



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir: Regulación de la eutanasia

Principi d'autonomia i dret a l'ajuda a morir: Regulació de l'eutanàsia

Principle of autonomy and the right to assistance in dying: Regulation of euthanasia

Mirentxu Corcoy Bidasolo*

* Mirentxu Corcoy Bidasolo. Catedrática de Derecho. Universidad de Barcelona. Email: mcorcoy@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6486-1139>.



Resumen

En este artículo se revisan las principales legislaciones europea relacionadas a la eutanasia y la ayuda a morir como un derecho, desde el presupuesto de la legitimidad y el principio de autonomía. Se analizan críticamente los supuestos constitucionales que promueven dichas legislaciones y se concluye con una visión acotada a la legislación en España, Ley Orgánica 3/2021 reguladora de la eutanasia.

Palabras clave: eutanasia; ayuda a morir; legislación; autonomía; derecho; deber; objeción de conciencia.

Resum

En aquest article es revisen les principals legislacions europees relacionades amb l'eutanàsia i l'ajuda a morir com un dret, des del pressupost de la legitimitat i el principi d'autonomia. S'analitzen críticament els supòsits constitucionals que promouen aquestes legislacions i es conclou amb una visió acotada a la legislació a Espanya, Llei Orgànica 3/2021 reguladora de l'eutanàsia.

Paraules clau: eutanàsia; ajuda a morir; legislació; autonomia; dret; deure; objecció de consciència.

Abstract

This article reviews the main European legislations related to euthanasia and assistance in dying as a right, based on legitimacy and the principle of autonomy. It critically analyses the constitutional assumptions that promote these legislations and concludes with a view of the legislation in Spain, Organic Law 3/2021 regulating euthanasia.

Keywords: euthanasia; assistance in dying; legislation; autonomy; right; duty; conscientious objection.

1. Introducción

- i. Mi interés por este tema es muy antiguo y, podríamos datarlo, desde la perspectiva académica en el 1990 cuando, juntamente con el profesor Santiago Mir, realizamos un informe sobre la necesidad de regular la eutanasia. Atendiendo a la relevancia del tema he seguido trabajando sobre la cuestión, impartiendo cursos y participando en los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho, así como en la redacción del manifiesto sobre eutanasia del Grupo de Estudios de Política Criminal. En España, finalmente, se ha aprobado el derecho a la ayuda a morir, en la Ley Reguladora de la Eutanasia (LO 3/2021).
- ii. Tanto en el principio como en el fin de la vida los avances científicos afectan al Derecho, en general, y al Derecho penal, en particular. Mientras en el inicio de la vida las técnicas de reproducción asistida, la utilización de los embriones, la reproducción subrogada (STS (Sala Civil) 277/2022, de 31 de marzo, pleno del TS, considera ilegal la subrogación) suscitan diversos conflictos éticos y jurídicos, en el fin de la vida los avances de la medicina están provocando un cambio radical en la aplicación de la medicina e incluso en la ética y deontología médica. Ya no se trata únicamente de prohibir prolongar la vida cuando el enfermo no desea un tratamiento -exigencia de consentimiento informado para llevar a efecto cualquier tratamiento-, sino de respetar hasta el final su autonomía. No es válido al llamado juramento hipocrático entendido como deber de prolongar la vida, ya que lo que los profesionales deben perseguir es alcanzar el "bienestar físico y psíquico del paciente", en la línea de lo que realmente afirmó Hipócrates y tal y como se concibe la salud por la OMS: "bienestar físico, psíquico y social". La referencia generalizada, por parte del personal médico, de que tienen el deber de mantener la vida del enfermo, en virtud del juramento hipocrático, es injustificada por cuanto lo que Hipócrates defendía es el deber de procurar el bienestar del enfermo.
- iii. Si antiguamente la capacidad de la medicina para mantener la vida de las personas era poca, en la actualidad la situación se invierte y ante los medios cada vez mayores que posibilitan alargar la vida, en la sociedad se hace fuerte la idea de que las personas no sólo tienen derecho a la vida, sino que también tienen derecho a morir dignamente¹. Todo ello ha conducido a la necesidad de reformar las leyes e incluso los códigos deontológicos. En concreto, en el ámbito administrativo se promulgó la primera ley que atiende a la voluntad de la persona para

¹ Existen estudios que muestran que aproximadamente un 80% de los europeos están de acuerdo con el derecho a la muerte asistida.

"ordenar", siempre que no esté prohibido, cómo quiere que sea el fin de su vida²³. En esta línea en Cataluña se promulgó la Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els Drets d'Informació Concernent la Salut i l'Autonomia del Pacient i la Documentació Clínica. Ley en la que se hace referencia por vez primera a los "documentos de voluntades anticipadas" y que, en gran medida, fue copiada a nivel del Estado español, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica. En el ámbito penal, en el Código Penal de 1995, se introduce un cuarto apartado en el art. 143, relativo a la inducción y auxilio al suicidio, en el que se contempla la exención de responsabilidad penal en los supuestos de la llamada eutanasia pasiva y activa indirecta, atenuando sustancialmente la pena en los supuestos en los que la ayuda a morir se produzca en el contexto de verdaderas situaciones de eutanasia - eutanasia activa directa-.

- iv. En el año 2001, Holanda fue el primer país europeo en que se reguló la eutanasia y, posteriormente se han ido legalizando en otros países y normalizando su aplicación⁴. Un estudio sociológico de nuestro entorno cultural evidencia que, con el nivel al que ha llegado la medicina, es necesario regular la posibilidad de que las personas que se encuentran en unas circunstancias determinadas puedan solicitar tanto la eutanasia activa directa, como la eutanasia activa indirecta, como, por supuesto, los cuidados necesarios para aminorar el sufrimiento -eutanasia pasiva-. Esta necesidad se advierte incluso en Alemania donde, por razones históricas (eutanasias criminales llevadas a efecto por los nazis), no se había planteado este problema, en la actualidad un 70% de la población considera que se debe ayudar a morir a los enfermos sin esperanza que lo soliciten⁵. Los mínimos problemas que se han suscitado en los países donde existe esta regulación y, por el contrario, la paulatina ampliación de los supuestos en los que se aplica, se explica por ser una cuestión asumida y aceptada mayoritariamente por la sociedad, incluida la española. En esta línea deberíamos plantearnos por qué razones, el art. 143.4 Código penal, en el que se castigaba la eutanasia no

² Cfr. Lecuona, I/Royes, A. (2013), "Sobre las voluntades anticipadas: aspectos bioéticos, jurídicos y sociales", *Rev. española de Medicina Legal*, vol. 39, pp. 26-31.

³ Vid. Casado, M. (2008), "Una vez más sobre la eutanasia", *Enrahonar: Quaderns de filosofia*, 40/41, pp. 113-121.

⁴ Es diferente el caso de Suiza en el que no existe una verdadera regulación, sino que se "permite" en base a la redacción del § 115 StGB, que establece que el auxilio al suicidio no será punible cuando se lleve a efecto por motivos altruistas. Sistema que crea una gran inseguridad jurídica, lo que ha sido ratificado por la STEDH de 14 de mayo de 2013 (Caso Gross vs. Suiza). Siendo por lo demás discutible que las asociaciones *Exit*, *Dignitas* y *Eternal Spirit*, que ofrecen la ayuda a morir sean "altruistas". La primera lo ofrece a ciudadanos y residentes en Suiza que paguen una cuota de unos 50 € anuales y las otras dos a cualquiera, por precios que oscilan entre 7.000 y 10.000 €, sin incluir el viaje.

⁵ De este porcentaje, un 60% se declaran protestantes y un 68% católicos.

fue nunca aplicado, en los más de veinticinco años de vigencia. Es sabido que el conocido *Caso Sampedro* fue realmente orquestado por los responsables de la Asociación al Derecho a Morir Dignamente (ADMD) para comprobar si los supuestos de eutanasia en los que quien tomaba la decisión final era el propio enfermo quedaban abarcados por la prohibición del art. 143.4 CP o no, en base a cómo debería interpretarse el término “directa”. Seguimos y seguiremos sin saberlo.

- v. Ello, no obstante, subsisten dificultades que parecen casi insalvables en cuanto toda la justificación se fundamenta en el consentimiento del paciente lo que deja fuera de esta regulación permisiva un gran número de casos. En particular, todos aquellos en los que el enfermo no tiene capacidad de consentir. Así, por ejemplo ¿qué sucede con los enfermos de Alzheimer o de otras modalidades de demencia? Algunos se pueden solucionar a través de los documentos de voluntades anticipadas. Documentos que deberían aconsejarse por el médico cuando diagnostican enfermedades degenerativas. En otros supuestos, como sucede con los menores, el problema es, si cabe, más complejo.

2. Presupuesto de legitimidad de la ayuda a morir

- i. La legitimidad de la eutanasia se fundamenta en que es expresión del ejercicio del derecho a la libertad, es decir, en el principio de autonomía de las personas⁶. La cuestión de fondo, que subyace a la problemática de la eutanasia, estriba en la eficacia del consentimiento del titular del derecho a la vida, que debería de ser absoluta en todos los sentidos, es decir, tanto en la posibilidad de renunciar a ese derecho fundamental, como respecto de la decisión sobre la forma o medida en que quiere disfrutar de ese derecho. Este principio no debería ser discutido puesto que la Constitución establece con meridiana claridad que la vida, la salud, la dignidad, la libertad, la seguridad, la intimidad y el honor son derechos fundamentales de la persona que deben de ser protegidos por los poderes públicos. Es decir, respecto del Estado, la Constitución no le otorga un derecho para proteger estos bienes jurídicos fundamentales sino exclusivamente un deber, por lo que debería de entenderse que el mencionado deber de protección no existe cuando el titular no quiere ejercer ese derecho, sino que, por el contrario, renuncia a él. Esta configuración de los derechos fundamentales, exclusivamente, como un deber de los poderes públicos de proteger los bienes jurídicos de las personas, que no lleva aparejado un derecho sobre ellos, determina que el propio titular del derecho es el único que

⁶ Royes, A. (Coord) 2015, *Morir en libertad*, Ed. UB, Barcelona.

tiene capacidad de decisión sobre cómo y en qué forma quiere ejercer ese derecho. Esto es así porque no se protege la vida en sí misma sino el interés por la vida que tiene su titular. Por consiguiente, en el supuesto de que este interés por la vida no exista, automáticamente, decae el deber de protegerlo atribuido al Estado.

- ii. No obstante, la titularidad de derechos como la vida y la salud y el grado de disponibilidad sobre ellos ha sido y es, incluso actualmente, objeto de discusión, propiciada por el llamado juramento hipocrático, así como por creencias religiosas. En general, se parte de la no disponibilidad de la vida y la salud, basando esta interpretación en la regulación que de los delitos de homicidio y lesiones prevé el Código penal. En el antiguo Código penal parecía evidente la ineficacia del consentimiento, o al menos la muy limitada eficacia, en relación con el bien-jurídico vida, puesto que se castigaba no sólo la inducción y auxilio ejecutivo al suicidio sino incluso la mera complicidad y no existía referencia alguna al homicidio consentido, en casos de eutanasia. En el Código penal de 1995 se otorgó una mayor eficacia al consentimiento, no sólo porque ya no se castigaba la mera complicidad en el suicidio, sino, especialmente, porque aparece por primera vez una regulación expresa de la eutanasia, donde se prevén penas sustancialmente inferiores a las de la cooperación en el suicidio y en el que, además, se restringen las conductas típicas a la cooperación necesaria activa directa y a la cooperación ejecutiva, siendo discutible que realmente se pudieran castigar todos los supuestos de cooperación necesaria activa, atendiendo al requisito de "directa" que se incluye en el art. 143.4 CP. El concepto de directa no se relaciona con la participación y, sin embargo, lo encontramos respecto de la tentativa, cuando en el art. 16.1, se establece que "...da principio a la ejecución del delito *directamente*...". En consecuencia, deberíamos preguntarnos si puede afirmarse que es una cooperación directa aquélla en la que la ejecución se inicia "directamente" por el autor. En la tentativa, "directamente" se ha interpretado, tradicionalmente⁷, en el sentido de que no debe de restar ningún paso intermedio entre la conducta realizada por el autor y la conducta ejecutiva⁸. En los supuestos en los que la intervención de terceros requiera de la posterior del autor, en este caso del paciente, que llevaría a efecto la conducta ejecutiva, sería discutible que la conducta de esos terceros sea relevante penalmente puesto que no es "directa" en relación con la conducta de matar. Entre la intervención del tercero y la muerte del paciente existe una fase intermedia consistente precisamente en la realización de una conducta por parte de éste, conducta que sí está

⁷ Por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1972), *Comentarios al Código Penal* (Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo/Casabó Ruiz), p. 117.

⁸ Cfr. MIR PUIG, S. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 11^a ed., p. 340, afirma que el adverbio "directamente", previsto en el artículo 16.1 CP para la tentativa, supone la exigencia de que "no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo proyectado".

directamente relacionada con la causación de la muerte, que requiere de la voluntad expresa del “autor-víctima”.

- iii. Respecto de la protección penal de la salud las modificaciones que se han producido en el Código penal de 1995, respecto al anterior, en relación con la eficacia del consentimiento, son similares a las previstas respecto de la vida, puesto que frente a una indisponibilidad total de la salud en la regulación anterior⁹, en el actual Código penal está prevista una disminución de las penas en el supuesto en que medie consentimiento libre por parte del lesionado. La relativa eficacia del consentimiento en relación con la disposición sobre la vida y la salud se ha fundamentado, tradicionalmente, a partir de concebir estos derechos fundamentales como bienes jurídicos en los que existe un componente supraindividual que determina la concurrencia de una obligación del Estado de protegerlo, en contra incluso de la voluntad de su titular¹⁰. Esta explicación carece de fundamento, por cuanto, si son bienes jurídicos personalísimos, el deber constitucional del Estado de protegerlos decae en el momento en que el titular del derecho declina esa protección¹¹. Otro motivo que abunda en la ausencia de fundamentos jurídicos que permitan adscribir un componente supraindividual a determinados bienes jurídicos personales lo encontramos en el hecho de que, careciendo también de base constitucional alguna, este componente supraindividual se predica, únicamente, respecto de la vida y la salud, considerando disponibles por su titular todos los demás bienes jurídicos fundamentales, sin que se ofrezcan razones válidas para este trato diferencial¹². En definitiva, puede afirmarse que el derecho a la autonomía del paciente está protegido por la Constitución garantizando la cooperación o la causación de la muerte por un

⁹ Un amplio sector doctrinal sostiene que cuando el art. 15 CE declara que “todos tienen derecho a la vida” no se engendra a favor del individuo la facultad de disposición de su propia vida, sin justificar el por qué de este razonamiento. No obstante, otro sector doctrinal, entre los que podemos citar a, QUERALT, J.J. (1988), “La eutanasia”, ADPCP, p. 20; CARBONELL, J.C. (1991), “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra a vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, CPC, pp. 661 ss., que afirman que el castigo de la eutanasia es inconstitucional por ser incompatible con la libre autonomía individual consagrada en la Constitución.

¹⁰ No se trata, por tanto, de un problema de justificación, entendiéndose que se puede disponer de la vida cuando esta disposición entra en conflicto con el derecho a la libertad, afirmando que al ser a libertad el valor superior del ordenamiento jurídico, en la ponderación de intereses, la libertad prevalece sobre los demás.

¹¹ Carece de fundamento la justificación de este diferente trato en base a la distinción entre bienes jurídicos absolutamente espiritualizados (honor o intimidad) respecto de los que tienen un substrato material (vida, salud e integridad corporal), de forma que ello justifica la consideración de los delitos contra la vida y la salud como delitos pluriofensivos, en los que se puede disponer de la parte que se desprende de la dignidad humana y no del substrato material, en este sentido, TAMARIT, J.M. (2004), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Dir. Quintero, G./Coord. Valle, J.M.), Ed. Aranzadi, pp. 105 ss.

¹² En este sentido, ROMEO CASABONA, C.M. (1987), “El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español”, *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 13, pp. 107 ss., afirma la ilegitimidad de la intervención de terceros en base a la irrenunciabilidad del derecho a la vida.

tercero cuando el paciente no puede valerse por sí mismo para realizar su voluntad de morir

13

- iv. Si la indisponibilidad, total o relativa, de la vida o la salud no puede fundamentarse en la Constitución, la razón por la cual en el Código Penal se limita la eficacia del consentimiento se encuentra en la persistencia de valores éticos, o mejor religiosos, en el ámbito del Derecho o/y en razones de política-criminal, derivados de la dificultad de probar en muchos casos, especialmente cuando el bien jurídico del que se dispone es la vida, que el consentimiento del titular haya sido libre y válidamente emitido. Los problemas de prueba sobre la concurrencia de un consentimiento no viciado justifican que en la regulación penal se parta de una presunción *iuris tantum* de ausencia de consentimiento libre y, en consecuencia, aun cuando sea con penas mínimas castigar a los partícipes, siempre que no exista prueba bastante de su existencia. Este planteamiento es el que se adopta en las diversas regulaciones sobre la eutanasia y también en la LO 3/2021, que, consecuente con la problemática del consentimiento, establece los requisitos que se necesitan para dejar constancia de la concurrencia de la solicitud libre del titular.
- v. Problema distinto es la posibilidad de trasladar el ejercicio de la libertad de disposición de la vida o la salud a terceras personas¹⁴, es decir, de un derecho a morir¹⁵, o mejor, la inexistencia de un deber de vivir¹⁶, máxime cuando con ese derecho se pretende ejercer también el derecho a la dignidad en los supuestos en los que el mantenimiento de la vida atenta claramente contra ella¹⁷. Ello determina el deber, por parte de los poderes públicos, de establecer los mecanismos necesarios para que la persona puede ejercer ese derecho lo que, a su vez, implica que los profesionales médicos tengan el deber de practicar la conducta eutanásica solicitada¹⁸.

¹³ En este sentido, RUIZ MIGUEL, A., "Autonomía individual y derecho a la propia vida", *Revista Española de Derecho*, nº 30, 2010, p. 40; TOMAS-VALIENTE, C., (1999), *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, passim. y LA MISMA (2011), "El derecho ante las decisiones al final de la vida", *Derecho y Salud*, Vol. 22, pp. 119-137, defendiendo la legitimidad de la decisión sobre la propia vida desde la política criminal y la filosofía moral.

¹⁴ En sentido contrario, las SSTC 120/90, de 27 de junio y 137/90, de 19 de junio, niegan que de la Constitución pueda extraerse la existencia de un derecho a morir, dado que la incompatibilidad implícita de los conceptos vida y muerte obliga a interpretar que en la Constitución sólo se protege el ejercicio del derecho a la vida; al respecto vid. Díez RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L. (1993), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 254 ss., que argumentan las razones por las cuales no puede hablarse de un derecho a morir protegido constitucionalmente.

¹⁵ En este sentido, ROMEO, C.M., "El marco jurídico-penal de la eutanasia ...", pp. 101 ss., niega la existencia de un deber de vivir.

¹⁶ Por ello, los planteamientos aquí defendidos requieren partir de la postura contraria, definida con gran clarividencia por TORÍO, A. (1983), "Estudio sobre la Reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)", en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, cuando afirma que el suicidio "es la muerte querida por una persona imputable".

¹⁷ Cfr., RUIZ MIGUEL, A. "Autonomía individual ...", pp. 11-43, considerando prioritaria la autonomía individual como límite a la protección positiva que el Estado debe ofrecer del derecho a la vida.

¹⁸ OBD (2004), *Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia*.

- vi. Presupuesto esencial para la eficacia del consentimiento es su naturaleza. Para que la disposición por su titular de un bien jurídico personal sea eficaz es necesario que se trate de un consentimiento libre y válidamente emitido. La libertad y validez del consentimiento plantean problemas especialmente en tres ámbitos. En primer lugar, en relación con la disposición sobre la propia vida que, junto a los problemas teóricos que se suscitan, especialmente, por quienes defienden que el suicidio nunca es libre¹⁹, plantea otros de índole práctica de difícil solución, por cuanto, para la valoración sobre la validez de ese consentimiento no se podrá contar con el testimonio del titular. La dificultad de prueba de la libertad del consentimiento en estos casos aconseja que el legislador tenga un especial cuidado a la hora de legislar en materia de suicidio y eutanasia, sin que sea válido optar por una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento. Otra cuestión problemática en relación con el consentimiento, tanto respecto de la vida como de la salud, es que su validez depende de la información que el titular del derecho tenga sobre el objeto de consentimiento, sólo con una información adecuada podrá el titular prestar un consentimiento válido. En tercer lugar, la validez del consentimiento plantea problemas en relación con cuándo se entiende que una persona tiene capacidad de consentir respecto del ejercicio de sus bienes jurídicos fundamentales. En particular, el problema se plantea respecto de la eficacia del consentimiento prestado por menores e incapaces²⁰. Una postura simplista nos llevaría a afirmar que la capacidad de consentir debe de sujetarse a las reglas del Derecho civil, sin embargo, cuando están en juego bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la salud, la intimidad..., la solución correcta no es tan sencilla. Los menores e incapaces son personas y, en cuanto tales, se les debe dejar ejercer sus derechos en la medida que se pueda constatar su capacidad natural de consentir²¹.
- vii. De acuerdo con los criterios establecidos acerca del fundamento de la disponibilidad de los bienes jurídicos personalísimos, es evidente que presupuesto esencial de cualquier actuación que pueda suponer no ya la muerte, sino incluso una disminución de las probabilidades de vida sólo será legítima cuando su titular así lo desee. Por consiguiente, hay que diferenciar

¹⁹ En cierto sentido similar, DEL ROSAL BLASCO, B. (1996), "El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España", en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, (Coord. Díez Ripollés, J.L./Muñoz, J.), Ed. Tirant lo Blanch, pp. 63 ss., que entiende que dada la trascendencia y gravedad que reviste la disposición de la propia vida y la obligación del Estado de proteger la vida, se podría exigir que el sujeto para disponer libremente de la vida fuera plenamente consciente.

²⁰ En Holanda, la Ley sobre la Eutanasia, de 1 de abril de 2002, establece que, respecto los mayores de 16 años, la voluntad de los padres no juega papel alguno, requiriéndose el consentimiento de los padres en los menores de 16 años. En el mismo sentido, el art. 9.3. c) L 4172002, establece que a partir de los 16 años cumplidos, el consentimiento informado no será por representación.

²¹ Cfr. Corcoy, M. (1998) "El tratamiento del secreto y el derecho a la intimidad del menor. Eficacia del consentimiento", en *En Protección de menores en el Código Penal* (Dir. José Luis Jori Tolosa). Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ XII, Madrid (publicado en noviembre de 1999).

claramente las conductas llevadas a efecto sin el consentimiento del paciente, mucho más contra su voluntad, de aquéllas expresamente solicitadas por éste. Las actuaciones contrarias a la voluntad del paciente en todo caso serán delictivas. Entiendo que ni tan siquiera es legítimo imponer o retirar un tratamiento porque el facultativo considere que esa conducta es la más adecuada atendiendo a criterios de *lex artis*²², excepto que exista peligro para la salud pública y en situaciones de urgencia, siempre que no sea posible obtener autorización. Respecto de los llamados tratamientos “fútiles”, en cuanto no sirven a una mejoría real del enfermo, no puede negarse sin más su aplicación y, en todo caso, se podrían limitar por razones de distribución de recursos sanitarios en la sanidad pública²³. Cuestión diferente es que, en esos casos, deba explicarse, si cabe con mayor claridad, la situación al enfermo, excepto si se considera como tratamiento fútil aquél que no sólo no puede producir mejoría real sino ni tan siquiera aparente, por enfrentarse el paciente directamente a la muerte, como sucede, por ejemplo, en los casos de fracaso multiorgánico. Esta situación es flagrante en los supuestos de coma vegetativo persistente, en los que realmente sería necesaria una regulación análoga a la prevista en la Ley del Transplante y Donación de Órganos²⁴, estableciendo cuándo debe declararse situación de muerte clínica y, en consecuencia, deberían retirarse los tratamientos establecidos.

- viii. Cuando no concurre consentimiento del paciente hay que diferenciar los casos en los que se puede conocer la voluntad del paciente, ya sea directamente, ya sea a través de un documento de voluntades anticipadas, de los supuestos en los que el paciente no tiene capacidad de consentir. En el primer caso el facultativo antes de actuar está obligado a conocer cuál es la voluntad del paciente, expresada directamente o en el documento de voluntades anticipadas. En el segundo la situación es diferente y en la actualidad la única referencia legal con la que contamos, establecida ya en la Ley General de Sanidad de 1985, y confirmada en la Ley 41/2002, sobre los Derechos y la Autonomía del Paciente, es la remisión al consentimiento otorgado por la familia, aun cuando en el art. 9.5 de la Ley 41/2002, se establece una cierta limitación del consentimiento por representación, al afirmar: *"La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de los posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario"*. Siendo discutible que este consentimiento por sustitución sea válido en

²² Cuestión diferente es que, sobre todo cuando hablamos de sanidad pública, determinado tratamiento no pueda llevarse a efecto por razón de la distribución de recursos.

²³ Art.9.2.a) y b) L 41/2002.

²⁴ Ley 30/1979, de 27 de octubre y Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, sobre los requisitos para autorizar el trasplante de órganos.

los casos de retirada de tratamientos o no establecimiento de éstos, es seguro que no puede ser eficaz respecto de la eutanasia, al menos sin la intervención de terceros, profesionales y objetivos, que valoren si con esa decisión realmente se actúa "en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal". Esta problemática del consentimiento por representación es relevante, no sólo en supuestos de coma o enfermedades mentales sino también en los casos de menores y ello se evidencia en la necesidad de limitación del esfuerzo terapéutico en las unidades de neonatología²⁵.

3. Regulación de la eutanasia en nuestro entorno jurídico

- i. Generalmente nos referimos a Holanda, como primer referente en la UE, ya que, en la Ley de 28 de noviembre de 2000 (en vigor desde 1 de abril de 2002), sobre la terminación de la vida a petición y el suicidio asistido, permite también la eutanasia activa, afirmando que ni el uso de una medicación cada vez más fuerte que acelere la muerte, ni tampoco la sedación terminal se consideran eutanasia y, por consiguiente, no requieren el procedimiento y los controles de ésta²⁶. De acuerdo con la ley holandesa, los enfermos incurables pueden pedir a su médico morir, con la condición de que otro médico ratifique que se encuentren en el final de su vida o en una situación de necesidad sin esperanza. Requisitos necesarios son la estrecha vinculación entre el médico y el paciente, la consulta a un médico independiente e informar del caso al médico forense y al Comité de revisión regional. Esta posibilidad de solicitar la muerte se extiende también a los menores, aun cuando los menores de 16 años necesitan el consentimiento de los padres. En todo caso, antes de la entrada en vigor de la ley en Holanda existía ya una práctica normalizada de la eutanasia, basada jurídicamente en la justificación de la conducta por estado de necesidad, y apoyada y promovida por la organización SCEN (Support and Consultation in Eutanasia in the Netherlands). En Bélgica, tras un amplio debate social, entró en vigor la Ley de 28 de mayo de 2002, que plantea una situación análoga a la holandesa, al igual que en Luxemburgo. Se define la eutanasia como la muerte a petición de

²⁵ OBD (2009), Documento sobre la limitación del esfuerzo terapéutico en las unidades de neonatología.

²⁶ En 1995, en el Territorio del Norte de unos de los Estados Federales de Australia se aprobó *el auxilio activo al suicidio por el Rights of the Terminally Ill Act 1995*. Al año siguiente, sin embargo, la *Euthanasia Laws Bill 1996* del Parlamento federal australiano excluyó expresamente de las competencias de los Estados federados la de permitir «la forma de homicidio intencional llamada eutanasia (que incluye el homicidio por piedad) o la asistencia a una persona para terminar con su vida». En Oregón se aprobó por iniciativa popular, en 1997, la *Death With Dignity Act*, que autoriza a los médicos que cumplan ciertas condiciones a prescribir una medicación que facilite el suicidio a cualquier paciente que así lo solicite y lo confirme por escrito, siempre que sea capaz y mayor de 18 años, resida en Oregón y padezca una enfermedad terminal que le vaya a producir la muerte en seis meses. La constitucionalidad de esta ley terminó siendo implícitamente aceptada por el Tribunal Supremo, en enero de 2006, en *Gonzales, Attorney General, et al. v. Oregon et al.* (546 U.S. [2006]).

una persona que sufre una enfermedad incurable y se cuenta con una Comisión multidisciplinar (8 médicos, 4 juristas y 4 personas cercanas al paciente) y pluralista para controlar la aplicación de la ley. No obstante, los resultados en Bélgica no son los mismos que en Holanda, presumiblemente, por las características diversas de estas dos sociedades, tan cercanas geográficamente y tan alejadas en otros aspectos. En cierta medida es lógico que, si la regulación holandesa plantea problemas en la propia Holanda, país con tradición de defender la libertad ideológica por encima de todo, sea difícilmente trasladable a Bélgica, como puede suceder en España o en Portugal, país que también cuenta con una ley reguladora de la eutanasia similar. Ello es así porque el procedimiento es complejo y las decisiones se fundamentan en la concurrencia o no, en el caso concreto, de una situación de necesidad, es decir, se basa en la concurrencia de una causa de justificación, de un conflicto de derechos y deberes sobre el que finalmente tienen más capacidad de decisión los facultativos que el propio paciente.

- ii. La situación que se plantea en Suiza es gran medida diferente²⁷. Suiza es de los pocos países en los que existe una regulación penal de la participación en el suicidio, puesto que, en otros países, la ayuda al suicidio se califica como homicidio, por ejemplo, en Gran Bretaña (*Suicide Act 1961*)²⁸, e incluso cualificado como asesinato, como sucede en muchos Estados Norteamericanos o en Francia, por poner dos ejemplos. Desde 1918, en Suiza la posibilidad de ayudar a morir se ha “permitido” a través de una interpretación del artículo 115 del Código Penal suizo, que castiga la prohibición de la inducción y la ayuda al suicidio, limitándola al mismo tiempo, en el sentido, de que la conducta sólo será típica la conducta cuando se lleve a efecto “por motivos egoístas”. A *sensu contrario*, la ayuda a morir, siempre que se haga por motivos altruistas, se ha ido interpretando que estaba permitida, pero no ha sido hasta el 11 de diciembre de 2001 que el Consejo Nacional legitimó esta práctica. Con anterioridad a ello la organización *EXIT* (Ayuda libre a morir, dignidad y éxito) llevaba muchos años practicando la eutanasia. Se considera que en la actualidad colabora en que se produzcan anualmente en Suiza un promedio de 300 ayudas a morir²⁹. Hay que advertir que la regulación suiza sólo

²⁷ La eutanasia no está regulada, sino que se “permite” en base a la redacción del & 115 StGB, que establece que el auxilio al suicidio no será punible cuando se lleve a efecto por motivos altruistas. Sistema que crea una gran inseguridad jurídica, lo que ha sido ratificado por la STEDH de 14 de mayo de 2013 (Caso Gross vs. Suiza). Siendo por lo demás discutible que las asociaciones *Exit*, *Dignitas* y *Eternal Spirit*, que ofrecen la ayuda a morir sean “altruistas”. La primera lo ofrece a ciudadanos y residentes en Suiza que paguen una cuota de unos 50 € anuales y las otras dos a cualquiera, por precios que oscilan entre 7.000 y 10.000 €, sin incluir el viaje.

²⁸ En el caso *Pretty v. United Kingdom* (2002) el TEDH entendió que la muerte de Pretty estaba justificada en base al art. 8 CEDH, por respeto a la dignidad y a la libertad. En la interesante la resolución de la Cámara de los Lores en el caso Tony Nicklinson (16-8-12), en la que se plantea si una sentencia que considera homicidio la eutanasia voluntaria es incompatible con el CEDH, llegando a la conclusión de que es una decisión que debe tomarse por el Parlamento con una modificación del *Suicide Act 1961*.

²⁹ La cantidad de extranjeros que en los últimos años acudían a Suiza para morir ha llevado al Ministro de Justicia a establecer que esa

permite la ayuda a morir, entendida como eutanasia pasiva y activa indirecta, mientras que la eutanasia activa directa se considera homicidio doloso. Este tratamiento tan desigual de la eutanasia directa e indirecta, que en su fundamento son idénticas, no está justificado.

- iii. En Alemania, en cierto sentido, la situación es similar a la de Suiza ya que, desde 2020, existen asociaciones dedicadas al suicidio asistido (*Sterbehilfe Deutschland*). Al respecto es relevante la resolución del BGH que derogó, de facto, la prohibición del homicidio a petición (§ 216 Abs. 1 StGB) y la sentencia del BVerG, de 2 de febrero de 2020, que suprimió la penalización generalizada del “fomento al suicidio asistido” (§ 217 StGB), afirmando que el castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional, existiendo un derecho general al suicidio, también de las personas física y mentalmente sanas. No obstante, en la misma sentencia, se afirma que ello no excluye que pueda castigarse el auxilio al suicidio siempre que no pueda asegurarse el carácter autónomo de la decisión de quitarse la vida recurriendo al auxilio ajeno³⁰. No obstante, no existe regulación acerca de la eutanasia³¹, manteniéndose, como señala Ziegler, el tabú acerca del suicidio asistido³².
- iv. Una situación, en parte, diferente es la que se plantea en Italia, donde tampoco existe una regulación específica de la eutanasia y se suscita el debate acerca de su legalidad a partir de resoluciones de su corte constitucional. En Italia, el pronunciamiento de la *Corte di Cassazione*, en el caso Englaro, contribuyó a modificar la situación y está en el origen de la Ley 219/2017, que dedica a la libertad de autodeterminación del paciente el art. 1. y que posibilita la interrupción del tratamiento por parte del médico³³. Posteriormente, el pronunciamiento de la *Corte costituzionale*, 240/2019, en el caso Antoniani, amplía el horizonte del tratamiento médico de la persona que se encuentra cercana a la muerte, incluyendo el supuesto de la autoadministración de un fármaco letal, medicamento asistido, para acelerar la muerte -suicidio medicamento asistido-. Por la doctrina italiana se discute si el criterio de la *Corte costituzionale* equivale a un derecho a poner fin a la propia existencia.

regulación sólo es válida para los habitantes o ciudadanos suizos y no para quienes acuden a Suiza para ser ayudados a morir. En España la LO 3/2021, también establece como requisitos para tener derecho a la ayuda a morir tener la nacionalidad española.

³⁰ Cfr., COCA, I. (2020), “El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB)”, *InDret* 4, evidencia las contradicciones de esta resolución.

³¹ Al respecto, en el Bundestag, se debaten actualmente dos proyectos de ley sobre la eutanasia.

³² Cfr. ZIEGLER, K. (2023), “Suizid durch Unterlassen? – Neuerungen in der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei der Tötung auf Verlangen”, *StV*, 65.

³³ Conducta que entiendo es irrelevante penalmente aun cuando, según la doctrina italiana, podría calificarse como suicidio asistido (art. 580 CPI) u homicidio consentido (art. 579 CPI).

4. Regulación de la eutanasia en la LO 3/2021

- i. La LO 3/2021 de regulación de la eutanasia está en la misma línea que las diferentes regulaciones que se han ido estableciendo en nuestro entorno jurídico-cultural³⁴. Tras la entrada en vigor de esta ley, en línea con las recomendaciones del Documento del Observatorio de Bioética y Derecho *sobre la disposición de la propia vida en determinadas circunstancias: declaración sobre la eutanasia*, publicado originalmente el año 2003, reeditado el año 2010: a) se introduce un marco normativo que autoriza la práctica de la eutanasia como acto médico; b) se precisa con claridad el rol que habrá de desempeñar el médico respecto de la petición y puesta en práctica de la eutanasia; c) se valida la solicitud de eutanasia a través del Documento de Voluntades Anticipadas; y d) la provisión de cuidados especializados específicos (cuidados paliativos) para asegurar que el proceso de morir se desarrolle con dignidad. Por el contrario, no ha sido tomada en consideración la recomendación referente a la autonomía de los menores que formulen una petición de eutanasia, atendiendo a su grado de madurez. Asunto que sí es analizado en el apartado *Retos* de la LO 3/2021, dejándolo abierto, a la espera de una respuesta normativa adecuada.
- ii. La reforma del Código penal, prevista en la Disposición final primera de la LO 3/2021, modificando el apartado 4 del art. 143, e introduciendo el apartado 5, en el que se afirma que “no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia” deja planteadas algunas cuestiones. Por una parte, en el apartado 4, se modifica el presupuesto objetivo, eliminando el supuesto de “enfermedad grave que condujera necesariamente a la muerte” y lo sustituye por “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”. Con esta modificación se pretende evitar el problema que suscitaba determinar cuánto tiempo era necesario que “faltase” para que se produjera la muerte, lo que es positivo. La cuestión que se plantea con la actual redacción es determinar la diferencia entre un “padecimiento grave, crónico e imposibilitante” y “una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables”. Una posibilidad es entender que un “padecimiento” no es una “enfermedad”, para incluir en el primero los supuestos de tetraplejías.
- iii. El nuevo apartado 5, establece que “no incurrirá en responsabilidad penal”, pero no se determina si se trata de una causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la punibilidad. Cuestión que ya se había suscitado respecto del apartado 4 que, para algún autor,

³⁴ Vid. Corcoy, M. (2023), *Comentarios al Código Penal. Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023*, Ed. Tirant lo Blanch, analizando la actual regulación de la eutanasia en los arts. 143 y 143 bis, reformando el anterior art. 143, sobre la participación en el suicidio, y creando el nuevo art. 143 bis, regulando la eutanasia en el art. 143.5 y 143 bis.

suponía una causa de justificación incompleta³⁵. Pienso que las cláusulas previstas en ambos apartados son elementos negativos del tipo y suponen una limitación de la tipicidad. En consecuencia, son atípicas, conforme al apartado 4, las conductas de cooperación pasiva y de cooperación activa indirecta a la muerte de una persona que lo ha solicitado y, respecto del apartado 5, la eutanasia activa directa. Si se entiende que la ausencia de responsabilidad penal implica que, cuando el sujeto actúa conforme a la LO 3/2021, la conducta es atípica y no sólo justificada o no punible, se fundamenta de forma idónea que existe un deber de ayudar a morir, como acto sanitario. Problema diferente se suscita respecto de qué sucede cuando se incumple algunos de los requisitos de la LO 3/2021 ¿será típica la conducta conforme al art. 143.4? ¿depende de qué requisitos no se hayan respetado?... Por tanto, sería conveniente introducir una regulación análoga a la de la interrupción voluntaria del embarazo, prevista en el art. 145 bis CP.

- iv. En la LO 3/2021 se establece la creación de una Comisión de Garantías y Evaluación que debe autorizar la práctica de la eutanasia. Sendo muy similar a la ley holandesa, no obstante, posiblemente persiguiendo la máxima seguridad jurídica, puede ser excesivamente burocrática estableciendo una serie de trámites que pueden alargar, dificultar e incluso impedir que el enfermo consiga efectivamente la ayuda a morir solicitada. Así mismo, mientras que el Comité previsto en Holanda actúa a posteriori, registrando los casos en los que se ha practicado la ayuda a morir, en la LO 3/2021 la aprobación por la Comisión de Garantías es previa, lo que puede llevar a situaciones de desigualdad en las diferentes Comunidades Autónomas.
- v. En la LO 13/2021 no se establecen los requisitos para formar parte de esta Comisión de Garantías y Evaluación, y aun cuando no está previsto que puedan objetar, es un problema que no puede obviarse. La objeción de conciencia está prevista expresamente en el art. 3, f, de la LO 3/2021, especificando que debe de ser “individual”, lo que se reitera en el art. 16.1 y en el art. 14 se advierte que la objeción de conciencia no puede menoscabar el derecho a la ayuda a morir³⁶. La ausencia de requisitos para formar parte de una Comisión de Garantías puede llevar a situaciones análogas a las que ya se han planteado en relación con la interrupción voluntaria del embarazo. Como es sabido, determinadas Comunidades Autónomas, como

³⁵ Cfr. QUERALT, J.J. (2015), *Manual de Derecho Penal Español. Parte Especial. Revisado y puesto al día conforme a las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, pp. 48-49; CALSAMIGLIA, A. (1993), “Sobre la eutanasia”, DOXA, nº 14, p. 338, considera que en determinados supuestos la eutanasia está justificada.

³⁶ “Sobre la objeción de conciencia en sanidad”, vid. <http://hdl.handle.net/2445/11376>, documento del Observatorio de Bioética y Derecho, que se adelanta en muchos aspectos a la legislación actual.

Navarra o la Rioja, “objetan”. Esperemos que no sea así y que se respete también el art. 16.2 LO 3/2021, en el que se establece la creación de un registro de profesionales sanitarios que se declaren objetores de conciencia respecto de la realización de la ayuda para morir.

- vi. En Cataluña, por Decreto Ley 13/2021 de 22 de junio, crea y regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña (CGAC), estableciendo sus funciones, su composición y, específicamente, el alcance de la objeción de conciencia. Al respecto la CGAC, ya constituida, consideró que este Decreto lleva a efecto una interpretación excesivamente amplia de la objeción de conciencia, proponiendo en consecuencia, una interpretación restrictiva. En esta línea establece, no sólo que debe ser individual, sino también que, en ningún caso, la objeción puede perjudicar al paciente, así como limita quién puede objetar.
- vii. No obstante, la situación no es la misma en otras Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, en el Decreto 225/2021, de 6 de octubre, prácticamente lo único que se ha hecho, “curiosamente”, es crear el registro de objetores de conciencia. En la misma línea, el Decreto Foral 71/2021, de 29 de julio, que crea la Comisión de Garantías de Navarra, tras establecer exhaustivamente las funciones (art. 7), de forma que puede dificultar que se conceda la ayuda a morir, así como retrasar su cumplimiento, dedica el Capítulo III al Registro de objetores de conciencia. Situación que se repite en la normativa por la que se crean las Comisiones de Garantía en otras Comunidades Autónomas.
- viii. Aun cuando podamos presumir la diferente aplicación de la LO 13/2021 en las distintas Comunidades Autónomas, lo cierto es que los únicos datos con los que contamos en estos momentos proceden de la CGAC. En mayo de 2023 ha presentado un informe muy completo acerca de cómo se está aplicando la LO 3/2021 en Cataluña en el año 2022. En el informe se especifican los problemas de salud de las personas que solicitan la ayuda a morir, los especialistas la han solicitado y las características de su realización. También se especifican los casos en los que hubo informes desfavorables, así como las reclamaciones al respecto (9) y su resolución, 8 favorablemente, habiéndose denegado de forma definitiva 12 casos.
- ix. Junto a la objeción de conciencia, el incumplimiento de los plazos es otro de los problemas que, previsiblemente, por la burocracia exigida, podían producirse. Esta cuestión se advierte también en el referido informe de la CGAC. En la LO 13/2021 se requieren dos solicitudes y el plazo mínimo entre ellas es de 15 días naturales. De las 175 personas solicitantes en Cataluña en 2022, se realizaron 91 prestaciones y 64 murieron antes de que se les practicara la ayuda a morir.

Fecha de recepción: 18 de abril de 2024
Fecha de aceptación: 29 de abril de 2024
Fecha de publicación: 13 de junio de 2024