentimiento previo del paciente para cualquier intervención médica en el ámbito de su salud, y su derecho a negarse al tratamiento salvo que haya riesgo para la salud pública o que sea imposible obtener su autorización, existiendo riesgo inmediato grave para su integridad física (art. 2.2º y 2.4º en relación con el art. 9.2º).

El consentimiento se puede otorgar por representación en tres supuestos: a.- incapacidad del paciente para tomar decisiones por su estado físico o psíquico (a falta de representante legal, deben prestarlo los familiares) b.- incapacitación legal del paciente. c.- cuando el paciente sea menor de edad y no sea capaz de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención, aunque debe ser oído si tiene 12 años cumplidos (art. 9 3º).

F) **Derecho a manifestar anticipadamente su voluntad** respecto a los cuidados y el tratamiento de su salud para que se cumplan cuando no esté en condiciones de manifestarse. Este derecho está previsto para cualquier paciente en el art. 9 del Convenio sobre los derechos del

¹⁰⁴ Así se dice en la Recomendación del Consejo de Europa nº 1418 de 25 de Junio de 1999 relativa a la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos.

¹⁰⁵ Vid. La Recomendación del Consejo de Europa citada supra y la Propuesta del Parlamento Europeo sobre asistencia a los enfermos terminales de 25 de Abril de 1991, apartado D.

¹⁰⁶ Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 5 de Mayo de 1980. La doctrina de la Iglesia Católica sobre la eutanasia puede consultarse en FLECHA ANDRÉS, J.R., *Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos*, Revista Española de Derecho Canónico, vol. 45, nº 124, 1988, pp. 183 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación.....

¹⁰⁸ Cfr. LÓPEZ ORTEGA, J.J., *Consentimiento informado y límites de la intervención médica*, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, p.68.

¹⁰⁹ Vid. el art. 8 de la Ley de la CA de Castilla y León 8/2003 de 8 de Abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

¹¹⁰ STC 120/1990 F.J. 8º.

¹¹¹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina de 4 de abril de 1997. Entró en vigor en España el 1 de diciembre de 1999 (BOE de 20 de Octubre de 1999).

hombre y la biomedicina¹¹², y plantea el problema de la validez de los testamentos vitales o directivas anticipadas que son documentos en los que el interesado, cuando está en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, de forma madura, consciente y responsable, indica los tratamientos médicos y medidas terapéuticas que pueden o no utilizarse cuando su salud esté tan deteriorada que no sea ya capaz de expresar su voluntad.

En el Ordenamiento español, se ha dado carta de naturaleza al **documento de instrucciones previas**, que puede ser emitido por una persona mayor de edad, capaz y libre, en el que se hace constar su voluntad anticipada sobre los cuidados y el tratamiento de su salud para cuando no sea capaz de expresarse o sobre el destino de su cuerpo y órganos, una vez que haya fallecido¹¹³. En dicho documento se puede nombrar un representante para que sirva como interlocutor suyo con el equipo sanitario a efectos de procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, las cuales no serán aplicadas si son contrarias al Ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o si no se corresponden con el supuesto de hecho que el interesado ha previsto en el momento de manifestarlas¹¹⁴.

Las voluntades anticipadas son pues la garantía del respeto a la libertad de la persona para decidir los límites de la injerencia de terceros en su integridad física y moral cuando se sitúa en el ámbito sanitario, que ya no se rige por criterios paternalistas, sino por la libertad y autonomía de la voluntad del paciente.

G) Derecho al auxilio médico a la muerte, que es la facultad de solicitar y obtener la ayuda del personal sanitario para que ponga fin a la vida cuando se ha manifestado la voluntad de morir. Este es el núcleo esencial y básico del derecho a morir y también el más complejo y el que ha generado las mayores discrepancias ético-

jurídicas bajo un contexto eutánásico porque implica la **permisión legal de la eutanasia activa voluntaria**. Por ello, nuestro análisis a partir de este momento se va a centrar en este derecho de obtener la asistencia médica para morir, que debe ser objeto de una regulación minuciosa dirigida, primero, a obtener la constancia indubitada de la voluntad seria de terminar la vida y, especialmente, a evitar la usurpación por los terceros del ejercicio del derecho, lo cual se consigue, a nuestro juicio, restringiendo la participación ajena en la muerte a los profesionales sanitarios señalados por la ley, como únicos sujetos cualificados legalmente para ayudar a morir.

Lo fundamental es la petición expresa, seria y reiterada por parte del enfermo terminal o incurable, es decir su voluntad indubitada de querer morir, como expresión de su libertad, de su autonomía y su poder de decisión. Y precisamente para garantizar que el derecho es ejercido por su titular, para garantizar el cumplimiento de la real voluntad del enfermo, la participación activa en su muerte tiene que estar estrictamente reglamentada y debe ponerse en manos de profesionales sanitarios, supervisados a su vez por una Comisión o Comité *ad hoc*, porque es la manera de evitar que un tercero usurpe la voluntad del titular del derecho y actúe sin su voluntad o contra su voluntad, por interés propio o por móviles piadosos o compasivos ajenos a la voluntad de quien debe ejercer el derecho. Por eso entendemos que, como garantía del ejercicio del derecho sólo por su titular, debe mantenerse la actual redacción del art. 143 4º del CP, excluyendo de la misma sólo a los profesionales cualificados legalmente para ayudar a morir, respecto de los cuales, o bien se configura su intervención como una facultad u opción y no como un deber, o bien se reconoce su derecho a la objeción de conciencia, es decir a no participar en un acto de tal naturaleza.

4.2. Naturaleza jurídica

Al hablar de la naturaleza jurídica del derecho que acabamos de describir, hemos de empezar por recordar algo que ya hemos dicho: el derecho a morir no está contemplado en España como derecho fundamental, y tampoco puede decirse que su reconocimiento jurídico sea una exigencia constitucional, aunque los principios y valores constitucionales permitan su reglamentación jurídica. Pero, restringido a supuestos de enfermedad terminal y situación vital insoportable, sí puede merecer el calificativo de derecho humano, entendiendo el término en un sentido amplio, pues son razones humanitarias las que justifican ofrecer la posibilidad legal de dar fin al sufrimiento irreparable mediante el adelanto de la muerte.

¹¹² Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

¹¹³ Art. 11 de la ley 41/2002 de 14 de Noviembre sobre autonomía del paciente

¹¹⁴ Art. 11 3º de la ley 41/2002. Las instrucciones previas se pueden revocar libremente en cualquier momento, dejando constancia por escrito y serán formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas (art. 11 4º y 5º). Cuentan con normativa sobre voluntades anticipadas las C.A. de Cataluña, Aragón, Galicia, Extremadura y Valencia. A título de ejemplo, la ley valenciana 1/2003, de 28 de enero de Derechos e Información al paciente exige que la declaración de voluntades anticipadas se formalice ante notario o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no tendrán relación de parentesco hasta el segundo grado ni vinculación patrimonial con el otorgante (art. 17 3º).

La posible justificación constitucional del derecho a morir debe desligarse del art. 15 de la CE y del pretendido derecho a disponer de la vida que, según algunos reconoce dicho precepto¹¹⁵, para trasladarse a otros ámbitos. Primero porque utilizar como argumento a su favor que el art. 15 de la CE no protege la vida indigna o irreversiblemente deteriorada¹¹⁶, resulta extremadamente peligroso ya que supone dejar la puerta abierta a una protección estatal selectiva de la vida y a legitimar una posible actuación aberrante contra todos aquellos que sufran situaciones vitales incapacitantes o poco dignas de ser vividas. Y en segundo lugar, porque, aún reconociendo la estrecha relación entre la disposición de la vida y el derecho a morir, creemos que no se pueden identificar. De disposición, o incluso de renuncia a la vida, puede hablarse en los casos de comportamientos suicidas de personas sanas o capaces de valerse por sí mismas¹¹⁷, o en aquellos otros en los que un ciudadano arriesga su vida (tirarse en paracaidas, hacer *puenting*, pasear por una alambre entre edificios, torear.... etc). Del derecho a morir se habla en **situaciones límite**, cuando ya no hay nada que arriesgar porque la muerte próxima es un hecho irreversible o porque la vida no puede vivirse por padecer una enfermedad incurable, dolorosa e incapacitante y ello le aleja tanto del suicidio como de la libertad de disposición de la vida, porque de lo que se trata entonces es de proteger y satisfacer los intereses de quien vive tales situaciones, mediante la entrada en juego del principio de solidaridad, que ayude a poner fin a su dolor, su sufrimiento y su desesperanza¹¹⁸. Si en el final de la vida o en supuestos de imposibilidad de vivirla se realiza una ponderación de todos los bienes e intereses en juego, la solicitud sería y libre del interesado de adelantar su muerte

¹¹⁵ *A título de ejemplo, vid. CARBONELL MATEU, J.C., Constitución, suicidio y eutanasia...., p. 28. QUERALT, J.J., La eutanasia: perspectivas actuales y futuras.....p 124. GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal....., p.109. VALLE MUÑIZ, J., Art. 143....., p. 700. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia....., p. 99. ATIENZA, M., Tras la justicia. Una introducción al Derecho, pp. 133-134.*

¹¹⁶ *Vid. PECES- BARBA MARTÍNEZ, G., La eutanasia desde la Filosofía del Derecho....., pp. 19-21*

¹¹⁷ *Como dice GAFO a propósito de la eutanasia, hay que contradistinguir la del suicidio porque el debate sobre ella no se centra en la legitimidad de disponer de la vida de una persona cualquiera, sino de la persona enferma sobre la que no existen esperanzas de vida en unas condiciones que puedan llamarse humanas (Cfr. Eutanasia y derecho a morir en paz. La eutanasia....., pp. 126-127).*

¹¹⁸ *El respeto a los intereses de los individuos..... es lo que explica que el Estado garantice un marco legal sobre la vida y la muerte en el seno del cual se toman las decisiones que resulten necesarias a fin de evitar un mayor sufrimiento (MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos....., p. 67)..*

debe tener mayor valor que el obligarle a vivir la muerte con dolor y sufrimiento. El punto de inflexión en estos supuestos ya no es la vida o su disposición, sino la libertad y autonomía para determinar el momento en el que poner fin a una situación objetiva de sufrimiento y desde este planteamiento, el derecho a morir es perfectamente compatible con el carácter garantista del art. 15 CE y con el deber general de proteger la vida impuesto a los poderes públicos porque el derecho a morir se ejerce en situaciones en las que vida y muerte no son realidades incompatibles sino entrecruzadas y la muerte se adelanta para humanizar el fin de la vida.

Por otra parte, el principio general de libertad que nuestra Constitución consagra en el art. 1º, y en cuya virtud el individuo tiene un ámbito de autonomía personal que le faculta para tomar por sí mismo las decisiones que mejor le convengan siempre que no cause daño o menoscabo a los demás¹¹⁹, pasa a ser el principio rector en el que fundamentar constitucionalmente el derecho a morir, al que deben unirse otros valores y principios constitucionales: el libre desarrollo de la personalidad (art. 10º CE) pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; la dignidad de la persona (art. 10º CE) pues nadie puede estar más legitimado que el propio afectado para decidir dónde está la dignidad en una situación límite como la de la muerte; la libertad ideológica y religiosa que también puede garantizar el respeto a los deseos del paciente que quiere morir (art. 16º CE); por último, el art. 15º CE cuando prohíbe los tratos inhumanos y degradantes¹²⁰.

Descendiendo ya al plano de su posible positivación, el derecho a morir debe configurarse como un derecho subjetivo, es decir debe otorgar a su titular una serie de poderes o facultades de obrar, ejercitables dentro de los límites señalados por el Ordenamiento jurídico. Pero, ¿ante qué tipo de derecho nos encontramos?. Según ATIENZA, existen cuatro tipos de derechos subjetivos¹²¹:

a) derechos en los que la conducta del titular es facultativa mientras que el sujeto obligado tiene que realizar una conducta positiva.

¹¹⁹ *Vid. RUÍZ MIGUEL, A., Autonomía individual y derecho a la propia vida....., pp. 147-149*

¹²⁰ *Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal....., p. 109.*

¹²¹ *Una clasificación de los derechos humanos, Anuario de Derechos Humanos, nº 4, 1986-87, pp. 29-43.*

b) derechos en los que la conducta del titular es obligatoria, y el sujeto pasivo debe realizar una acción positiva. Ej. el derecho a la educación del art. 27 CE.

c) derechos en los que la conducta del titular es facultativa y la conducta del obligado es negativa, consistente en un no hacer u omitir.

d) derechos en los que la conducta del titular es obligatoria y la correlativa obligación del tercero es de no hacer.

Pues bien, a nuestro juicio, el derecho a morir es del primer tipo descrito, es decir que el titular del derecho es libre de ejercerlo o no, pero si lo hace, las obligaciones de los terceros son positivas o de hacer, es decir tendentes a posibilitar el ejercicio del derecho; y, tratándose del derecho a morir, por terceros hay que entender sólo y exclusivamente, los poderes públicos, representados por la Administración sanitaria correspondiente. Desde este punto de vista, la propia muerte no debe calificarse jurídicamente como mera libertad o como una manifestación del *agere licere*¹²², es decir, como un acto lícito no prohibido por la ley¹²³, sino como un auténtico derecho subjetivo que permite movilizar el apoyo del poder público para obtener la ayuda activa a morir. En otras palabras, no estamos ante una libertad negativa que exija de los demás una mera abstención de actuar, sino ante un derecho prestacional que exige de los poderes públicos una actuación tendente a procurar la muerte del titular del derecho.

Esta configuración del derecho a morir viene exigida, a nuestro juicio, por razones de seguridad jurídica, por la necesidad de que sea el Estado quien controle la situación para garantizar que la muerte sea realmente querida y reclamada por quien puede solicitarla y se evite el riesgo de que familiares o amigos piadosos o terceros en general, sustituyan la voluntad y la libre decisión del afectado. Si se concibe el derecho a morir como una libertad pública que genera un mero deber de abstención por parte de los poderes públicos, los cuales cumplen con declarar impunes determinadas conductas de otros cuando son requeridos de modo fehaciente e indubitado para actuar por quien no puede hacerlo por sí mismo, no hay una garantía plena de que se da cumplimiento a la real voluntad personal del afectado y se corre el riesgo de que la conducta del tercero no sea leal, sino homicida. Precisamente, para garantizar la seguridad jurídica y la personal de quien toma la decisión de morir, lo mejor es concebirlo como derecho prestacional y que sean las instancias médicas señaladas por la ley y bajo la supervisión de

¹²² Así lo concibe el TC en la tan citada St. 120/1990, F.J. 7º

todas las comisiones éticas o de control que se quiera, las que ayuden a morir en los supuestos legalmente previstos. Ello permite mantener, como ya hemos dicho, el art. 143 4º del CP para aplicarlo a los casos en que interviene un tercero distinto al personal sanitario legalmente competente para actuar.

4.3. Titularidad

El derecho a morir es un derecho individual que sólo puede entenderse en el marco de la libre voluntad personal, porque la muerte es la cuestión personal por antonomasia y todo hombre es¹²³ por principio, propietario y responsable de su muerte. Además se sitúa en un marco concreto que es el sanitario, por lo que, como derecho subjetivo, la titularidad no corresponde a cualquier ciudadano, sino sólo a aquellos que tengan **la consideración de pacientes**, es decir de enfermos sometidos a tratamiento médico.

Además, el núcleo básico del derecho que es la facultad de obtener el auxilio médico para morir, sólo puede ejercerse cuando el paciente esté en dos circunstancias concretas: en la fase terminal de la enfermedad o en un caso de existencia vital insostenible e irreparable, aunque no exista muerte próxima. Ello restringe aun más la titularidad de la facultad de obtener la ayuda en la muerte porque sólo puede ser ejercida por enfermos terminales y por pacientes en la situación vital antedicha.

Por enfermo terminal debe entenderse la persona que padece una enfermedad incurable, según los actuales conocimientos médicos, que le conducirá en breve plazo a la muerte presumiblemente después de graves padecimientos físicos o psíquicos¹²⁴. Por paciente en situación vital insostenible debe entenderse el enfermo que padece una lesión o afección crónica e incurable, que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar entre los que puede hallarse¹²⁵ la incapacidad generalizada para valerse por sí mismo.

La inserción en el contexto sanitario y la referencia específica a enfermos terminales o en situación vital

¹²³ Cfr. GRACIA, D., *Prólogo a la monografía de J. GAFO, La eutanasia. El derecho a una muerte humana.....*, p.13.

¹²⁴ Vid. Art. 1 de la *Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia presentada por el Grupo parlamentario Izquierda Unida*, BOCG, nº 254-1 de 14 de Junio de 2002. Vid. también, *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida.

¹²⁵ Vid. art.1de la *Proposición de L.O. sobre disponibilidad de la propia vida presentada por el Grupo Parlamentario Mixto*, BOCG nº 276-1 de 4 de Octubre de 2002.

insoportable, aleja del derecho a morir a los comportamientos suicidas en los que la muerte puede buscarse por los más variados móviles y puede ser procurada por el propio individuo. La situación terminal dolorosa y la situación vital insoportable son circunstancias objetivas que hacen razonable la petición de morir y que, entendemos, legitiman la intervención del Estado para atender dicha petición, intervención estatal que, situada en estos términos, es perfectamente compatible con la protección general a la vida y la supremacía que ésta tiene en el Ordenamiento jurídico. Por eso, reiteramos que el derecho a morir no debe identificarse con el suicidio y que los comportamientos suicidas en general, deben reconducirse al ámbito de la disponibilidad mínima de la vida y del *agere licere*, siendo jurídicamente posible que un Estado garantista de la vida castigue conductas de terceros que cooperan al suicidio de otro por no poderse controlar ni la voluntad del suicida ni la imparcialidad del auxilio y, al mismo tiempo, reconozca que las personas que se encuentran en determinados supuestos fácticos puedan solicitar y obtener ayuda para morir.

Puesto que la petición de auxilio activo a morir es una decisión trascendental que supone el final de la existencia, es preciso extremar las garantías y cautelas para un ejercicio correcto del derecho. Por ello creemos que sólo puede pedirse la ayuda a morir si se es mayor de edad y se tiene plena capacidad para comprender la trascendencia del acto y decidir en consecuencia. En caso de minoría de edad o de imposibilidad para gobernar su persona y bienes por sí mismo, aunque no esté legalmente incapacitado, no es posible el ejercicio del derecho, ni siquiera a través de familiares o representantes legales porque estamos ante un acto personalísimo, cuyo consentimiento libre y serio no permite sustitución o suplencia¹²⁶, ni siquiera extremando las cautelas mediante la intervención de la autoridad judicial como propugnan algunos¹²⁷.

¹²⁶ En sentido contrario, el art. 2.3º y 4º de la ley holandesa de 4 de abril de 2001 sobre terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio permite al médico atender la petición de morir de un paciente menor de edad, que tenga una edad comprendida entre los 12 y los 16 años siempre que pueda realizar una valoración razonable de sus intereses. Si el menor está entre los 12 y los 16 años se exige la autorización de los padres; si el menor de edad es mayor de 16 años decide por sí mismo, pero los padres deben haber participado en su proceso de decisión. También el art. 3 1º de la ley belga de 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia permite solicitar la muerte a menores emancipados, capaces y conscientes de su demanda.

¹²⁷ Cfr. HERNANDO GARCÍA, P.J., *Problemática jurídico-constitucional sobre la libre disposición de la vida humana: la eutana-*

De la misma manera, entendemos que la pérdida de la consciencia o de las facultades autónomas como consecuencia de la enfermedad no traslada la posibilidad de solicitar la ayuda a los familiares o representantes legales, en cuyas manos en ningún caso debe ponerse una decisión de tal calibre que podría obedecer a razones espúreas y encubrir una conducta homicida por su parte, por lo que en tales supuestos, no debe procederse a la intervención activa en la muerte del enfermo¹²⁸.

4. 4. Condiciones de ejercicio

Dada la trascendencia que tiene reconocer la facultad de ser ayudado a morir, su regulación debe ir especialmente dirigida a asegurar, primero, la situación objetiva del enfermo y, después, su capacidad o competencia para tomar libremente una decisión de tal naturaleza, lo que exige conocer la voluntad real del interesado. Por lo tanto, a la hora de reglamentar este derecho hay que precisar los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para su ejercicio.

Los requisitos objetivos hacen referencia a la situación física del enfermo, y desde esta óptica, la obtención de ayuda para morir sólo puede darse en dos supuestos¹²⁹:

1- enfermedad terminal, incurable, que conduce necesariamente a una muerte próxima y que normalmente produce graves sufrimientos.

2- situación vital insoportable o vida gravemente deteriorada, es decir cuando las condiciones de vida a consecuencia de una enfermedad o lesión grave incurable son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no es digna ni merece ser vivida según la consideración social mayoritaria.

Como requisito de tipo subjetivo, se precisa la capacidad del interesado y la constancia de su voluntad real, seria e inequívoca, es decir la ausencia de condicionamientos o presiones en la formación de dicha voluntad (depresión, ser una carga para los familiares...etc). La

sia, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Tomo I, Santander 1993, p.263.

¹²⁸ Con un criterio distinto, la Proposición de L.O. de despenalización de la eutanasia presentada por Izquierda Unida en Junio de 2002, prevé que los familiares en primer grado o quien ejerza la representación legal puedan solicitar la causación o cooperación activa en la muerte del enfermo.

¹²⁹ Seguimos en parte la descripción de las conductas eutanásicas realizada en el art. 143 4º del CP: enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

exigencia de este requisito tiene como finalidad que la decisión de morir de la persona se adopte libre y seriamente y por ello es garantía del ejercicio del derecho por su titular y no por otros y es una salvaguarda de su voluntad de vivir si así lo desea.

4.4.1. Condiciones objetivas

Los requisitos objetivos de ejercicio del derecho son una garantía de la seguridad jurídica y una cautela para evitar abusos, porque permiten apoyar la petición de morir del enfermo en datos objetivos que pueden hacer razonable la petición pues en la consideración social mayoritaria el dolor y el sufrimiento sin esperanza de curación son males que deben evitarse. Como dice JAKOBS, *hay situaciones determinadas en las que una muerte temprana es preferible a seguir viviendo, y ello...como modelo, como estándar, como lo que vale de modo general y, en este sentido, objetivamente, como*¹³⁰ *razonable*

Además, estas condiciones objetivas de ejercicio diferencian el derecho a morir del suicidio de personas sanas, en los que la razonabilidad de los móviles es puramente subjetiva (ej. depresión, pena de amor) y por tanto no garantiza que la intervención del tercero obedezca a motivos imparciales, ajenos a sus propios intereses, lo cual puede servir de argumento para explicar la punición de determinadas conductas de terceros como el auxilio o la cooperación necesaria al suicidio por parte de un Estado garantista de la vida.

Descendiendo a su análisis pormenorizado, la iniciación del proceso de morir¹³¹ marca uno de los momentos a partir del cual es admisible el derecho a morir en sus vertientes de auxilio activo a la muerte.

El proceso de morir se inicia cuando se diagnostica una enfermedad incurable y mortal que va a conducir necesariamente y en breve plazo a una muerte segura y que produce sufrimientos y dolores severos. La determinación del carácter incurable de la enfermedad y su irreversibilidad exigen un diagnóstico médico que, por razones de seguridad y para evitar errores, debe contratarse mediante la obtención de un segundo dictamen médico y todo ello en función de los avances médicos y científicos de cada momento. Pero, a nuestro juicio, para obtener la ayuda a morir no basta con que se haya iniciado el proceso de morir, sino que es necesario un requisito adicional

consistente en que esa enfermedad que da lugar a la iniciación del proceso esté **en fase terminal**, es decir en un momento en el que son inútiles todas las medidas terapéuticas y el único tratamiento posible es el alivio del dolor¹³². La voluntad de morir puede manifestarse, una vez diagnosticada la enfermedad, ante la posibilidad futura de graves dolores o sufrimientos, pero su puesta en práctica debe demorarse al tiempo en que ya no sea posible evitarlos, según los actuales conocimientos de la ciencia.

El segundo supuesto de ejercicio del derecho a morir es el de vida deteriorada o situación vital insoportable, es decir unas condiciones de vida tales que según la valoración social mayoritaria justifican no querer vivirla. Las causas de esta situación deben provenir de la existencia de una enfermedad, lesión o minusvalía incurable, que aunque no sea mortal, produzca graves padecimientos permanentes, difíciles de soportar e imposibles de suprimir según el estado actual de la medicina y la ciencia.. Si en el caso anterior lo decisivo era el carácter mortal y terminal de la enfermedad, ahora es fundamental el grave y permanente sufrimiento generado por la situación física en que se halla la persona.

No es necesario que exista una enfermedad en el sentido técnico del término, sino que la situación de sufrimiento y dolor puede estar generada por una disminución grave de la salud aunque no provenga de una patología, de ahí que se hable de lesión o minusvalía, que han de ser incurables, es decir persistentes durante toda la existencia de la persona.

Además, los graves padecimientos pueden ser físicos o psicológicos (ej. los derivados de la incapacidad general para valerse por uno mismo que ocasiona la enfermedad o lesión), pero, en cualquier caso, deben ser provocados por la situación física antedicha, no debiendo admitirse la ayuda a morir cuando los sufrimientos provienen exclusivamente de una mera situación psicológica en la que se pueda encontrar la persona en un momento dado, porque en tal caso desaparece el elemento objetivo que legitima el auxilio médico a la muerte y además no hay seguridad de que se cumpla el requisito subjetivo de

¹³⁰ Suicidio, eutanasia y Derecho Penal..., p. 61.

¹³¹ Utilizamos la certera terminología empleada por MÉNDEZ BAI-GES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos,....., pp. 44 y ss.

¹³² Como ejemplo, la Ley de la muerte con dignidad del Estado de Oregón de 1995 considera terminal la enfermedad cuando la esperanza de vida del paciente, según dictamen médico, no es superior a seis meses. Por su parte, la Ley de derechos de los enfermos terminales del Territorio Norte de Australia (promulgada en 1996, fue derogada en 1997) permitía la ayuda médica a morir a enfermos con una esperanza de vida menor de seis meses. Sobre esta última ley, vid. FERREIRO GALGUERA, J., Eutanasia, conciencia y Derecho: la ley del Territorio Norte (Australia), La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional, Granada 1998, pp. 465-486.

plena capacidad personal para tomar una decisión seria, libre y responsable ¹³³.

Aunque el derecho a morir como derecho prestacional adquiere plena efectividad en los casos de imposibilidad física para actuar por uno mismo, siempre que se den las condiciones de ejercicio que acabamos de reseñar, no consideramos como requisito necesario para ejercitar el derecho que la persona esté incapacitada para producirse a sí misma la muerte, porque está viviendo unas circunstancias tan penosas, que le puede resultar más consolador la intervención ¹³⁴ y ayuda médicas en la puesta en práctica de su decisión.

4.4.2. Condiciones subjetivas

Como requisito subjetivo se precisa la capacidad del titular para ejercer el derecho y la adopción libre, seria y meditada de su decisión, para evitar la posible manipulación de su voluntad. La trascendencia de la decisión exige la mayoría de edad y la autonomía de la persona para tomar la decisión, la cual comporta un conocimiento completo y suficiente de la situación, la ausencia de coacción interna y la falta de presiones externas ¹³⁵. A efectos de comprobar que se dan tales elementos, la ley puede prever el examen psicológico o psiquiátrico del enfermo para conocer su situación mental ¹³⁶ y la ausencia de presiones en la adopción de su decisión.

Es necesario que la voluntad de morir conste de manera indubitada por lo que la solicitud de ayuda debe ser expresa, seria y actual ¹³⁷. La petición expresa implica su formulación en términos claros, que no dejen duda a cerca de la voluntad real del sujeto y determina la irrelevancia del consentimiento presunto porque no permite conocer si la decisión de morir es realmente autónoma.

La seriedad de la petición exige que la solicitud de ayuda a morir sea madura y firme, para lo cual el paciente debe estar correctamente informado sobre el alcance y gravedad de su dolencia, y la petición de ser ayudado no debe responder a presiones externas ni ser fruto de estados anímicos momentáneos; en este sentido, la reiteración de la petición en un determinado periodo de tiempo puede ser ¹³⁸ indicativa de una decisión madurada y no impulsiva.

La actualidad de la solicitud supone que se plantee cuando ya se dan las condiciones que la ley marque para ejercer el derecho, es decir el enfermo está ya en la fase terminal o está viviendo una situación vital insoportable. Ello plantea el problema de la eficacia de la petición de morir manifestada en un documento de voluntades anticipadas. A juicio de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, la única manera de preservar la autodeterminación personal cuando ya no se tiene autonomía es considerar que tal solicitud es expresión inequívoca de la voluntad de morir, siempre que las circunstancias de la petición reflejadas en el documento coincidan plenamente con la situación real concurrente ¹³⁹ en el momento de realizarse la conducta solicitada. Por su parte, la ley belga sobre eutanasia otorga relevancia a la declaración de voluntad anticipada que solicite la práctica de la eutanasia si consta por escrito y ha sido redactada o confirmada en los cinco años inmediatamente anteriores al momento en que no es posible manifestar la voluntad (art. 4). Desde nuestro punto de vista, debe ser preponderante la actualidad de la petición, por lo que un genérico documento de instrucciones previas como el regulado en el art. 11 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente no es el instrumento más adecuado para dejar constancia de una decisión tan trascendental como es la ayuda activa a morir.

A nuestro juicio, la admisión de una declaración de voluntad anticipada en este supuesto debe reunir los siguientes requisitos: figurar en un **documento ad hoc**, es decir dirigido de manera exclusiva a manifestar la voluntad de morir cuando se reúnan las condiciones legales para ello y no se tenga capacidad ni autonomía para decidir; redactarse ante fedatario público y en un momento muy concreto: cuando exista al menos un primer

¹³³ Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 127-128., al analizar los requisitos que exige el tipo del art. 143 4º del CP.

¹³⁴ Sin embargo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA propone de lege ferenda que, con el fin de asegurar la firmeza de la voluntad del enfermo, una eventual despenalización del homicidio eutanásico solicitado se limite a supuestos de personas que no pueden tragar por sí mismas una dosis letal de medicamentos (Vid. La disponibilidad de la propia vida....p. 150. También, La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p.126).

¹³⁵ Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ E., La eutanasia ante la moral y el Derecho...., pp. 214 y ss.

¹³⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia....., p.357

¹³⁷ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., pp. 129-134.

¹³⁸ El art. 2 de la Proposición de L.O. de despenalización de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en Junio de 2002, exige que la voluntad de morir sea solicitada al menos dos veces en un periodo de dos meses ante el facultativo correspondiente (BOCG nº 254-1 de 14 de Junio de 2002).

¹³⁹ Cfr. La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 133.

diagnóstico del carácter grave e irreversible de la enfermedad o afección aunque todavía no sea terminal o no esté generando graves padecimientos; por último debe someterse a un plazo de eficacia desde su emisión relativamente corto y por tanto muy inferior al de 5 años previsto en la ley belga.

4.5. Procedimiento

El derecho a obtener el auxilio para morir debe situarse en un contexto sanitario-asistencial en el que la intervención de los profesionales de la medicina, bajo la supervisión de Comisiones o Comités creados al efecto, debe ser esencial, tanto para comprobar la concurrencia de las condiciones objetivas y subjetivas exigidas por la ley para el ejercicio del derecho (el diagnóstico médico de la enfermedad terminal o de la situación física permanente e incurable y el estado mental del enfermo para adoptar una decisión libre y consciente), como para llevar a efecto la decisión adoptada por el titular del mismo. Sólo así se garantiza realmente que la muerte del enfermo atiende a sus propios intereses y es fruto de su voluntad real y, al poner el control de la situación en manos de poderes públicos, se evitan consecuencias indeseables y posibles abusos.

A grandes rasgos, el modo de ejercer el derecho podría discurrir por estos cauces:

La petición de auxilio para morir debe constar por escrito, estar firmada por el interesado y puede ser ratificada por testigos. Como garantía de que la decisión se ha adoptado de forma sopesada y madura, la solicitud puede someterse a un tiempo de espera, que podría ser de 10 o 15 días, al cabo de los cuales, se debe ratificar la petición, la cual podrá revocarse en cualquier momento.

Puesto que partimos de un derecho compatible con la vida y con el carácter garantista que de la misma tiene nuestro Ordenamiento, consideramos imprescindible observar las máximas cautelas posibles, por lo que nos parece preferible asumir un control a priori del cumplimiento de los requisitos legales, aunque algunos piensen que es una opción plagada de dificultades prácticas insalvables porque supondría burocratizar la situación hasta el punto de que no se podría realmente ejercer el derecho¹⁴⁰.

Desde esta perspectiva, entendemos que la puesta en práctica de la decisión de morir debe corresponder al médico de cabecera o al facultativo que esté tratando al enfermo en su patología, pues parece el profesional más

adecuado para ayudar a morir, excluyéndose por tanto al personal de enfermería. Su intervención debe ser opcional y no obligatoria, aunque, una vez que decide asistir al paciente en su muerte, debe estar presente en todo el proceso y realizar las actuaciones tendentes a ese fin, pero no puede aceptar ningún precio o recompensa y deben ser ineficaces las disposiciones testamentarias o de última voluntad que a su favor realice el enfermo.

Una vez recibida la solicitud, debe dar traslado de la petición a una Comisión o Comité multidisciplinar creado al efecto en cada hospital¹⁴¹, que sería el órgano encargado de supervisar todo el proceso, para lo cual contaría con un equipo específico de profesionales encargados de contrastar el diagnóstico de la enfermedad y el estado psicológico del enfermo. Es verdad que de la agilidad y buen funcionamiento de estos organismos de control dependerá la plena efectividad y el ejercicio real del derecho, pues en muchos casos la situación del enfermo no admitirá demoras. Quizás por esta razón, las leyes holandesa y belga, únicas legislaciones europeas que contemplan el auxilio activo a la muerte¹⁴², prevén un control del proceso a posteriori a través de la presentación por el médico interviniente de un *dossier*, en el que debe haber constancia documental de que la ayuda a morir se ha practicado según las condiciones y el procedimiento previsto en la ley.

Sería conveniente que la ayuda a morir se realizara en presencia de testigos y, una vez consumada, el médico

¹⁴¹ Dichos órganos deberían estar formados por profesionales de la salud, juristas y personal especializado en enfermedades incurables o cuidados paliativos (asistentes sociales, psicólogos...). Los avances tecnológicos y científicos están propiciando ya la creación de organismos de carácter consultivo y asesor para dar una respuesta ética a los nuevos retos que genera la biomedicina. Así, en Abril de 2002 se creó en el Ministerio de Ciencia y Tecnología el Comité Asesor de Ética como instrumento consultivo para emitir recomendaciones y opiniones fundadas sobre las diferentes cuestiones éticas relacionadas con la manipulación genética, la reproducción asistida y la biomedicina en general. Más recientemente, el art. 30 de la ley valenciana 1/2003 sobre derechos e información al paciente prevé la creación de un Consejo Asesor de Bioética y de Comités de bioética asistencial para dilucidar aspectos de carácter ético relacionados con la práctica asistencial, poder establecer criterios generales ante determinados supuestos que pueden aparecer como consecuencia de los avances tecnológicos, fomentar el sentido de la ética en los estamentos sanitarios y organizaciones sociales y desarrollar cualquier tipo de actividad relacionada con la bioética.

¹⁴² La ley belga de 28 de Mayo de 2002, relativa a la eutanasia entró en vigor el 23 de Septiembre de ese año. Anterior en el tiempo, la ley holandesa de 4 de Abril de 2001 sobre comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio entró en vigor el 4 de Abril de 2002. Sobre la situación holandesa anterior a la ley puede verse, MARCOS DEL CANO, A. M^o, *Legislación eutanásica y realidad social: la experiencia de Holanda*, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, pp. 73 y ss.

¹⁴⁰ Vid. TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida....., p. 142.

emitiera un informe y diera traslado del mismo a la Comisión o Comité que haya conocido del caso.

Para finalizar, quisieramos reclamar la atención del Legislador para que acometa la regulación de este tema teniendo en cuenta el sentir mayoritario de la sociedad, aunque le resulte espinoso y problemático, pero también en su día lo fueron otros de cuya necesaria y beneficiosa reglamentación hoy nadie duda¹⁴³. Si el Derecho es la parte de la ética que se impone coactivamente por ser de vital importancia para la sociedad¹⁴⁴, no parece éticamente reprochable atender a los deseos de una persona que está en fase terminal o que sufre de manera *inhumana*, y que pide la anticipación de su muerte. El Derecho es prudente y cauto, por eso la respuesta jurídica suele ir a remolque de la dinámica social, pero debe reaccionar con prontitud si de lo que se trata es de neutralizar el dolor y el sufrimiento irreversibles de **cada vez más personas**.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV., *Morir con dignidad: dilemas éticos en el final de la vida*, Madrid 1996
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid 1999.
- ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona 1993.
- BASDEVANT-GAUDEMET, B., L'euthanasie et la renonciation aux traitements édiciaux en droit français, *ADEE VIII*, 1992, pp. 289 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., Prolongación artificial de la vida y trato inhumano y degradante, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)* nº 51, 1993, pp. 709 y ss.
- CABELLO MOHEDANO, F.A./GARCÍA GIL, J.M./VIQUEIRA TURNEZ, A., *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz 1990.
- CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1993, pp. 337-358.

¹⁴³ V.g. el aborto, el divorcio o los transplantes de órganos. Es más, algunos de ellos, como el de la reproducción asistida, son especialmente complejos y técnicos, lo que no ha impedido que la legislación española haya sido pionera en Europa (Cfr. CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos....., pp. 69-70).

¹⁴⁴ Cfr. J.A. MARINAS, Crónica dominical del Diario "El Mundo" de 19 de Mayo de 2002

- CARBONELL MATEU, J.C., Constitución, suicidio y eutanasia, *Cuadernos Jurídicos (CJ)*, nº 10, 1993, pp. 26 y ss.
- CASADO GONZÁLEZ, M., *La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid 1994.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., Eutanasia y Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 83-114.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., (co-ords), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia 1996.
- DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona 1994.
- FERRARI, S., L'eutanasia e il rifiuto di trattamenti sanitari nel diritto italiano, *ADEE VIII*, 1992, pp. 279 y ss.
- FERREIRO GALGUERA, J., Eutanasia, conciencia y Derecho: la ley del territorio Norte de Australia, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada 1998, pp.465-486.
- FLECHA ANDRÉS, J.R., Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos. *REDC*, vol. 45, nº 124, 1988, pp.155-208.
- GAFO, J., - Eutanasia y derecho a morir en paz, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, Madrid 1984, pp.123-142.
- *La eutanasia. El derecho a una muerte humana*, Madrid 1989.
- GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia, *Sistema*, Enero de 1992, pp. 81-107.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Cantero)*, 12, 1987(publicado en 1989), pp. 107-112.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida*, Alicante 1993.
- HERNANDOD GARCÍA, P., Problemática jurídico-constitucional sobre la libre disposición de la vida humana: la eutanasia, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, I, U. de Cantabria 1993, pp. 251 y ss.

- JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, 6ª ed., Buenos Aires 1946.
- JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II*, Madrid 1999, pp. 329-336.
- MARCOS DEL CANO, A.Mª, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid 1999.
- MARÍN GÁMEZ, J.A., La eutanasia desde la perspectiva del Derecho Comparado. Especial atención a los casos holandés y norteamericano, *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 85, 1996, pp.139 y ss.
- MÉNDEZ BAIGES, V., *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, Madrid 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., La eutanasia: perspectivas actuales y futuras, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1988, pp.115 y ss.
- ROBERT, J. - DUFFAR, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6ª ed., París 1996.
- ROMEO CASABONA, C.Mª, El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp. 189-205.
- RUIZ MIGUEL, A., - Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 14, Enero-Abril de 1993, pp.135 y ss.
- La eutanasia: algunas complicaciones, *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, nº 17, Agosto de 1993, pp. 43 y ss.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*, Sevilla 1999.
- TAMARIT SUMALLA, J.Mª, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona 1989.
- TOLEDANO TOLEDANO, J.R., *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Barcelona 1999.
- TORÍO LÓPEZ, A., ¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?. Indicaciones provisionales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp. 231-237.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *-La disponibilidad de la propia vida en del Derecho Penal*, Madrid 1999.
- La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia 2000.
- VALLE MUÑIZ, J.M., - La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia, *Cuadernos Jurídicos* nº 25, Diciembre 1994, pp.12 y ss.
- Comentario al art. 143 CP, *Comentarios al Nuevo Código Penal (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz)*, Pamplona 1996, pp. 696-710.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp.281 y ss.

