

La ley orgánica reguladora de la eutanasia y la adaptación del código penal

Carlos María Romeo Casabona*

Reviews

THE LAW ON EUTHANASIA AND THE REVISION OF THE CRIMINAL CODE

ABSTRACT: In 2021 the legislator has passed a law that regulates euthanasia in very broad terms while decriminalising its practice when the legal requirements for euthanasia have been fulfilled. Its practice is entrusted exclusively to doctors, and the procedure is surrounded by numerous guarantees, prerequisites, requirements and deadlines, which could be considered as excessive bureaucratisation. This continues to be a matter for social debate.

KEYWORDS: Right to life; euthanasia; medicalisation of euthanasia; homicide-suicide; crime of cooperation to suicide

RESUMEN: 1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida – 2. La eutanasia. Un concepto en evolución – 3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia – A) Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia – B) Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia – C) Actos eutanásicos permitidos – D) El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución – 4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia.

1. El marco constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida

La eutanasia es una manifestación social minoritaria, al menos todavía en nuestro país, pero de suma importancia para algunas personas que se ven en el entorno del final de sus vidas y que en las circunstancias en las que se desenvuelven no desean continuar viviendo y consideran que la eutanasia (a veces también el suicidio) puede ser la solución para terminar con su problema vivencial.

Es obvio que para el Derecho la eutanasia es una cuestión de la máxima relevancia, pues se ven implicados derechos, intereses y principios jurídicos de diversa naturaleza, pero todos ellos de primer rango. También es cierto que los pocos casos que han llegado a los tribunales de justicia y a los medios de comunicación han sido por lo general dramáticos, extremos y han producido conmoción en la población.

En este estado de cosas el legislador español ha aprobado una ley sobre la eutanasia que, probablemente pretendiendo dar una solución humanitaria a casos similares por esta exclusiva vía, tal

* Catedrático de Derecho Penal, Grupo de Investigación Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Universidad del País Vasco/EHU. Leioa, España. Mail: carlosmaria.romeo@deusto.es. El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1066-16). Constituye un extracto de un trabajo del autor en prensa, *Suicidio y eutanasia*, en C.M. R. CASABONA (Coord.), *Tratado de Derecho y envejecimiento*, Madrid. Agradezco al investigador predoctoral UPV/EHU, Carlos Trincado Castán, por la ayuda prestada para localizar las sentencias más recientes que se citan en este estudio.

vez ha ido más allá, extendiendo esta opción a todos los ciudadanos que se encuentren en los momentos finales de su vida o en una situación de enfermedad no terminal o con una discapacidad grave e invalidante; todas ellas acompañadas de intensos dolores y sufrimientos corporales y morales. No es por ello de extrañar que desde hace ya unos años se haya venido discutiendo con cierta intensidad si puede encontrarse en el marco constitucional español un fundamento sólido relativo a un derecho a la disponibilidad de la propia vida como presupuesto de la licitud de las conductas suicidas, del rechazo de un tratamiento vital y de la eutanasia, y el alcance que debería otorgarse a ese supuesto derecho; en particular si permitiría involucrar en su ejercicio a terceras personas.

Es, ciertamente, una materia compleja, respecto a la cual los juristas apenas han encontrado puntos de unánime o de no discutida coincidencia: desde quienes han sostenido que al tratarse de un derecho de garantía, se protege la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o de morir de su titular, pasando por quienes estiman que del derecho fundamental a la vida que garantiza la CE en su art. 15 no se deriva este supuesto derecho, también fundamental, hasta quienes sostienen la disponibilidad de la misma, quedando abierta en este caso la discusión de si es compatible con el texto constitucional que terceros puedan participar en la muerte de otro, a solicitud del mismo, pudiendo llegar incluso a su ejecución; finalizando, en el otro extremo, con quienes lo entroncan como un verdadero derecho fundamental, e inconstitucionales los preceptos que se opongan a su ejercicio¹.

¹ He aquí un muestrario de diversas posturas: G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Comares, Granada, 2019, 75 y sigs., J.C. CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia*, en J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 82 y ss. (el derecho fundamental a la vida es disponible, el DP sólo debe proteger la vida querida, la punición penal de las conductas de terceros relacionadas con el suicidio y la eutanasia es inconstitucional); E. DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, 91 y ss. (existe un derecho fundamental a la libre autodeterminación de la vida por su titular, pero no faculta a la intervención de terceros, pues éstos están ya incidiendo en ese derecho); J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Artículo 143*, en J.L. DÍEZ RIPOLLÉS y otros, *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, 177 y ss. (el derecho a prescindir de la propia vida no forma parte del contenido del derecho fundamental del art. 15 CE; la legitimidad del ejercicio a disponer de la propia vida queda condicionada a la exclusiva intervención del suicida o a ayudas de terceros de carácter secundario); F. FLORES MENDOZA, *La objeción de conciencia en Derecho Penal*, Comares, Granada, 2001, 409 y 423 y ss. (la disposición de la vida realizada por el propio interesado es constitucionalmente lícita; sin embargo, la CE ha dejado abierta la cuestión de la disponibilidad de la propia vida mediante terceros y el legislador ordinario ha optado por considerarla un bien jurídico indisponible); F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 22.ª Ed., Tirant lo Blanch, 2019, 65 (no se tiene el derecho a disponer libremente de la propia vida y, en consecuencia, el titular no está legitimado para autorizar a los demás que le maten); M.A. NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad: problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1999, 307 y ss. (de acuerdo con el art. 15 de la CE puede hablarse de disponibilidad de la propia vida, lo que supone para terceros la obligación de abstenerse frente esta decisión; en las demás situaciones de intervenciones de terceros corresponde al legislador penal establecer los límites de las mismas); M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Cizur Menor, 2005, 444 y ss. (la dignidad humana fundamenta el reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida); C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Ministerio de la Presidencia), Madrid, 1999, 539 (la negativa a consentir acciones salvadoras ajenas – como un tratamiento médico – está protegida por el derecho a la integridad física del art. 15 CE; el suicidio no constituye un derecho fundamental reconocido como tal por la CE).

Conuerdo con quienes sostienen que no existe un derecho a la disponibilidad de la propia vida, o un derecho a la muerte, en el art. 15 de la CE o en otros preceptos de la misma², sino una libertad o facultad, no exigible constitucionalmente (es decir, ni a los poderes públicos ni a los terceros particulares), de disponer de ella por uno mismo. Sin embargo, tampoco existe el deber de vivir contra la propia voluntad, siempre que el nacimiento de la voluntad de no continuar viviendo no haya sido provocado o instigado por terceros (inducción al suicidio). Por tanto, al ser un derecho de garantía, este derecho fundamental no faculta a los particulares ni al Estado para imponer seguir viviendo coactivamente contra la decisión individual³, sin perjuicio de las excepciones que ha declarado el TC en relación con la huelga de hambre en el ámbito penitenciario, donde reconoce que en relación con la disponibilidad de la propia vida nos hallamos ante un *agere licere*, una actuación no prohibida⁴, concluyendo que «no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte [...]»⁵. Ha sido precisamente este criterio del TC, no se olvide, expresado en un recurso de amparo, el que ha ido encontrado mayor eco y apoyo entre los juristas.

Al no ser el derecho a la vida renunciabile, aunque tampoco absoluto, del mismo modo que no lo son los demás derechos fundamentales, no cabe hacer dejación de la propia vida en favor de terceros (p. ej., por haberlo establecido contractualmente). Sin perjuicio de lo anterior, sí es compatible con la CE (tal vez diríamos mejor: no se enfrenta con la CE) que se involucre a un tercero en la decisión de quitarse uno la propia vida, siempre que el titular del derecho conserve un control sobre el proceso (frente a otras formas de coautoría o de autoría) y se establezcan las suficientes garantías constitucionales derivadas del derecho fundamental, lo que veremos más abajo que no es tarea fácil, pero insisto en que no se puede inferir de ello que se sustente en un derecho constitucional⁶.

Por consiguiente y en conclusión, están abiertas al legislador ordinario⁷ tanto las opciones de que prohíba y sancione los comportamientos de terceros relacionados con la conducta o la voluntad de

² La tesis que mantengo aquí, es un resumen y revisión de lo expuesto en C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, 101 y ss., y C.M. ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004 adonde me remito. Vid. argumentos en esta línea de la SAP Cantabria, de 23 de abril de 1998.

³ Apunta esta argumentación J.L. Díez RIPOLLÉS, *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario*, en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 30, 1986, 616 y s.; Díez RIPOLLÉS, *Artículo 143*, cit., 177 y s.

⁴ «[...] es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho [a la vida]». STC 120/1990, 27 de junio, FJ núm. 7. Concordante la STC 137/1990, de 19 de julio.

⁵ *Ibid.*

⁶ Muy próximos en las conclusiones y con líneas argumentales en conjunto no muy distantes M. ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, en *Revista Penal*, 21, 2008, 51 y s.; I. MUÑAGORRI LAGUÍA, *op. cit.*, 50 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia, 2000, 36 y ss.

⁷ La LAP ha dado un importante paso, al reconocer explícitamente el derecho a rechazar un tratamiento, sea o no vital, eliminando así las graves deficiencias de redacción de que adolecía sobre esta cuestión la Ley General de Sanidad de 1986, derogada en este punto (art. 10, núm. 6 y 9. Vid. sobre esta discusión ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., 434 y ss.): «Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito» (art. 2.4).

que una persona disponga de su propia vida –pero nunca los realizados por ella misma– como que los permita, en este caso rodeándolos de las garantías jurídicas necesarias y suficientes y con las limitaciones que aquél considere procedentes a la vista del texto constitucional. A partir de aquí este tipo de decisiones del legislador constituyen ya materia de política criminal, sobre las cuales los ciudadanos, como integrantes de una sociedad plural y de un Estado Democrático de Derecho, pueden manifestar sus puntos de vista, siempre que se halle garantizada por una libre formación de la opinión: transparente, imparcial y no manipulada.

2. La eutanasia. Un concepto en evolución

A pesar de que no es pacífico el concepto de eutanasia, podemos definirla, de acuerdo con su acepción más corriente, más allá de su origen etimológico (eu-thanatos, buena muerte), como la privación de la vida de otra persona realizada por razones humanitarias, a requerimiento del interesado, que sufre una enfermedad terminal incurable o una situación de discapacidad irreversible según el estado actual de la ciencia médica acompañadas de graves dolores y sufrimientos, y desea poner fin a éstos.

La valoración jurídico-penal de la eutanasia no es uniforme, puesto que se realiza en función de la concurrencia o ausencia de unos determinados factores o circunstancias. La doctrina jurídica y algunos especialistas en Bioética han venido presentando unas variantes o manifestaciones de la eutanasia cuya trascendencia jurídico-penal es diversa⁸.

En general estas clasificaciones antiguas han estado vinculadas al tratamiento jurídico – o ético –, en su caso jurídico-penal, que podría derivarse de cada situación. Dicho tratamiento jurídico-penal podía ir desde la absolucón penal a la más grave de las respuestas punitivas, el asesinato; y las clasificaciones han tenido su origen en el sentido etimológico de la expresión (“buena muerte” en el procedimiento: sin dolor o sufrimiento).

Los profesionales de la salud, en particular los médicos especialistas en procesos patológicos que pueden llegar a ser terminales y largos, y con dolor y otros sufrimientos corporales, psíquicos y morales, venían rechazando de plano esta cobertura nominal común y han preferido restringir el concepto de eutanasia a la privación de la vida de enfermos terminales o muy graves, o de personas discapacitadas corporalmente que se encuentran gravemente impedidas para su desenvolvimiento autónomo en los aspectos más elementales de su vida cotidiana, sin padecer en sentido estricto una enfermedad, acompañadas ambas situaciones por un intenso dolor y sufrimiento.

Ha de concordarse con esta inquietud taxonómica, que comparto desde hace años⁹, pues el desarrollo de nuevas terapias más eficientes o al menos adecuadas para combatir el dolor, así como el reconocimiento de los derechos de los pacientes, exigen depurar el alcance que se quiera reconocer a la eutanasia. No cabe duda de que en la actualidad la incorporación en algunos centros de los servicios de cuidados paliativos y unidades del dolor, así como el reconocimiento legal explícito y sin confusión

⁸ Vid. Sobre esta relevante discusión C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *Eutanasia*, en C.M. ROMEO CASABONA (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, Comares, Granada, 2011, 831; M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Cizur Menor, 2005, 99 y sigs.; O. ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, Santiago de Chile, 2019, 39 y sigs.

⁹ C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, 412 y sigs.

del derecho a rechazar el tratamiento, incluso vital¹⁰, han facilitado el cambio de enfoque, limitándose el uso del término eutanasia a los supuestos que vienen defendiendo los profesionales de la Medicina, sin perjuicio de que en algunos casos conocidos de enfermos terminales se haya ignorado el derecho al rechazo del tratamiento por parte de algunos médicos sin ningún sustento legal, y hayan tenido que intervenir los jueces para deshacer tal arbitrariedad.

Por otro lado, la nueva legislación sobre la eutanasia ha dado apoyo legal al criterio restrictivo al que acabamos de aludir: «el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento»¹¹. No obstante, debatiremos más abajo si el propio legislador no ha ido más allá del marco eutanásico, pues la mención de «evitar un sufrimiento», no necesariamente eliminar o interrumpir, sino adelantarse a la aparición del mismo.

3. El debate sobre la despenalización de la eutanasia

Con el CP de 1995 se aborda legalmente por primera vez de forma explícita esta materia en España, si bien sin darle nombre, frente a la situación anterior, que en el mejor de los casos se podía resolver a través de las formas de participación punibles en el suicidio (art. 409 CP 1973), sin que ello asegurase entonces una disminución relevante de la pena respecto a la del delito de homicidio.

El legislador no dio por concluidos sus trabajos en esta materia, y tomó con posterioridad algunas iniciativas por consenso o fueron fruto de la acción de grupos parlamentarios en la oposición, en concreto por medio de varias proposiciones de ley. Finalmente, se ha concluido el trámite parlamentario de una proposición de Ley Orgánica presentada por el grupo parlamentario de minoría mayoritaria que sostiene al Gobierno de la Nación¹², que es el que marca el régimen legal sobre la eutanasia en la actualidad – una vez entrada en vigor –, y comporta su despenalización y su legalización dentro de este nuevo marco legal.

Es una iniciativa que, como en otras ocasiones, ha contado con partidarios en la sociedad española, pero también con detractores. No parece haberse logrado un verdadero consenso social tampoco en esta ocasión, pues se trata de una materia respecto a la cual es difícil conseguirlo.

Con el fin de lograr una valoración más equitativa de estas situaciones, en la actualidad debe incorporarse como un factor relevante, el surgimiento y desarrollo de una especialidad que solo los constantes avances de la Medicina han podido aportar: los cuidados paliativos y las unidades del dolor¹³; y desde el punto de vista social, el tratamiento de las personas dependientes.

¹⁰ V. LAP, arts. 8, 9.2, b y 11.

¹¹ . Vid. *Infra* EM de la LORE.

¹² Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia 122/000020. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, BOCG, X IV Legislatura, Serie B, nº 46-1, 31 de enero de 2020, pp. 1 y ss. V. el texto modificado en BOCG, X IV Legislatura, Serie B, nº 46-6, 17 de diciembre de 2020; y el texto finalmente aprobado, publicado en el BOE, tras su sanción por el Rey, en nota más arriba.

¹³ Vid. más extensamente E. SOLA RECHE, *Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), *Tratado de Derecho y Envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

Los cuidados paliativos, bien definidos y aplicados correctamente, contando entre otras condiciones con la voluntad directamente expresada por el paciente¹⁴, constituyen en el momento presente un paso obligado más humano y humanitario, antes que un ofrecimiento de la eutanasia, que debería haberse configurado legalmente como un último resorte excepcional para el paciente y, sobre todo, para la persona discapacitada sufriente¹⁵.

Los cuidados paliativos promueven una atención integral del paciente¹⁶, en primer lugar en su vertiente asistencial sanitaria somática y mental hasta el fin de sus días, acompañado por el tratamiento específico del dolor y del sufrimiento moral; pero también procurando el acompañamiento del paciente por sus seres más cercanos y queridos; propiciando, asimismo, la solución de otros aspectos personales o sociales de su vida; así como una atención más eficiente de las personas dependientes. Incluso los cuidados paliativos no deberían apuntar como objetivo final inamovible la sedación definitiva; hay que estar siempre atentos a la evolución del paciente, incluso del aparentemente desahuciado.

La disponibilidad efectiva de esta atención socio-sanitaria determinaría que la eutanasia directa solo sería solicitada en situaciones muy excepcionales. Este es uno de los aspectos nucleares que presenta la eutanasia, constituye una excepción y como tal debe ser abordada, y no invertir el enfoque: las situaciones excepcionales no deberían ser nunca las que orienten las propuestas generales más adecuadas para la población, pues representan eso, una excepción que requiere una valoración singular e independiente de otras situaciones relacionadas con el final de la vida. Al menos se ofrecerían diversas opciones a las personas que se encuentran al final de sus vidas.

Sin olvidar este presupuesto común, en la actualidad se plantean en la práctica dos formas de llevar a cabo la eutanasia, que podríamos llamar eutanasia por afecto o afectiva y eutanasia médica o medicalizada, respectivamente. Esta distinción significa que descartamos la valoración de la práctica de la eutanasia en contextos diferentes (p. ej., en residencias o alojamientos similares para personas mayores), dado el alto riesgo de distinto signo que comportaría para las personas afectadas. Y partimos también de que, en todo caso, se cuenta con la petición del interesado, no un mero asentimiento pasivo a la propuesta de un tercero cualquiera; y con el presupuesto de una enfermedad grave preterminal o de una discapacidad que genera dependencia, en ambos casos con intenso y permanente dolor y sufrimiento. Hay que tener en cuenta que el proceso decisional puede ser muy diferente en unos y otros, con un deterioro cognitivo progresivo en el primer caso, que suele ser inexistente o menor en el segundo.

A) Eutanasia por afecto o afectiva

Es la que se produce por la petición de la persona enferma o discapacitada a un familiar u otra persona afectivamente próxima, y ésta, movida por el afecto y la compasión hacia quien sufre, asume su petición y la ayuda a quitarse la vida o lo hace ella misma.

¹⁴ Comparte esta inquietud, J.M. RODRIGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, Madrid, 2011, 96.

¹⁵ En este sentido, ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, Santiago de Chile, 2019, 134 y sig.; ROMEO CASABONA, Prólogo en ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, 11.

¹⁶ Vid. E. SOLA RECHE, *Tratamiento del anciano con enfermedad terminal. Los cuidados paliativos*, cit.

En estos casos concurren unas circunstancias que no son irrelevantes para el Derecho Penal, como la situación de dolor y sufrimiento, el acto de voluntad por el cual el interesado expresa la petición de que una persona o personas determinadas le eliminen el sufrimiento, privándoles de la vida; y los impulsos emocionales de quien actúa, que pueden ser de extraordinaria intensidad, así como la compasión por el sufrimiento del familiar o allegado¹⁷. Suele moverse en el ámbito de la intimidad familiar o similar.

En estas situaciones podría darse una auténtica eutanasia activa, en principio prohibida penalmente por la ley, pues la LORE ha excluido su participación en la realización de la eutanasia en el familiar o allegado. Las personas que actúan deberían pasar por la amargura de un proceso penal, vía el vigente art. 143.4 CP y las atenuantes (en su caso, muy cualificadas), eximentes incompletas o completas, basadas en el acto de voluntad del que solicita la ayuda y en el intenso impacto emocional en el que actúa (verdaderas situaciones de alteración psíquica transitoria de base emocional de diversa intensidad), cuando se comprobase la existencia de una alteración pasajera pero intensa de las facultades en el autor al tiempo de realizar el hecho que le haya limitado o impedido comprender el carácter ilícito del hecho u obrar conforme a dicho conocimiento, siendo esto último la hipótesis previsible más frecuente (art. 21 nº 1º, 3º, 7º, y art. 20 nº 1, respectivamente). Incluso podría pronunciarse por el juez instructor un sobreseimiento de la causa, lo que supondría la terminación de la instrucción sin ningún pronunciamiento judicial.

La intervención penal, cuando se haya optado por este camino, se dirige a terceros que interfieren en la vida ajena, aunque cuenten con el consentimiento y petición del interesado, pretendido derecho de intervención respecto al que he señalado que no puede deducirse de la CE ni para éste ni para aquéllos, según se indicó más arriba. Esta propuesta saca del hospital estas situaciones y las traslada al ámbito privado; pero es cierto también que tendrán que someterse al filtro judicial para enjuiciar su más que posible ilegalidad, aparte de la apreciación de atenuantes, eximentes incompletas o completas, sobre cuya aplicación no existen precedentes judiciales. E, indudablemente, desde el punto de vista jurídico y social no es lo mismo tener que pasar por un proceso judicial, si no llega a resolverse con un sobreseimiento.

Los riesgos de desviación de este presupuesto y contexto eutanásico se derivan de la dificultad de sobrellevar emocionalmente la situación, la carga personal y económica si aquella se prolonga en el tiempo, la impaciencia en acceder a las disposiciones sucesorias del paciente. De este modo se puede llegar a quitar la vida incluso sin el consentimiento de la persona afectada y hasta en ocasiones, sin ningún móvil afectivo o humanitario, a propuesta de los familiares o sustituyendo éstos al paciente sin ningún sustento legal. Por otro lado, la prueba de las alteraciones emocionales y mentales puede presentar dificultades en el proceso.

En resumen, se acaba trasladando al juez la valoración de factores tan sutiles y al mismo tiempo tan relevantes.

¹⁷ ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, cit., 51 y s., quien para su despenalización considera que debería asegurarse la no concurrencia de motivos espurios.

B) Eutanasia médica o medicalizada.

Esta variante comporta trasladar al ámbito sanitario la respuesta a la petición de la persona que quiere morir. Se descarga de esta responsabilidad moral a sus familiares y personas próximas, que mantienen todavía cierta implicación por velar por los intereses del paciente, y las asume el médico de forma exclusiva y excluyente, de acuerdo con las pautas que establezca la ley, cuya observancia comportará su exención de responsabilidad legal.

Esta es la opción asumida por la LORE. El profesional se sentirá menos implicado en los aspectos emocionales de la situación y dispondrá de conocimientos y recursos diversos más variados y eficaces que cuando se trata de personas afectivamente próximas¹⁸. Y, por supuesto, no tiene que intervenir por móvil humanitario o compasivo alguno.

Esta alternativa tampoco está libre de posibles desviaciones y abusos, como provocar una desmotivación de los profesionales para tratar a pacientes en situación preterminal, la necesidad de atender a otros pacientes con pronóstico más favorable, ahorrar costes y esfuerzos en el tratamiento intensivo de un paciente con pronóstico poco halagüeño, influyendo de algún modo en la decisión del paciente.

En todo caso, en esta vía por la que ha optado el legislador se aprecia una ausencia en su trasfondo de valores tan importantes como los de solidaridad, humanitarismo – o compasión – y empatía¹⁹, tan importantes en una Medicina ejercida al final de la vida del paciente²⁰. Hasta resulta dudoso que alguno de éstos haya podido integrar la *ratio legislatoris* de esta ley (v. Preámbulo).

Por la dificultad del tratamiento jurídico que comportan estas dos posibilidades y la prevención efectiva de desviaciones ilícitas, algunos analistas se mantienen escépticos sobre la viabilidad de ninguno de ellos, sin perjuicio de quienes mantienen el principio moral de intangibilidad de la vida humana y de rechazo de su privación por un tercero. Y ambas dejan en una situación extremadamente vulnerable a los enfermos mentales cuando se encuentra en el entorno de la muerte²¹.

Resulta pertinente en este punto recordar las reflexiones expresadas por el Comité de Bioética de España:

«existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública. Y ello [...] por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía. [...] Legalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio supone iniciar un camino de desvalor de la protección de la vida humana cuyas fronteras son hartamente difíciles de prever [...]».

¹⁸ Incluso se ha rechazado, no sin buen criterio, que el acto eutanásico – que veremos que la LORE denomina como prestación de ayuda a morir – es difícilmente asimilable a un acto médico terapéutico: ROMO PIZARRO, *La eutanasia. El acto eutanásico*, 129 y sig.

¹⁹ Vid. A. PERIN, *El "derecho a morir con dignidad y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el "caso Cappato"*, 532 y s. quien, en esta línea, subraya la «necesidad de proveer una protección solidaria capaz de evitar que "se genere una segunda clase de ciudadanos y sujetos débiles"; y, por otro, la de garantizar la expresión inmediata del principio de autonomía en el marco de la relación médico-paciente, esto es, la autodeterminación terapéutica».

²¹ Así lo apunta, RODRIGUEZ-PARDO DEL CASTILLO, *La incertidumbre bioactuarial en el riesgo de longevidad: Reflexiones bioéticas*, 97.

En cualquier caso, una solución favorable a la eutanasia y al homicidio consentido habría de concretarse como una respuesta jurídica excepcional para atender situaciones que realmente son excepcionales.

Como conclusión de estos apuntes político-criminales, debe reconocerse que es una materia muy compleja y por ello siempre estará abierta a la reflexión y al debate jurídico y social, y difícilmente dará lugar a soluciones satisfactorias para una parte relevante de la población, cualquiera que sea por la que se opte. Es obvio que esta ley no va a contribuir a resolverlo o atenuarlo, ni a generar cierta tranquilidad en los ciudadanos, la compartan o no.

4. Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia

O, tal vez con mayor precisión, Ley Orgánica de regulación de la eutanasia «y del suicidio médicamente asistido», podría añadirse.

La aprobación de la LORE por las Cortes Generales, su posterior sanción por el Rey y su publicación en el BOE²², han comportado un cambio radical en el ordenamiento jurídico español sobre el tratamiento de la eutanasia²³.

A) Tramitación y enfoque de la regulación de la eutanasia

Como sabemos, es una materia que ha generado un largo y extenso debate social en nuestro país, en el que las encuestas han desempeñado un papel primordial para poder sostener que ha contado con un amplio consenso social, con tal vez únicamente este débil y etéreo respaldo²⁴. Ciertamente, existe un creciente apoyo social a la eutanasia, pero también es muy significativo el que se decanta contrario a su legalización²⁵; los datos no son en este caso un referente seguro; como suele decirse, indican únicamente tendencias en la población.

Por este motivo llamó la atención que la nueva ley no tuviera su origen en el camino legislativo usual, esto es, la presentación por el Gobierno de un proyecto de ley orgánica al Congreso de los Diputados, más tratándose de una materia de evidente interés social que afecta a un derecho fundamental y que

²² Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 2021). La entrada en vigor de esta LO se establece a los tres meses de su publicación en el BOE, salvo el art. 17, que lo hizo al día siguiente (Disp. Final 4ª).

²³ Vid. sobre los antecedentes de esta ley S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, *La Ley*, nº 9576, 2020, 7 y sigs.

²⁴ Cfr. sobre encuestas en nuestro país relacionadas con la eutanasia, ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 101 y sig. (con datos del CIS); Asociación Derecho a Morir Dignamente (ADMD): <https://derechoamorar.org>.

²⁵ Lo que no ha impedido que también se hayan formulado posiciones contrarias a esta legislación. Así, la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, de 9 de octubre de 2020, firmada por cerca de doscientos profesores de Derecho y académicos de diversas academias jurídicas. Accesible en: declaracionvseutanasia.wordpress.com; Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, Madrid, 2020. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> [Última consulta: 15 de abril de 2021].

por tal motivo ha sido tramitada como ley orgánica. La iniciativa fue tomada por el grupo parlamentario que sostiene a aquél, por consiguiente, como proposición de ley²⁶.

En consecuencia, en su tramitación previa esta ley se ha ahorrado someterse a los informes preceptivos previos establecidos para los anteproyectos de ley por parte de algunos órganos institucionales del Estado con el máximo perfil jurídico (Consejo General del Poder Judicial²⁷, Consejo de Estado²⁸) que, aun no siendo vinculantes, hubieran podido elaborar un análisis jurídico probablemente de mayor finura y precisión que el propio parlamento, más supeditado a la adscripción ideológica, por lo demás totalmente legítima, de sus miembros. Y, asimismo, se ha eludido satisfacer el derecho de la participación ciudadana en el proceso de elaboración de las normas, entre otras²⁹.

Esta escasa búsqueda del consenso social y parlamentario explica también que en el período de su tramitación no se haya dado cabida a las demandas – enmiendas – de otros grupos parlamentarios y de la opinión pública de que esta ley al menos formara parte de un paquete de medidas legislativas paralelas dirigidas al establecimiento de los cuidados paliativos y otras acciones asistenciales y sociales semejantes convergentes en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

En efecto, incluso con independencia de la regulación de la eutanasia, pero con mayor justificación por este motivo, se ha criticado que el legislador no haya contemplado el derecho a los cuidados paliativos, como prestación asistencial exigible, su régimen legal y el de la mejora de la prestación asistencial e integración social de las personas dependientes³⁰, frente al recurso, más cruento – aunque también sin dolor –, que representa la eutanasia. Lo cierto es que, como se dirá más abajo, esta prestación sanitaria está recogida en la cartera de servicios comunes gratuitos del SNS; la cuestión es que no se ha establecido esta prestación en gran parte del territorio nacional; por tanto, por el momento no será efectivo hasta que las CCAA adopten las medidas necesarias. Y no parece ocioso que se hubiera debido enfatizar en esta ley el derecho a los cuidados paliativos y su implementación con la misma devoción que se hace con la eutanasia, siendo en todo caso preferible una ley específica sobre los cuidados paliativos³¹.

Bien es cierto que, presumiblemente tras una enmienda, se introdujo en el articulado una expresa mención a la dispensación de cuidados paliativos: «[...] incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia» (art. 5.1, b LORE); «[...] realizará con el

²⁶ Subterfugio al que alude como posible en general P. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *Informes previos a la aprobación de proyectos de ley*, en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario (ADP)*, 11, 2001, 64.

²⁷ Vid. LOPJ, art. 108.1, que incluye informes sobre las normas penales.

²⁸ Sin embargo, por razón de la materia en este caso el informe no sería preceptivo, pero sí potestativo, para el Gobierno. Vid. LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, art. 21.3.

²⁹ Vid. art. 131.2 CE.

³⁰ FAMMA COCEMFE Madrid (Federación de Asociaciones de Personas con Discapacidad Física y Orgánica de la Comunidad de Madrid) ha señalado que la LORE es contraria a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (a su art. 10), ratificada por España: «La discapacidad es un problema cuando el entorno social perjudica, pero, en ningún momento, se sufre si no fuera porque el entorno perjudica la vida de estas personas, junto con la falta de ayudas para su asistencia e integración. Esto sí, les genera dicho sufrimiento».

³¹ Vid. en este sentido, PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda*, 31.

paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos [...]» (art. 8.1). Pero parece más bien una remisión retórica y teórica, pues no ha sido suficiente el sustento normativo explícito que requiere una prestación de esta envergadura y trascendencia y sin que la propia ley prevea su establecimiento o desarrollo normativo realmente ejecutivo por parte de las CCAA³².

También se ha censurado la falta de oportunidad de esta iniciativa legislativa, no cuando se presentó la proposición de ley orgánica³³, sino cuando a la vista de que poco después apareció la pandemia de la covid 19, no se detuvo la iniciativa legislativa; pandemia que tantas vidas humanas de personas mayores y otras vulnerables se llevó trágicamente, sin proveer ningún tipo de prestación asistencial exterior, aisladas de sus familiares y otras personas próximas y abandonadas a su suerte encerradas en residencias³⁴; también en ocasiones en centros sanitarios y en sus propios domicilios. La paradoja de un legislador celoso de garantizar la rápida satisfacción de un supuesto derecho a la muerte asistida (eutanásica o suicida) atendida por mandato legal por médicos, pero inerte ante la conculcación del derecho a la vida de quienes querían continuar viviendo. Los diversos procesos judiciales ayudarán a despejar la explicable perplejidad de los ciudadanos antes dos posiciones radicalmente opuestas frente al derecho a la vida.

Por otro lado, es probable que el legislador haya incurrido en un grave error metódico y de enfoque. Es seguro que el suicidio asistido de Ramón Sampredo produjo un gran impacto social en su momento. El Sr. Sampredo llevaba prostrado casi treinta años, totalmente impedido a causa de la tetraplejía que le produjo un lamentable accidente, tras solicitar de forma reiterada e infructuosa a varios juzgados, incluidos el recurso de amparo al mismo TC y al TEDH, que se autorizara la ayuda de otra persona para quitarse voluntariamente la vida. Y es probable que el legislador se haya hecho eco de este caso, pues de los dos presupuestos fácticos que prevé la ley, el relativo a graves padecimientos imposibilitantes parece haber tomado como prototipo este caso.

El desenfoque del legislador puede encontrarse, según he subrayado más arriba, en dos aspectos: 1º no se trata en este caso y en otros similares de un auténtico supuesto de eutanasia, sino de auxilio al suicidio³⁵, por muy acompañado de dolores y otros sufrimientos psíquicos que padezca la persona

³² En todo caso, y s.e. u o., la normativa a la que se remite en el art. 5, aunque menciona explícitamente los cuidados paliativos, no se ha procedido a su establecimiento general en los centros sanitarios del SNS: RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (anexo 7); Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del citado RD; Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la cual no menciona ninguna prestación explícitamente relacionadas con los cuidados paliativos, como tampoco en el catálogo de prestaciones (arts. 5 y 13 y ss.). Lo indicado sea sin perjuicio de las iniciativas legislativas que tomaron las CCAA sobre medidas relativas al final de la vida distintas de la eutanasia.

³³ Recuérdese que se publicó en el BOCG 31 de enero de 2020.

³⁴ Así lo ha documentado Amnistía Internacional, *Abandonadas a su suerte. Desprotección y discriminación de las personas mayores en residencias durante la pandemia covid-19 en España, 2020, pássim*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/reportajes/residencias-en-tiempos-de-covid-personas-mayores-abandonadas-a-su-suerte/> [Última consulta: 15 de abril de 2021]. En las últimas semanas se han presentado varias querrelas criminales, entre ellas una de la Asociación de Abogados Cristianos de Valladolid.

³⁵ En este sentido, y totalmente de acuerdo con ellos, S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, 12, quienes

discapacitada dependiente; 2º no se ha tomado el caso de Sampedro como un supuesto excepcional, al haber sido muy pocas las personas que han requerido o practicado una solución semejante, a diferencia tal vez de los casos de enfermos terminales. A estos supuestos excepcionales habría que procurar una solución, pero también con una estructura jurídica de excepcionalidad, distinta incluso de la eutanasia. Sin olvidar que no son personas que suelen hallarse en centros sanitarios, aunque para esto la LORE haya previsto la prestación de la eutanasia a domicilio (art. 14).

Finalmente, esta ley ha optado por una medicalización radical de la eutanasia: sólo los médicos están autorizados para realizar la prestación de ayuda a morir, incluso, como apuntaba, de personas que no están hospitalizadas y se encuentran en su domicilio. Los familiares, aunque se vean comprometidos y presionados afectivamente con gran intensidad, como mucho podrán acogerse a la atenuación penal que ofrece el art. 143.4, sin perjuicio de que también puedan tener abierta la posibilidad de rebajar todavía más la pena, o de excluirla, si se aprecian las circunstancias atenuantes o eximentes (alteración psíquica transitoria, su eximente incompleta o una atenuante por analogía, arts. 20 nº1, 21 nºs 1 y 7 CP, respectivamente).

No es censurable esta restricción, pero la LORE no aporta una solución con coherencia interna sobre el pretendido derecho que tratarían de garantizar la exención de responsabilidad cuando el familiar o allegado dan cumplimiento a las peticiones reiteradas del paciente o discapacitado. Habría que pensar cómo proteger eficazmente a los enfermos graves cuando los familiares más próximos están agotados por la tensión y la carga, tal vez prolongada, que comporta atender a alguien que se encuentra un estado de máxima dependencia; y cuando los servicios sanitarios se encuentran presionados por la dedicación asistencial cotidiana.

Estos son los puntos más débiles que presenta cualquier regulación de la eutanasia; son las extralimitaciones que generan mayores reservas o dudas sobre este importante asunto.

Por consiguiente, se suscita la duda de si no estamos más bien ante una ley reguladora de la eutanasia y el suicidio asistidos prestados por el médico. No es de extrañar que se presente algún recurso de inconstitucionalidad ante el TC³⁶.

B) Aspectos generales del nuevo régimen de la eutanasia

Resulta muy interesante el Preámbulo de la LORE, pues en él se expresan con toda claridad los propósitos y argumentos jurídicos de la misma. Apuntamos ahora sólo algunas reflexiones que ayuden a conocer mejor sus objetivos y parte de su contenido.

La LORE “pretende dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual” (Preámbulo). Puede asumirse que esas características acompañan al conjunto del texto articulado en general, dejando en lo opinable el último inciso (que sea una demanda sostenida de la sociedad), respecto a lo que sí puede aceptarse que es un asunto de creciente interés en nuestra sociedad, como indicaba más arriba en relación con las encuestas.

apuntan que la ley en este precepto se contradice con su propia definición de eutanasia expresada en el Preámbulo; E. PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: una propuesta de lege ferenda*, en *e-Eguzkilore*, 5, 2020, 5.

³⁶ Considera que se han infringido diversos preceptos constitucionales la *Declaración pública sobre la Proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia*, cit.

También habría que recordar la importante afirmación de que «esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia»; y que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida». Estamos ante dos afirmaciones del legislador, ciertamente contundente la primera y confusa la segunda.

El pretendido derecho individual no encuentra en realidad su soporte en un derecho fundamental o en un derecho constitucional. Es la razón por la que el legislador no se atreve a ir más allá de afirmar que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental»; conexión con el derecho a la vida que no se sabe muy bien en qué sentido o dirección se produce, pero en todo caso no confiere cobertura constitucional al supuesto derecho³⁷. A este respecto, se añade que

«la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad».

Esta fundamentación en el derecho a la vida es de dudoso rigor hermenéutico, pues estamos ante un derecho de garantía frente a acciones de los poderes públicos y de los particulares que puedan conducir a la desprotección del derecho, y si bien no puede convertirse en un deber de vivir contra la propia voluntad, no da cabida al derecho de involucrar a terceros en la propia muerte, además, de conformidad con lo que esos terceros marquen como aceptable.

Por otro lado, la afirmación de compatibilidad entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales comporta la ponderación de unos con otros y es dudoso que estos últimos hayan de prevalecer en el caso de que el ejercicio de la libertad y la autonomía sea satisfecho a través de un tercero.

Respecto a la dignidad de la persona, es también problemático determinar su contenido positivo (en qué consiste) y si realmente es un bien jurídico constitucionalmente protegido o más bien un principio informativo de los derechos fundamentales, que hay que interpretarlos a la luz de este concepto. Es también llamativo que a la vista de que la LORE pretende apoyarse en preceptos constitucionales diversos y de diferente rango, no aluda al derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43), cuya obligación incumbe a los poderes públicos, como expresión de las acciones positivas que ha de ejercitar para la promoción de los derechos fundamentales.

Recordemos, una vez más, como señaló el TC, que estamos ante un *agere licere*,³⁸ una facultad que se proyecta sobre el propio sujeto, un actuar fáctico no prohibido al margen de un derecho constitucional, y mucho menos con proyección a terceras personas. Se crea así por la ley un derecho individual a la eutanasia, el cual, en su estricta categorización jurídica, carece de sustento constitucional y de la contrapartida de deberes para terceros.

³⁷ A este respecto, se añade que «la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.»

³⁸ Recuérdense las SSTC 120/1990, f.j. 7º, y 137/1990, f.j. 5º, que vuelve a reiterar en el Auto 242/1998, de 11 de noviembre, caso Ramón Sampedro: «Nos encontramos... ante una pretensión de carácter personalísimo e indisolublemente vinculada a quien la ejercita, como «un acto de voluntad que sólo a él afecta», cuando sus familiares instaron en el amparo su subrogación al recurso que había planteado Sampedro en vida.

En efecto, este derecho no encuentra la necesaria contrapartida del reconocimiento de sujetos obligados a cumplir con tal prestación; no lo son los facultativos ni otros profesionales de la salud, no forma parte de su actividad profesional, ni la Constitución da sustento para fundamentar la existencia de un deber. Los directores, gerentes y otros responsables de los centros sanitarios, públicos o privados, sólo están comprometidos a disponer de las instalaciones y otros recursos necesarios para realizar la prestación de ayuda a morir. Más lejos no podía ir el legislador.

Habrá que repetir que en mi opinión la CE no cierra el paso a toda regulación legal que despenalice la eutanasia, la permita y regule³⁹; dependerá de su alcance, de sus requisitos y de las garantías que establezca y de que cuente como presupuesto de las atenciones socio-sanitarias debidas (suficientes), para evitar que la eutanasia se acabe convirtiendo la única salida para una persona al final de su vida, no deseando prolongarla más. Pero no se fundamenta en ningún derecho previo. Su fundamento se encontraría en que ante la constatación de que algunas personas, hallándose desesperadas, pero con un sustancial mantenimiento de sus facultades cognitivas y volitivas, y deseando poner fin a sus padecimientos, se la autoriza a que ponga fin a ellos; serían razones humanitarias, no fundado en la existencia de un derecho; menos todavía propiciando su promoción, como a veces hace pensar la LORE. Y tampoco contrario al derecho fundamental a la vida⁴⁰.

La Ley establece un sistema de garantías muy completo, al menos en lo que se refiere a su enunciación, con el que se pretende asegurar la realización de la prestación de práctica eutanásica (ayuda a morir) si concurren los requisitos legales, entre ellos confirmar por escrito en varios momentos (fundamentalmente dos) que persiste la voluntad libre de vicios en el reiterado acto de quien solicita la eutanasia.

Esta perspectiva garantista que adopta la Ley es correcta y pertinente. Y lo es en una doble dirección. Por un lado, asegurar que se dará cumplimiento a la voluntad del paciente, sea cual fuere la forma válida y fehaciente en la que se haya expresado; y evitar interferencias de terceros más allá de las atribuciones de intervención que les atribuye la Ley. No obstante, más abajo iremos viendo que unas y otras pueden ser vulneradas en relación con algunas de las previsiones legales. Al mismo tiempo, su abundancia y prolijidad sugiere que el legislador ha percibido la posibilidad de que se cometan abusos (más graves en mi opinión cuando dan lugar a la muerte de una persona que no la ha pedido de modo inequívoco) y como consecuencia de esta desconfianza en el propio sistema legal ha tomado medidas (¿suficientes, excesivas?) para prevenirlos.

Como colofón de este marco garantista se establece incluso la creación de una comisión de garantías en cada Comunidad Autónoma (Comisión de Control y Evaluación), que no solo supervisa el procedimiento, sino que interviene en él.

Es a lo largo de todo este proceso cuando surge la *mens legislatoris* como un ente abstracto, autómatas y mecánico, que quiere asegurar que todo se desarrolle conforme al procedimiento previsto, olvidándose de un ser humano, que estando en el extremo y relevante trance de la muerte, se le carga con reiteradas peticiones de expresar formalmente su continua voluntad de morir por medio de su

³⁹ En este sentido, ALONSO ALAMO, *La eutanasia hoy: perspectivas teológica, bioética, constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)*, cit., 36.

⁴⁰ Como vengo reiterando en obras anteriores. Vid. más ampliamente en este sentido, G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 110.

ejecución por otra persona y de otros numerosos trámites procedimentales, que pueden comportar la intervención en su lugar de un tercero al que tal vez ni conoce. Se trata de la eutanasia burocratizada, la que añade sufrimiento al sufrimiento que precisamente se pretende eliminar definitivamente.

Estos trámites a veces complejos, como el establecimiento de procedimientos que respalden la voluntad del paciente cuando le ha sido denegada la prestación eutanásica, prologando así durante varias semanas su sufrimiento y agonía (durante un mes como mínimo), que, paradójicamente, se aumenta con frecuencia, al tener que estar la persona enferma pendiente del trámite, si es que se halla en condiciones de seguirlo. Para todo este procedimiento tal vez pueda convenirle contar con la asistencia de un abogado, en particular si surge algún impedimento previsto legalmente.

Por consiguiente, se puede concluir que este propósito garantista, intención sin duda asumible, puede llegar a convertirse en el peor enemigo para la aplicación de esta ley, una ley reglamentista y burocrática que prolonga desmesuradamente un procedimiento paradójicamente concebido para abreviar los sufrimientos del paciente o de la persona impedida. Si podemos compartir el pensamiento de que la humanización de la muerte es parte de la humanización de la vida⁴¹, y estando convencido de que esa fue la voluntad de los redactores del texto prelegislativo, no estoy tan seguro de que con su resultado final se haya conseguido tan noble objetivo.

C) Actos eutanásicos permitidos

Sin perjuicio de la utilización del término “eutanasia” en el mismo título de la ley, éste término figura como tal en el articulado de manera aislada, prefiriendo la de “prestación de ayuda para morir”. Esta se define legalmente como la acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en la Ley y que ha manifestado su deseo de morir.

Esta “prestación” presenta dos variantes, que consisten en actos de intervención ejecutiva y de cooperación necesaria no ejecutiva, respectivamente, tipificados en el CP (en principio, ambos en el art. 143.4, donde se equiparan “causar” y “cooperar activamente”), sin ser punibles si se cumplen los requisitos de esta Ley (art. 143.5):

- 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.
- 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

D) El régimen de prestación de la eutanasia: petición, tramitación y ejecución

Parecería que los dos basamentos sobre los que descansa el régimen legal que se establece sobre la eutanasia son dos: 1º asegurarse en todo caso de que desde el momento en que ha habido un pronunciamiento por parte del interesado favorable a que se le de la prestación de ayuda a morir aquél sea satisfecho en todo caso; y esto con independencia de que sea o no posible que se manifieste por escrito, utilice o no el tiempo de reflexión establecido y quede constancia de forma inequívoca de la persistencia de su voluntad de que le quiten la vida, otorgando un consentimiento en el mejor estado posible de sus facultades; 2º garantizar que su voluntad de morir será satisfecha sin excepción,

⁴¹ En este sentido PERIN, A., «El “derecho a morir con dignidad” y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el “caso Cappato”», pág. 634.

relajando en ciertas circunstancias algunos requisitos relevantes, lo que es motivo de dudas sobre la oportunidad de las numerosas consecuencias no deseables que pueden derivarse de ello.

Después de reconocer el derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos en esta Ley a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir (art. 4.1), se establecen los requisitos necesarios (arts. 5 a7), el procedimiento en sentido estricto que hay que seguir (arts. 8 a 12) y las garantías previstas, sin perjuicio de que figuran otras más por diversas partes del articulado (art. 13 a 16).

Sin pretensión de exhaustividad, vamos a exponer y analizar los requisitos y procedimientos legalmente establecidos.

a) Requisitos para ejercitar el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir

En primer lugar, ha de ser una decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico por quien solicita la prestación, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable (art. 4.2); y en que la información ha sido recibida y comprendida se dejará constancia en la historia clínica.

Se trata de garantizar que los solicitantes reciban la información, formen y expresen su voluntad, otorguen su consentimiento y se comuniquen e interactúen con el entorno, de modo libre, a fin de que su decisión sea individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas, aportándoles para ello los medios y recursos de apoyo necesarios, especialmente a las personas discapacitadas (art. 4.3). La alusión a estas últimas no incluye a las personas con discapacidad mental severa, en la medida en que no puedan formar y expresar una decisión autónoma, madura y genuina (v. art. 5.1, a).

El conjunto de estas previsiones es acertado y adecuado, con la salvedad de que el legislador parece estar más bien pensando en personas a las que su situación de dolor y sufrimiento en el contexto de una enfermedad no ha alterado o debilitado su estado cognitivo o emocional ni se ha visto afectado por el desánimo o la depresión, incluso aunque ésta no le haya privado de su capacidad de decidir, si bien desea asegurarse requiriendo un segundo acto de voluntad.

Los requisitos en sentido estricto son enunciados también por la LORE (art. 5.1):

a) Tener la nacionalidad española o residencia legal en España o situación asimilable, tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud.

La exigencia de la nacionalidad española trata de evitar que se instaure en nuestro país el “turismo eutanásico”, es decir, el traslado a nuestro país de personas que quieren acogerse a la eutanasia por estar prohibida en el suyo.

La necesidad de mayoría de edad, que debe compartirse, trata de salir al paso de las situaciones de niños que ocasionalmente han solicitado la eutanasia en otros países, incluso acudiendo al juez, lo cual ha dado lugar a agudas controversias.

Por consiguiente, este retraso en aceptar la plena decisión al cumplimiento de la mayoría de edad parece razonable. Ello sin perjuicio de prestarle los cuidados paliativos u otros que estén indicados, de

acuerdo con las facultades que reconoce la ley a partir de cierta edad (dieciséis años o emancipado) o por medio de la representación legal y participación del profesional facultativo⁴².

Hallarse consciente en el momento de la solicitud parece ineludible, sin perjuicio de que el paciente pierda la conciencia con posterioridad y de que deberá haberla recuperado cuando se le solicite la confirmación de su solicitud.

b) Disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.

El primer inciso guarda coherencia con el requisito o presupuesto general de autonomía apuntado más arriba, y la remisión a la cartera común de servicios parecer ser por el momento más bien un desiderátum, como señalé más arriba, pues si bien en ella se alude a los cuidados paliativos, no se garantiza su disponibilidad por la normativa vigente⁴³, ni se requiere la disponibilidad obligatoria de tales cuidados por la LORE, al menos en los centros sanitarios que estén facultados para practicar la eutanasia. Semejantes reflexiones pueden trasladarse respecto a las prestaciones a las personas dependientes.

c) Haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas.

Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica.

Este requisito trata de asegurar la persistencia en el tiempo de la voluntad de morir del paciente, confirmando formalmente su declaración.

El período de tiempo ente un acto y otro, quince días naturales, parece excesivo si se trata de una situación terminal con deterioro progresivo, lo que será lo más frecuente en estos casos. Aunque el médico puede acortar este plazo si aprecia riesgo de pérdida inminente de la capacidad de prestar su consentimiento (y sólo en este supuesto) sin límite mínimo alguno (p. ej., cumplir los dos requisitos relativos al consentimiento de forma seguida), lo que puede llevar a prescindir del fundamento de esta garantía de reflexión, pues se soslaya por completo, y es otro de los puntos de seria discrepancia con la LORE.

⁴² Vid. art. 9.3, c LAP. También en este precepto se aprecia cierta ambigüedad, pues a partir de los dieciséis años cuando se trate de intervenciones de riesgo, se informará a los representantes legales y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente, pero, ¿por parte de quién? ¿del médico, que es quien debe informar a aquéllos y recibir su opinión?, como sugiriendo que es él quien debe decidir, al margen de los representantes legales y del propio menor; conclusión que debe ser rechazada por discordante y contradictoria con la idea de autonomía y de representación legal, aunque en este caso ambas estén reducidas.

⁴³ Recuérdese el RD 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, etc., cit. *supra*.

d) Sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable.

Se trata de los dos presupuestos que permiten abrir el camino hacia la eutanasia legalizada (definición legal en art. 3, c y b, respectivamente), sobre los que me he ocupado más arriba. En todo caso, debe certificarlo el médico responsable (definido en art. 3, d)⁴⁴.

e) Prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Dicho consentimiento se incorporará a la historia clínica del paciente.

El concepto de consentimiento – informado – viene acotado en la propia ley (art. 3, a), sin perjuicio de que se halla muy arraigado en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁵. Ha de ser necesariamente previo y por escrito, aunque puede eludirse, así como los requisitos de las letras b) y c), si se dispone de un documento legal de instrucciones previas o similar⁴⁶.

Otro conjunto de requisitos gira en torno a la firma del documento de solicitud de la prestación eutanásica. La Ley muestra un empecinamiento en que se inicie o continúe el procedimiento cuando el paciente no está en condiciones de firmar y fechar el citado escrito: podrá expresarse por cualquier otro medio que deje constancia de su voluntad⁴⁷ o ser firmado por terceros⁴⁸. Sobre estos últimos no se exige ninguna vinculación previa con la persona solicitante, o al menos señalar cuál pudiera ser tal vinculación, de existir, o la razón de que actúe en lugar del solicitante: cualquier profesional sanitario (p. ej. el médico responsable), parasanitario o auxiliar no sanitario. Incluso cualquier persona externa, totalmente desconocida para el paciente, podría asumir tal tarea de sustituir al paciente, sin perjuicio de que no exime, al menos legalmente, de que quede constancia fehaciente – que pueda acreditarse – de la manifestación de la voluntad de morir de aquél, aunque no pueda firmar el documento⁴⁹.

Esta solución es, ciertamente, una de las prescripciones más endebles y censurables de la Ley, pues desbarata todas las demás minuciosas garantías que ha previsto, quedando en manos de la honestidad – que no legalidad – del comportamiento de terceros, teóricamente sin ningún tipo de relación o conocimiento previos del paciente; sin entrar aquí en que en estas situaciones tan extremas no será infrecuente la dificultad para expresar o captar de modo inequívoco su voluntad no sólo de morir (p. ej., interrumpiendo el tratamiento iniciado), sino de que incluso se le suministre un producto letal; y

⁴⁴ Concordante con la definición del art. 3 de la LAP.

⁴⁵ *Vid.* definición a la que se adscribe literalmente la LORE, en LAP, art. 3.

⁴⁶ *Vid.* art. 5.2 LORE. *Cfr.* art. 11 LAP, sobre instrucciones previas,

⁴⁷ Así lo indica el art. 6.1 pfo. 1º *in fine* LORE: «[...] o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de la voluntad inequívoca de quien la solicita, así como del momento en que se solicita».

⁴⁸ Art. 6.1 párr. 2º LORE: «En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones».

⁴⁹ También se dan facilidades para el acceso, incluso por el médico responsable, a las instrucciones previas o documento equivalente, remitiéndose explícitamente para ello al RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal y a las competencias de las CCAA sobre esta materia (art. 6.4 LORE).

también es fácil suponer que el deterioro sea general, no sólo para firmar o expresarse con toda claridad, sino posiblemente también para comprender la situación y formar su propia voluntad.

Por último, se contempla la posibilidad de la denegación de la solicitud por el médico responsable y del recurso disponible para el paciente ante la Comisión de Evaluación y Control correspondiente (art. 7). Tanto uno como otro deberán disponer de una buena agenda para apuntar los al menos tres plazos que se estipulan, o de familiares bien dispuestos; tal vez asistidos por el experto correspondiente para ayudar al paciente a rellenar los impresos establecidos, no solo en este caso, sino también en relación con otros requisitos legales. La valoración de la situación de incapacidad del paciente corresponde realizarla al médico responsable, de acuerdo con los protocolos que apruebe el Consejo Interterritorial del SNS, lo que es acertado.

Me remito a lo señalado más arriba sobre la excesiva burocratización del procedimiento y el desconocimiento por el legislador de la situación tan sensible en la podrá encontrarse el paciente, que tendrá que sumar a sus últimas preocupaciones asistenciales vitales la de no equivocarse y cumplir correctamente lo preceptuado.

Finalmente, llama la atención que no se tenga en cuenta en absoluto a los familiares u otros convivientes que ayuden a determinar o confirmar la voluntad del paciente, evitando en todo caso que puedan llegar a suplantar la verdadera voluntad de aquél. La figura de la “persona de confianza” u otra figura semejante, existente en derecho comparado⁵⁰, designada por el paciente, para que represente los intereses de aquél (no solamente sobre la decisión eutanásica), en concreto para actuar como transmisor de los deseos del paciente sobre la continuación, limitación o finalización del tratamiento, incluyendo la posibilidad de acudir y reclamar a la Comisión de Control y Evaluación, hubiera sido una buena solución con el fin de garantizar que no se violenta o se prescinde de la verdadera voluntad de su representado, así como para cooperar en la comprobación de la veracidad de las instrucciones anticipadas⁵¹.

b) Procedimiento

El procedimiento⁵² comporta la elaboración de abundantes reglamentos, protocolos y otros documentos semejantes que incrementarán las necesidades de gestión, además del cumplimiento de diversos plazos y otros requisitos. Hay que insistirse, una vez más, que puede ser excesivo, al menos para los pacientes que padecen una enfermedad grave y terminal, con intensos dolores y grandes sufrimientos. Puede ser más adecuado, en cambio, para quienes se encuentran en una situación imposibilitante y de dependencia, también con padecimientos, pero sin pronóstico letal a corto plazo. En primer lugar, se fija el procedimiento a seguir por el médico responsable cuando exista una solicitud de prestación de ayuda para morir (art. 8). Este realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre

⁵⁰ Así se ha previsto, p. ej., en Francia: Loi N° 2016-87 du 2 février 2016 (Loi Claeys-Leonetti), art. L 1116-6 y D. de ejecución de 18 de octubre de 2016. Vid. K. LEFEUVRE, V. DEPADT, *Protéger les majuers vulnérables. Quels nouveaux droits pour les personnes en fin de vie?*, en *Presses de l'EHESP*, Rennes, 2017, 1101 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Decisiones al final de la vida*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), en *Tratado sobre Derecho y envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

⁵¹ V. sobre esto, ROMEO CASABONA, *Decisiones al final de la vida*, cit.

⁵² Omito la alusión a plazos para la realización de cada paso para no abrumar al lector con tanta formalidad.

posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita; esta información se le dará también por escrito. Esta deliberación, aclaración de dudas y ampliación de la información se retomará cuando el médico reciba la segunda solicitud (art. 8.1).

Una vez terminado este proceso deliberativo el médico responsable recabará del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud. Tanto si la respuesta es afirmativa como si desiste el paciente, el médico responsable deberá comunicar esta circunstancia al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, deberá recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado si persiste en su decisión (art. 8.2).

El siguiente paso consiste en que el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien, tras estudiar la historia clínica y examinar al paciente, deberá corroborar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5; o emitir un informe desfavorable (art. 8.3), que se trasladará a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.4). Por su parte, el médico responsable también comunicará a esta Comisión la disposición a realizar la prestación eutanásica, la cual realizará el control previo que establece el art. 10 (art. 8.5).

Asimismo, en este largo y complejo procedimiento, cuando se aprecie que existe una situación de incapacidad de hecho se remite al cumplimiento de las instrucciones previas, sin indicar el proceder si no las hubo, pero, como es obvio, habrá que concluir que el procedimiento eutanásico se interrumpe. (art. 9).

El siguiente paso corresponde darlo a la Comisión de Garantía y Control (art. 10). Con independencia del número de miembros, la decisión final recaerá en un profesional médico y un jurista pertenecientes a la Comisión, salvo discrepancia entre ambos, pues entonces corresponde al pleno de la Comisión. En realidad, su función tan solo consiste en verificar que se cumplen todos los requisitos y condiciones legales, por lo que debería ser muy excepcional la existencia de discrepancias.

En caso de resolución desfavorable se abre la vía a un recurso judicial (contencioso administrativo) (art. 10.5).

c) Ejecución de la prestación a morir

Finalmente, para la ejecución de la prestación eutanásica se tendrá en cuenta la modalidad elegida por el paciente, si se halla consciente.

Si la prestación la realiza el profesional, bien porque lo haya solicitado el paciente, bien porque se encuentre inconsciente (en coma), el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte. Si la realiza el propio interesado, aquéllos, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrán la debida tarea de observación y apoyo a éste hasta el momento de su fallecimiento (art. 11).

Una vez fallecido el paciente se establece el procedimiento de comunicación del suceso a la Comisión de Garantía y Control por parte del médico responsable, lo que se hará a través de dos documentos, en los que se incluirá información no idéntica (art. 12).

d) Observaciones sobre el conjunto del procedimiento

Dos observaciones finales podrían hacerse a tan largo, complejo y en ocasiones enrevesado procedimiento: 1º se confirma la dificultad que puede entrañar para el interesado seguir hasta el final el procedimiento, quien debe mantener la conciencia al menos hasta que manifiesta la última ratificación (tercera declaración de voluntad); 2º una vez que se inicia el procedimiento con la primera solicitud del interesado, todo parece encaminado a que aquél se mantenga de forma casi automática, procurando incluso vías alternativas, a veces con dudoso aseguramiento de la validez de los consentimientos o ratificaciones posteriores; ello sin prestar atención a propiciar con la misma insistencia la canalización del desistimiento eutanásico del interesado. En esto la LORE no parece que favorezca un procedimiento más neutral.

D) Garantías. Las Comisiones de Garantía y Evaluación

La preocupación del legislador por dotar del máximo nivel de garantías a todo el procedimiento le ha llevado a dedicar dos capítulos de la Ley, relativos a las garantías en el acceso a la prestación y sobre las Comisiones de Garantía y Evaluación (capítulos IV⁵³ y V, respectivamente), además de otras garantías indirectas recogidas en varios preceptos distribuidos a lo largo del texto legal.

Tanta minuciosidad en algunos aspectos revela la loable preocupación del legislador de que no se produzcan desviaciones, abusos o incluso prácticas ilegales. Al mismo tiempo, revela la conciencia del legislador sobre la vulnerabilidad de las personas afectadas, la desconfianza de que el sistema de medicalización de la eutanasia fuera del ambiente familiar puede ser propicio para realizar prácticas ilegales, contrarias a los intereses de los pacientes en situación grave y terminal, hayan solicitado o no la eutanasia. Pero olvida en estos preceptos los huecos esenciales que ha dejado abiertos en otros, ya analizados, que pueden propiciar lo esencial: que la prestación eutanásica responda en realidad a los verdaderos deseos de la persona sostenidos en un estado pleno o claramente suficiente de sus facultades intelectivas y volitivas.

a) Garantías diversas

En primer lugar, y por lo que se refiere a garantizar el acceso a la prestación de ayuda para morir, ésta estará incluida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y será de financiación pública (art. 13.1). Aunque esta previsión de asunción de los gastos ha sido objeto de críticas, responde a la propia coherencia interna del texto legal y debe considerarse acertada.

Menos explícita es la encomienda de que la prestación se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza (art. 14; cfr. art. 13.2). En efecto, cuántos centros y cuáles, al menos del sistema público, deberán disponer de las infraestructuras y del personal sanitario dispuesto a realizar la prestación, tanto en el centro como en el domicilio. Es previsible que no todos los centros vayan a practicar la eutanasia y se seleccionen varios en función de la población y su distribución geográfica en cada Comunidad Autónoma, lo que podría comportar el traslado del paciente a otro centro.

⁵³ Nótese cómo la redacción de este capítulo sigue muy de cerca las previsiones del capítulo II de la LO2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (art. 18 y ss.).

La práctica en el domicilio podría ser más pertinente para personas imposibilitadas sin ninguna patología severa; o, una vez tomada la decisión y autorizada, proceder al traslado domiciliario con el fin de asegurar un clima de mayor intimidad y apoyo familiar.

Asimismo, se establece la adopción de las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal, incluida la custodia activa de sus historias clínicas, de nivel alto respecto a los archivos informáticos que recojan sus datos (art. 15).

Finalmente, se garantiza el derecho a la objeción de conciencia, el cual se sustancia como una decisión individual del profesional sanitario directamente implicado en su realización, la cual deberá manifestarse anticipadamente y por escrito (art. 16.1)⁵⁴.

Significa esto que los centros – públicos y privados – en cuanto tales no podrán objetar, lo cual es correcto, pues estamos ante un derecho individual de las personas físicas derivado de otro fundamental (art. 16 CE). Sin embargo, el propio centro privado no está obligado a ofrecer este servicio, ni siquiera por la vía de presión indirecta si se trata de un centro concertado con el sistema público para prestar otro tipo de servicios asistenciales.

Puede considerarse un despropósito la previsión de que las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir (art. 16.2). Aunque la redacción no es muy explícita, parece evidente que alude a un registro único universal de todos los objetores, lo que es rechazable por ser desproporcionado y vulnerar principios generales del tratamiento de datos de carácter personal. Bastaría con la existencia del registro en cada centro habilitado para realizar la eutanasia, incluyendo en él únicamente los objetores de ese mismo centro, sin posibilidad de acceso – o de transferencia de los datos – por terceros ajenos al mismo.

b) Las Comisiones de Garantía y Evaluación

La LORE prevé la constitución obligatoria de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las Comunidades Autónomas.

El régimen jurídico de las mismas será fijado por el gobierno de cada Comunidad Autónoma, por lo que su organización interna podrá ser distinta para cada Comisión, dejando abierta la posibilidad de que se establezcan criterios dispares en el ámbito de sus respectivas competencias⁵⁵, sin perjuicio de los mecanismos de homogeneización que se establecen en la ley estatal. En todo caso, será multidisciplinar, debiendo contar con personal médico, de enfermería y juristas, con un número mínimo de siete miembros (art. 17). Asimismo, se establece para éstos el deber de secreto (art. 19).

Por lo que se refiere a las funciones, son las siguientes (art. 18):

a) Resolver diversas reclamaciones en determinado plazo, por lo general de veinte días naturales.

⁵⁴ V. mi posición sobre diversos aspectos relacionados con el texto, C.M. ROMEO CASABONA, *Delimitaciones conceptuales sobre la objeción de conciencia en el Derecho Penal*, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz.*, Cizur Menor, 2001, 1769-1788.

⁵⁵ Advierte sobre esta posibilidad PAYÁN ELLACURIA, *Análisis jurídico-penal de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia: un a propuesta de lege ferenda*, 31.

La variedad de reclamaciones, plazos, personas reclamantes y otros aspectos es muy elevada, siguiendo la línea de máxima burocratización que caracteriza a esta ley, cuando debió haberse optado por lo contrario, sin perjuicio de mantener las garantías necesarias.

b) Verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley. Es decir, una vez practicada la eutanasia.

Nada hay que objetar a esta tarea, que puede servir de verificación y control *ex post* sobre la observancia real de los requisitos y procedimientos legalmente previstos. La detección del incumplimiento de alguno de los requisitos fundamentales (¿cuáles?) podría generar dudas sobre la validez del proceso eutanásico y fundamentar los deberes legales de denuncia o de comunicación a las autoridades competentes por indicios de delito.

c) Detectar posibles problemas en el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas y protocolos.

d) Resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial concreto.

e) Elaborar y hacer público un informe anual de evaluación acerca de la aplicación de la Ley en su ámbito territorial concreto. Dicho informe deberá remitirse al órgano competente en materia de salud.

f) Aquellas otras que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos, así como, en el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla, el Ministerio de Sanidad.

Sin perjuicio de las matizaciones comentadas, todas estas funciones se mueven en el ámbito de lo razonable.

4. La nueva regulación del Código Penal

La LORE ha dejado prácticamente intacto el art. 143.4 del CP, sin perjuicio de haber añadido algunas acotaciones o diferenciaciones que son realmente oportunas o coherentes con el nuevo marco legal establecido por la LORE, como se expondrá más abajo⁵⁶.

La voluntad del legislador es que la conducta de eutanasia activa no será punible si se observa lo previsto en la nueva ley (art. 143.5 CP)⁵⁷; en caso contrario, y siempre que se cumplan los requisitos del art. 143.4, el hecho será punible, pero con la atenuación privilegiada que ya preveía este precepto (pena inferior en uno o dos grados a las previstas en los dos párrafos anteriores del art. 143)⁵⁸. Esta es la razón por la que también debe ser abordado el alcance este precepto en el caso de que tuviera que ser aplicado por la autoridad judicial.

⁵⁶ Vid. DF 1ª.

⁵⁷ Art. 143.5: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la Ley Orgánica reguladora de la eutanasia».

⁵⁸ Art. 143.4 CP, introducido por la LORE en su DF 1ª: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3».

Recordemos que las conductas omisivas, la comisión por imprudencia y la mera complicidad son variantes no punibles, es decir, exentas en cuanto tales, de responsabilidad penal, a salvo de que puedan omitirse otras tareas de asistencia sanitaria (p. ej., cuidados paliativos) y social obligatorias, en cuyo caso habría que comprobar si hay indicios de algún delito.

No cabe duda de que esta regulación se inserta como una causa de justificación en el sistema de la teoría jurídica del delito, pues es lícito el hecho realizado conforme establece la misma, con independencia del sustento dogmático que pueda otorgarse a ese discutible derecho.

Nos encontramos entonces de nuevo ante un relevante problema de dogmática general de la teoría del delito, que suele presentarse cuando la ley penal se remite a una ley no penal (extrapenal) para completar su contenido, en este caso para determinar los elementos objetivos y subjetivos que deben concurrir para que pueda aplicarse la causa de justificación. Es decir, debemos preguntarnos qué sucede si no se ha observado alguno de los requisitos o procedimientos que establece la LORE, lo cual no sería extraño que sucediera, a la vista de lo numerosos que son aquéllos, en ocasiones asimismo poco precisos; por ejemplo, que no se haya respetado alguno de los abundantes plazos fijados, rebasándolo o reduciéndolo en un día; sin embargo, no parece que sea ésta una infracción suficientemente grave como para dejar de aplicar el art. 143.5 CP.

Tampoco esta respuesta es tan sencilla de sostener. En la hermenéutica penalista suele distinguirse entre elementos esenciales y no esenciales en cada causa de justificación, para concluir que solo la ausencia de cualquiera – o todos – de los últimos legitima para aplicar la eximente incompleta (causa de justificación incompleta), pero si faltan los primeros – los esenciales – ni siquiera cabría aplicar ésta⁵⁹; es decir, tendríamos que ir al art. 143.4 y sancionar el hecho con la pena atenuada o rebajada que establece éste último, siempre que concurren todos los elementos del tipo que permitan acudir a este tipo atenuado o privilegiado. ¿Cómo determinar cuáles de esos elementos son esenciales y cuáles no son esenciales? Entiendo que, en todo caso, esencial será la solicitud autónoma del paciente (art. 4.2 LORE), pero también inequívoca y seria. Sin embargo, la ausencia de consentimiento – de petición – impediría también la aplicación del art. 143.4, debiéndonos trasladar al delito contra la vida que corresponda, según las circunstancias del caso (homicidio o asesinato). Probablemente también podría considerarse esencial que la prestación la realice un médico, el que indica la ley, siendo coherentes con el marco legal, que excluye cualquier intervención de terceros (p. ej., de los familiares y allegados); pero, ¿podría haber alguno más?

Por otro lado, el régimen atenuante de las eximentes incompletas es claro en el CP, pues se prevé explícitamente (reducción de la pena de partida en uno o dos grados, arts. 21 nº1 y 68 CP), pero esta previsión se remite exclusivamente a las causas de justificación mencionadas en el art. 20. Algún autor defendería la aplicación de la eximente incompleta por analogía o una atenuante por analogía, incluso cualificada, y aunque personalmente concuerdo con este criterio general⁶⁰, resultaría cuando menos problemático querer apoyarse directamente en el art. 143.5, que es donde se ubica la causa de justificación completa⁶¹.

⁵⁹ Vid. F. FLORES MENDOZA, *Antijuricidad. Las causas de justificación*, en C.M. ROMEO CASABONA, E. SOLA RECHE, M.Á. BOLDOVA PASAMAR, (Coords.), *op. cit.*, pág. 218.

⁶⁰ FLORES MENDOZA, *Ibidem*.

⁶¹ Art. 21 nº 7 CP: de análoga significación que las anteriores circunstancias de ese mismo precepto.

Nos encontramos, por consiguiente, de nuevo ante una imprecisión e imprevisión legislativa, la cual revela una vez más manifestaciones de inseguridad jurídica muy relevantes en diversos pasajes de la ley, poco escrupulosas con el principio de legalidad, que podrán ser fuente de intrincados y no pacíficos esfuerzos hermenéuticos. Al final, será tarea de los tribunales de justicia aclarar esta importante y nada sencilla cuestión interpretativa.

El art. 143.4 CP en su nueva redacción continúa operando como un tipo atenuado o privilegiado respecto de los que hace remisión (art. 143. 2 y 3), habiendo sido excluidos del mismo los comportamientos de inducción, que se regirán por lo establecido en el art. 143.1⁶². El tratamiento privilegiado de este delito encuentra su fundamento, según entiendo, sobre todo en el menor reproche de la conducta del sujeto que actúa bajo los presupuestos típicos que menciona el art. 143.4, siempre que no se pueda aplicar la exención de responsabilidad penal que establece art. 143.5⁶³. No tiene sentido exigir para la aplicación de este delito atenuado los requisitos que se contienen en la LORE, pues precisamente la aplicación de este delito comporta que el sujeto activo no ha cumplido aquéllos, pero que puede satisfacer las exigencias que se derivan del art. 143.4.

En realidad, para el potencial sujeto activo – o para un observador – no tiene por qué plantearse como un conflicto (ni siquiera de deberes: no existe el deber de quitar la vida a nadie para eliminar sus sufrimientos, a pesar de lo que prescriba la LORE; ésta convierte en lícita la acción del médico que intervenga bajo su amparo y requisitos; el resto de profesionales sanitarios son también impunes, al contribuir en una acción lícita – amparada por una causa de justificación –)⁶⁴, ni objetiva ni subjetivamente, pues ese conflicto lo es propiamente del sujeto pasivo (conflicto de intereses intrapersonales)⁶⁵: él decide si desea o no soportar un proceso inevitable de muerte o de graves padecimientos; ni, si aquél se decide a intervenir, tiene por qué actuar impulsado por un estado de necesidad (elemento subjetivo). Si fuera así, la petición del interesado debería ser irrelevante, lo que no es aceptable, ni concuerda con la voluntad del legislador, conforme a la cual su eje discursivo sería la autonomía del paciente.

Muy al contrario, el legislador, ante las situaciones extremas de sufrimiento que pueden presentarse en el contexto de la enfermedad ha optado por atenuar la sanción penal, probablemente persuadido también por la menor gravedad del hecho si el sujeto lo ha solicitado seriamente. Es en la voluntad de éste donde podría encontrarse en todo caso un fundamento para sustentar la menor gravedad de lo injusto del hecho y no en el estado de necesidad, hecho que al mismo tiempo es menos reprochable. Pero este reconocimiento de menor desvalor (incluso reflejado en una rebaja cualificada de la pena), entiendo que no permite dar el salto dogmático hacia una causa de justificación incompleta, pues falta

⁶² Vid. J. BARQUÍN SANZ, *La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*, en C. ROXIN, F. MANTOVANI, J. BARQUÍN, M. OLMEDO, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, Granada, 2001, 169, quien recogiendo alguna opinión que defiende que la inducción a la eutanasia estaría despenalizada, aporta abundantes y certeros argumentos contra ella.

⁶³ En este sentido, ya C.M. ROMEO CASABONA, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 13, 1987, 204; C.M. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., 489.

⁶⁴ Cfr. S. ROMEO MALANDA, P. NICOLÁS JIMÉNEZ, A. URRUELA MORA, *Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español*, 15.

⁶⁵ V. más ampliamente sobre esta cuestión, ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, 2004, 138 y ss.

el referente de la licitud del hecho, sobre la cual la ley es diáfana. La alternativa en la actualidad es la justificación del hecho que comporta poder acogerse a la LORE, si se ha actuado en los términos que ella requiere, aplicando, en su caso, el tipo atenuado del art. 143.4 CP, con las eximentes atenuantes relacionadas con la no reprochabilidad o reprochabilidad atenuada basadas en alteraciones psíquicas o emocionales señaladas más arriba.

Aunque parece implícito el móvil humanitario, solidario o altruista que preside la atenuación y el menor reproche que la fundamenta, no es una exigencia expresa requerida por el precepto y es compatible con cualquier otra motivación, incluso egoísta o insolidaria. Pero la concurrencia de estos móviles deja abierto el paso a la aplicación de alguna atenuante inspirada en situaciones emocionales semejantes⁶⁶.

Teniendo en cuenta los requisitos objetivos y subjetivos que deben concurrir, quedan excluidos del tipo y son por ello impunes, pues tampoco son típicos a través de las demás formas delictivas del art. 143, los supuestos de cooperación no necesaria al hecho, los omisivos y los activos que indirectamente pudieran producir como efecto secundario el acortamiento de la vida o la aceleración del proceso de la muerte (así, los cuidados paliativos).

A) Elementos del tipo

Tipo objetivo. Se ha criticado que la descripción del tipo se haya apoyado en tantos, tan complejos e imprecisos requisitos. Siendo cierto esto en algunos pocos casos, no parece, sin embargo, que partiendo de la perspectiva garantista del legislador (a ello responden en gran medida dichos requisitos) pudieran encontrarse otras fórmulas mucho más acordes con las exigencias de taxatividad que deben ser escrupulosamente observadas en las tareas de redacción por el legislador.

El presupuesto fáctico incorporado al tipo ha sido modificado por la LORE, lo cual me parece un acierto, pues ahora el texto legal separa nítidamente dos situaciones que guardando una estrecha proximidad son diferentes y merecerían desde mi punto de vista respuestas también diferentes. No obstante, la redacción anterior del art. 143.4 CP permitía ya apreciar dos presupuestos alternativos, no necesariamente cumulativos.

En la actualidad este precepto penal dice así: «una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e incapacitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables».

Sin perjuicio de la mayor o menor dificultad que pueda ofrecer la interpretación del significado y alcance de estos elementos del tipo en cada caso en particular, lo cierto es que pretenden reflejar situaciones extremas (valorables con criterios más o menos objetivos) que el sujeto afectado no parece poder – o querer – soportar (aspecto subjetivo). La LORE define minuciosamente cada una de estas situaciones⁶⁷, y sus respectivas definiciones habrán de tomarse como referencia obligada para el CP.

⁶⁶ V. art. 21 circ. 3ª CP, sin reiterar aquí otras situaciones de mayor intensidad que pudieran dar lugar a la aplicación de alguna eximente completa (art. 20 nº 1) o incompleta (art. 21, circ. 1ª), señaladas más arriba.

⁶⁷ V. LORE, art. 3: «b) “Padecimiento grave, crónico e incapacitante”: situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría

El segundo supuesto es más difícil de objetivar, pero, en cualquier caso, que la enfermedad sea insoportable ha de venir determinado por el propio sentimiento del enfermo y no por lo que puedan valorar terceros sobre ello o por la repercusión que pueda producirse en ellos mismos (p. ej., respecto a sus familiares)⁶⁸, subjetividad cuya ambigüedad queda acotada por los demás componentes, que son más fácilmente objetivables.

Dicha enfermedad habría de ser de raíz orgánica, pues quien padezca una enfermedad psíquica de esas características tan extremas como las que refiere el tipo difícilmente estará en condiciones de poder aportar los demás requisitos exigidos por el tipo, en especial los relativos a la formación y manifestación de una voluntad relevante para el Derecho. Sin embargo, acoge los sufrimientos tanto físicos como psíquicos, no una enfermedad de aquella naturaleza, pudiendo ser, no obstante, los sufrimientos psíquicos también invalidantes para poder asumir una formación o manifestación de la voluntad jurídicamente válida.

Los enfermos crónicos con una enfermedad en fase terminal no están necesariamente incluidos en este supuesto, dado que pueden disponer de tratamientos sustitutivos eficaces que les mantiene con una vida asumible por tiempo indeterminado (p. ej., tratamiento de diálisis, asistencia con respirador móvil)⁶⁹.

No se exige ningún requisito especial para ser *sujeto activo* del delito, es un delito común, es decir, podrá serlo cualquiera, tanto vinculado al ámbito sanitario como al entorno familiar o afectivo del sujeto pasivo, sin ser tampoco imprescindible, desde luego, reunir ninguna de estas condiciones. Recordemos que a la causa de justificación del art. 143.5 CP sólo podrán acogerse los profesionales médicos que señala la LORE, pues excluye que la prestación de ayuda a morir pueda ser realizada por personas distintas fuera de un contexto sanitario (eutanasia medicalizada)⁷⁰. Lo mismo ocurre con el *sujeto pasivo*, es decir, con la persona que solicita la ayuda ejecutiva a morir (p. ej., no está excluido

apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico. c) “Enfermedad grave e incurable”: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”». El supuesto acogido en la letra b recoge muy de cerca la situación en la que se encontraba el Sr. Sampedro, mencionado más arriba.

⁶⁸ La propia LORE asume implícitamente esta subjetividad, al añadir a que sea insoportable «sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable» (art. 3, c).

⁶⁹ V. STEDH (Sección 2ª) de 14 mayo 2013 TEDH\2013\52, caso GROSS c. Suiza: imposibilidad de acceder a receta médica para obtener la sustancia letal por incumplimiento de los requisitos, ya que la solicitante no se encuentra en situación de enfermedad terminal, pero se constata la ausencia de directrices legales claras y completas definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir una receta de dosis letal de medicamento en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida, pero donde la muerte no es inminente debido a una condición médica específica. El TEDH concluyó que la demandante se encontró en una situación de incertidumbre que le generó un considerable grado de angustia y que se produjo la violación del art. 8 CEDH (voto parcialmente disidente 3 jueces; v. rectificación de la Gran Sala en sentencia de 30 de septiembre de 2014). Similares (pero con fallos diversos): STEDH (Sección 1ª) de 20 enero 2011 TEDH\2011\12, caso HAAS c. Suiza; STEDH (Sección 5ª) de 19 julio 2012 TEDH\2012\69, caso KOCH c. Alemania. Vid. un fino y minucioso análisis de la jurisprudencia de este órgano europeo de G. ARRUEGO RODRÍGUEZ, *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, 57 y sigs., especialmente 68 y sigs.

⁷⁰ En las letras a y b del art. 3º LORE se introducen las definiciones de “médico responsable” y “médico consultor”.

que pueda ser extranjero)⁷¹. No debemos olvidar, no obstante, que éste ha de encontrarse en algunas de las dos situaciones que describe el CP, señaladas más arriba. Por otro lado, las exigencias típicas respecto a su voluntad restringen de hecho el círculo de sujetos idóneos, en particular por razón de la edad y de la capacidad psíquica, como veremos después.

La *acción típica* consiste en causar o cooperar a la muerte de otro. La descripción de ambas conductas de forma alternativa implica la remisión y el punto de conexión con los tipos respectivos de los que trae causa, lo que comporta retrotraemos a la discusión relativa a la cooperación ejecutiva al suicidio, la cual habrá de resolverse con los mismos criterios⁷². Aunque no es vinculante para la aplicación del art. 143.4, la LORE puede, asimismo, aportar orientaciones interpretativas, dado que recoge y describe estas dos mismas situaciones.

Han de ser exclusivamente comportamientos activos, necesarios y directos. Son expresiones redundantes, dada la relación de dependencia con el art. 143.3 y 2, respectivamente, pero revela, no obstante, la preocupación del legislador por acotar lo mejor posible el ámbito de lo típico y de lo que queda excluido del delito, y por ello nada superfluos.

La *omisión* no es típica, no está incluida en el delito. Esta conclusión se deriva palmariamente de la exigencia de que el comportamiento ha de ser activo mediante “actos”⁷³. Sin embargo, para que ello sea así es precisa la manifestación inequívoca del interesado, rechazando o impidiendo la acción salvadora de terceros, y si por cualquier motivo aquél no ha podido expresarse o lo ha hecho de forma no válida jurídicamente (caso de una persona inconsciente o de un recién nacido o de un niño o de un enfermo o deficiente mental graves, respectivamente), nos trasladaríamos al ámbito del homicidio doloso o imprudente en comisión por omisión, pero únicamente cuando el omitente tuviera la posición de garante y siempre que la acción fuera en si misma exigible (p. ej., en el caso de que fuera posible un tratamiento para mantener la vida consciente o temporalmente inconsciente del sujeto pasivo)⁷⁴.

Ha sido habitual discutir en el entorno de la eutanasia la conceptualización como activos u omisivos algunos comportamientos ambiguos o que participan fácticamente de ambos aspectos. En concreto, si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye *normativamente* una conducta activa o pasiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune. Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un

⁷¹ El AAP Madrid (Sección 27ª) nº 998/2019 de 6 junio (ARP\2019\1043) refleja las peculiaridades de nuestro legislador, que, víctima de sus maximalismos ideológicos, obliga al Juez a afirmar la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, en el caso de suicidio asistido de la esposa con enfermedad terminal por su marido: es obvio que en este caso el género no desempeña papel alguno en la comisión de este hecho tan penoso para el marido.

⁷² Vid. C.M. ROMEO CASABONA, *Suicidio y eutanasia*, en C.M. ROMEO CASABONA (Coord.), en *Tratado sobre Derecho y envejecimiento*, Madrid, 2021 (en prensa).

⁷³ C.M. ROMEO CASABONA, *El homicidio y sus formas*, 48 y s.; DÍEZ RIPOLLÉS, en *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 244 y sigs.

⁷⁴ SAP Castellón 184-2012 de 10 mayo (JUR 2012/257412): «Dª. Z. quedó postrada en cama de manera que dependía absolutamente del acusado para su subsistencia, manifestándole en diversas ocasiones su voluntad de morir, por lo que el acusado, siendo conocedor del delicado estado de salud de su madre y de que ella era completamente dependiente de sus cuidados y asumiendo la muerte de la misma, dejó de suministrarle alimentos hasta que Dª. Z. Falleció [...] son constitutivos de un delito de auxilio al suicidio, previsto y penado en el artículo 143.3º y 4º». Se supone que se aplicaría únicamente el último apartado citado art. Lo paradójico es que se trata un supuesto omisivo en el que el ejecutor tenía la posición de garante.

comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es considerarla omisiva, en cuanto supone interrumpir o no continuar un tratamiento determinado – omitir una acción para la que se tiene capacidad de realización –, en este caso vital (p. ej., un respirador). Ahora bien, la valoración jurídico-penal final del hecho dependerá de nuevo de que el sujeto pasivo haya o no rechazado ese tratamiento: en el primer caso el hecho es atípico y en el segundo debemos situarlo en la órbita de los delitos de comisión por omisión.

Es un delito de resultado material, acotado por la muerte del sujeto pasivo.

Respecto a que se trate de actos necesarios se alude, entre otros aspectos, a la necesidad de la contribución del sujeto activo, es decir, a su naturaleza jurídico-penal de cooperación necesaria, lo que nos devuelve a la inacabada e irresoluble cuestión de su distinción de la complicidad, que queda fuera del delito, no es punible. Han de consistir asimismo en actos directos. Sin perjuicio de las dificultades que pueden plantearse para su delimitación (han de ser actos dirigidos específicamente a la muerte de otro), su exigencia trae como efecto la exclusión de la llamada en tiempos pasados eutanasia indirecta (cuidados paliativos dirigidos principalmente a mitigar o eliminar el dolor y otros padecimientos que pueden tener como efecto derivado un acortamiento de la vida del paciente).

Elementos referentes a la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo. Es necesaria la petición del sujeto pasivo, que habrá de ser expresa, seria e inequívoca. Por consiguiente, no basta con el mero consentimiento expresado tras ser preguntado, sino que es necesario algo más: la solicitud inequívoca al sujeto activo del delito⁷⁵, que ha de ser el móvil determinante de éste, aunque puedan concurrir otros.

Algunos de los requisitos relacionados con la petición han sido objeto de tratamiento legal específico por la Ley 41/2002, así como por la LORE, al definir el consentimiento informado (art. 3, a). En el ámbito penal lo relevante y vinculante para el intérprete es lo que se deduzca del art. 143.4, pues es de él de donde debe extraerse el marco de la tipicidad (en particular, en cuanto que no acoge la técnica de ley penal en blanco), al cual ocasionalmente podrían aportar alguna luz la LAP, como también ahora la LORE, siempre que no comporten una confrontación insalvable con el precepto penal (p. ej., añadiendo requisitos formales no deducibles de éste).

Los demás requisitos van dirigidos a asegurar la existencia de una auténtica voluntad por parte del sujeto pasivo de que se le quite la vida.

Que la petición haya de ser por “éste”, significa que ha de ser una petición *personal*, sin admitir que terceros puedan formularla en nombre o representación de aquél. De esto se deriva que si se trata de un menor o de un incapaz no cabrá que sus representantes legales puedan formular la petición en su lugar, por supuesto, mucho menos, cualquier otro familiar o allegado, incluso conviviente. Al tener que ser expresa se excluyen las solicitudes tácitas y por actos concluyentes, así como cualquier forma de presunción.

⁷⁵ Esto explica que el tribunal de autos descartara correctamente la aplicación del art. 143.4 CP, puesto que la voluntad de la paciente no era inequívoca, como entendió erróneamente el médico cuando aquélla le pidió insistentemente que acabara con sus sufrimientos, error del médico al interpretar la voluntad de la paciente que era vencible, por lo que los hechos son constitutivos de un concurso de delito de homicidio imprudente del artículo 142 CP (según art. 14.1) y un delito intentado del artículo 143.4. SAP Tarragona (Secc. 2ª) nº 110/2009 de 25 marzo.

Se ha defendido que la petición admite tanto la modalidad verbal como escrita⁷⁶. Así debe aceptarse, aunque es recomendable, a efectos de prueba, dejar constancia escrita o por cualquier otro procedimiento fehaciente (p. ej., grabación audiovisual) de dicha petición, dada la trascendencia jurídico-penal que tendrá para el sujeto activo su acreditación (que se le aplique este tipo atenuado o, de no quedar constancia suficiente de la petición del sujeto, que se le impute un homicidio o, incluso, un asesinato, según las circunstancias concurrentes)⁷⁷.

Asimismo, se plantearía la validez del llamado testamento vital o, como denomina la legislación vigente, de las instrucciones previas⁷⁸, al menos por lo que se refiere a la hipótesis relativa a la situación de padecimiento grave, crónico e imposibilitante, puesto que debería tratarse no de una manifestación genérica, sino que debería estar vinculada a una situación específica que el sujeto ya ha anticipado (es decir, una grave enfermedad, sin ser necesario precisar cuál). De todos modos, sería menos problemática la otra hipótesis, la de «una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables». Pero, por otro lado, el documento debería estar dirigido con su petición a una persona o personas concretas determinadas o determinables, dado que el precepto parece establecer un nexo causal entre ambos, aunque la duda más relevante se refiere a que el sujeto pasivo ha de poseer el dominio del hecho, lo que podría ser cuestionable si el escrito se firma en un marco temporal y en un contexto sensiblemente distantes de la situación real ante la cual habría de surtir sus efectos. Habrá que asumir que este requerimiento tendrá que ser adaptado a las hipótesis más frecuentes en las que este documento tendrá utilidad para producir sus efectos: cuando el paciente se halla inconsciente (en coma) en el contexto de su grave enfermedad.

⁷⁶ Así, J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al código penal. Parte Especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, cit., 245; J. BARQUÍN SANZ, *La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*, cit., 173.

⁷⁷ Por homicidio doloso condenó la SAP A Coruña 00430/2020 de 10 de noviembre, al entender que no concurría probadamente ninguno de los requisitos exigidos por el art. 143.4, incluida la solicitud o consentimiento de la víctima. A la vista de que la víctima fue matada con un cuchillo mientras dormía, surge la duda de si no estaríamos aquí más bien ante un delito de asesinato calificado por la alevosía. En este sentido, más correcta parece la SAP Valladolid 33/2020 de 23 junio, que condena por un delito de asesinato con la atenuante de alteración psíquica: «no lo es [cooperación ejecutiva al suicidio] el hecho de que, llegando a comprender el alcance de las pretensiones autolíticas de su hijo, la víctima manifieste, en este caso por gestos, su intención o su consentimiento a morir antes de sobrevivir a su hijo, algo que se conseguiría de cualquier madre, obviamente, pero no colma el tipo penal del art. 143.4 CP, en modo alguno, y así lo entendió el Tribunal del Jurado, porque, fundamentalmente, no hay circunstancia objetiva alguna de la petición seria e inequívoca de Esther de ayuda para morir». Similares SAP La Coruña 411/2015 de 11 septiembre (JUR\2015\226432), SAP S/C de Tenerife, 474/2011 de 22 diciembre. ARP 2013\743. Las sentencias citadas reflejan el intento del investigado (procesado) de ocultar un homicidio o asesinato evidentes en una descartada acertadamente por el tribunal de una cooperación ejecutiva al suicidio, en la que faltaba la voluntad de solicitar la ayuda a morir por parte de las víctimas.

⁷⁸ *Vid.* LAP, art. 11, desarrollado por el RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Algunas CCAA han aprobado sus propias leyes, así, País Vasco (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad), Aragón (D 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de Organización y el Funcionamiento del registro de Voluntades Anticipadas), Canarias (Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro), Islas Baleares (Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas), Comunitat Valenciana (Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida), etc.

En todo caso, el reconocimiento en la legislación administrativa y en la propia LORE⁷⁹ del documento de instrucciones previas, constituye un reforzamiento de la validez inicial de estos documentos y de que deben realizarse esfuerzos para su encaje jurídico en las hipótesis concretas a que de lugar el art. 143.4, no en vano éste fue uno de los propósitos del legislador con la promulgación de aquel precepto no penal y, con posterioridad, de la LORE, a pesar de las dudas que suscita ésta última en este punto. Por seria ha de entenderse que la petición sea firme (no necesariamente con insistencia) y meditada, después de conocer plenamente su situación, pronóstico y posibilidades de tratamiento. La petición no ha de ofrecer la menor duda sobre la consistencia de la voluntad del sujeto, que puede verse enmascarada por situaciones momentáneas de depresión, desánimo o desesperación⁸⁰.

Por último, la exigencia en el tipo de una petición inequívoca se refiere a la necesidad de que no ofrezca duda alguna la existencia misma de dicha petición y su propósito.

Cualquier ambigüedad, confusión o duda respecto al contenido y significado de la petición supone su no validez. A todo lo anterior deben añadirse los demás elementos de validez del consentimiento (libre y exento de otros vicios, como el error o la violencia), entre ellos la capacidad para formar y expresar la voluntad que, como en los otros casos, habrá de vincularse a la capacidad natural de juicio, de tal modo que permita al sujeto comprender la trascendencia para su vida del acto que solicita.

La LAP (Ley 41/2002) consagró legalmente este criterio tan extendido en la doctrina penal y en particular la orientada al Derecho Médico con su definición del consentimiento informado⁸¹. Por otro lado, las previsiones de esta ley sobre el consentimiento del menor o por representación no son aplicables aquí, pues el supuesto que nos ocupa no se refiere a un acto médico, sino a la privación punible de la vida del sujeto pasivo⁸².

⁷⁹ Vid. LORE, art. 5.2: «[...] haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable». La remisión a este documento de instrucciones previas, debiendo estar a lo dispuesto en dicho documento, puede ser problemática, si no se adaptan sus instrucciones al procedimiento previsto en la LORE. En cualquier caso, las previsiones de esta ley tratan de guardar coherencia con las de la LAP en su art. 11.

⁸⁰ M.J. PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia, ¿un derecho?*, 227.

⁸¹ Según el art. 3º de la LAP: «La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud». La LORE ha adoptado casi literalmente esta definición sobre el consentimiento informado (art. 3º, a).

⁸² El art. 9.3 de la LAP indica lo siguiente: «Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: e) c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos (conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor). Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en el caso de intervención de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente (Art. 9.4: cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio

Tipo subjetivo. Es necesario el dolo, que debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, incluido el resultado de muerte y la petición del sujeto pasivo, que, según se señaló, ha de ser el móvil determinante de su actuación (al decir el CP: «el que causare [...] *por* petición expresa [...]»).

Por lo que se refiere a la valoración de la concurrencia de todos los elementos anteriores, es decir, los presupuestos fácticos y los referentes a la petición por parte del sujeto pasivo, deberá ser realizada por el sujeto activo, lo cual no deja de plantear dificultades (p. ej., determinar cuándo la persona solicitante sufre un padecimiento grave, o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos insoportables; o sobre la concurrencia de los requisitos relativos a la petición). Cuando se produzca un error sobre los primeros se aplicará el tipo del art. 143.2 o 3, según corresponda, mientras que los que afecten a la petición, de modo que el sujeto pasivo realmente no hubiera pretendido el acto eutanásico, al estar excluido entonces el presupuesto volitivo del tipo, que fundamenta su atenuación, nos situaremos en la órbita del delito de homicidio doloso atenuado con la pena inferior en uno o dos grados (error de prohibición sobre un elemento atenuante, de ser vencible, art. 14.3 por analogía CP)⁸³.

del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.» (cursiva añadida).

⁸³ La cuestión no es pacífica: recuérdese la SAP Tarragona (Sec. 2.ª) 110/2009, de 25 de marzo, que condenó por un delito doloso de cooperación al suicidio del art. 143.4 en tentativa en concurso con un delito de homicidio por imprudencia (error vencible de prohibición, art. 142 con art. 14.3 CP). Yo mismo he mantenido con anterioridad la existencia de un homicidio por imprudencia (error vencible sobre el tipo, art. 14.1 CP): C.M. ROMEO CASABONA, *El homicidio y sus formas*, en C.M. ROMEO CASABONA, E.SOLA RECHE, M. Á BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo*, Comares, Granada, 2016, 51.