

HACIA UNA JUSTIFICACIÓN MÁS OBJETIVA DE LA EUTANASIA

Nicolás García Rivas

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

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

HACIA UNA JUSTIFICACIÓN MÁS OBJETIVA DE LA EUTANASIA

*Nicolás García Rivas
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha*

A Bárbara, in memoriam

1. Situación jurídica actual y necesidad de su reforma

El término “eutanasia” evoca etimológicamente la idea de “muerte dulce”, es decir, un tránsito hacia la “otra” vida carente de sufrimiento. En nuestro sistema jurídico, la eutanasia está prohibida. Bien es verdad que desde 1996 el Código Penal establece una pena atenuada cuando se colabora en el suicidio ajeno previa petición seria e inequívoca de quien desea morir, siempre que sufra “una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar” (art. 143.4 CP). Pero incluso bajo estas condiciones, el cooperador es reo de un delito cuya pena puede alcanzar los seis años de prisión. La capacidad de esta regulación para hacer frente a la demanda social quedó puesta seriamente en entredicho hace muy pocos años, al dejar sin respuesta la petición de Ramón Sampredo para abandonar voluntariamente el lecho que había definido su sufrimiento a lo largo de treinta años. Pero existen otros muchos casos, con una configuración bien diferente, que tampoco reciben respuesta alguna; obsérvese, si no, el alto grado de hipocresía que revela el silencio bajo cuya protección se resuelven todos los días casos de neonatos malformados. No creo que esta decepcionante respuesta sea la única posible en nuestro sistema jurídico. A la reflexión sobre ello y a la aportación de algunas líneas argumentales que puedan servir para adoptar una solución más plausible está dedicado el presente trabajo.

Las valientes iniciativas adoptadas recientemente en Holanda y Bélgica, gracias a las cuales se ha alzado la amenaza de la pena para aquél que ayude a morir a una persona aquejada de un sufrimiento insoportable que lo solicite seria y conscientemente, pueden servir de acicate para desperezar a los parlamentarios españoles e indicarles la manera de ir acabando con esta situación jurídica de tinte prohibicionista que padecemos, bajo la cual subsiste una práctica hospitalaria en la que se acude a subterfugios lingüísticos más o menos sutiles para enmascarar actos de genuina eutanasia con el fin de eludir la negativa carga semántica que arrastra el término, indebidamente asociado al fantasma de la “eugenesia”. La decisión tomada en esos países se enmarca en una corriente de progresiva aceptación de la muerte dulce, corriente que avanza lenta pero inexorablemente y en la que se inscriben ya algunos Estados cuyo sistema jurídico ha dado muestras de una encomiable tolerancia que contrasta con otras posturas de irreductible rechazo, como la protagonizada por la iglesia católica, tan influyente en nuestro país en general y en la corporación médica en particular. No es extraño que un tema como éste, propicio al conflicto ético, provoque opiniones encontradas, pero el deber de un legislador cabal es terciar en la polémica ofreciendo soluciones que sean aceptables para la mayoría, orientadas por el único criterio legítimo que un Estado de Derecho reconoce: el respeto a las normas constitucionales. Esa es la tarea que le espera al Parlamento español, que cada vez tiene menos argumentos para mirar hacia otro lado porque son muchos los ciudadanos que reclaman una pronta solución para este problema social de primer orden. Durante la anterior legislatura, el Senado se hizo eco de esa preocupación creando una *Comisión especial para el estudio de la eutanasia*, que contó con la colaboración de destacados profesionales y cuyo deceso prematuro obligaría ahora a su inmediata resurrección.

La discusión jurídica sobre la eutanasia se desarrolla en dos planos muy diferentes, aunque exista cierta tendencia a confundirlos: el de la *disponibilidad* del individuo sobre su vida, por una parte, y el del *estado de sufrimiento* que caracteriza al sujeto, por otra¹. Como se verá después, en la literatura jurídica predominan los argumentos que se circunscriben al primer plano de la discusión, es decir, los que se preocupan de fundamentar el derecho que asiste a todo ciudadano para abandonar este mundo cuando lo desee. Mientras tanto, se relega a un lugar meramente secundario la importancia que tiene ese estado de sufrimiento a la hora de justificar el hecho. Su papel es más descriptivo que valorativo y sirve, casi exclusivamente, para marcar la

¹ Resulta ejemplar, en relación con esto, la polémica de G. DWORKIN con KASS, a raíz del artículo de éste *Neither for love nor money: why doctors must not kill*, en *The public interest*, nº 94, 1989. Puede consultarse en G.DWORKIN, R.G. FREY, S.BOK, *Euthanasia and physician-assisted suicide*, Cambridge, 1998, p. 7 s.

distancia entre la *eutanasia* y la ayuda al *suicidio*, acto que, como es obvio, puede ser decidido y realizado por personas que se encuentran en plenitud de facultades, sin otro sufrimiento que la asfixia existencial que les impulsa a abandonar este mundo².

A mi modo de ver, esa manera de plantear la cuestión deja sin explicar por qué se propugna la despenalización de ciertas modalidades de eutanasia en las que el afectado no puede expresar su voluntad, recurriéndose a procedimientos indirectos para averiguar la misma, tales como el llamado “testamento vital” o la opinión de personas allegadas. Trataré de superar esa incoherencia demostrando que la licitud de la eutanasia tiene que ver más con el *estado de sufrimiento* del sujeto que con su *voluntad*, como lo demuestran algunas prácticas asumidas pacíficamente en el entorno médico, aunque se oculten tras una eufemística terminología. Bajo tales premisas, la voluntad de la persona sigue cumpliendo un papel de extraordinaria importancia, pero su ausencia no excluye sin más la licitud de conductas que originen la muerte de otro para evitarle un sufrimiento extremo. Se logra así un equilibrio mayor entre los dos planos a los que antes me refería. Los principios elaborados por la moderna bioética servirán de cauce argumental para fundamentar estas posiciones, abandonando los parámetros irracionales que han predominado hasta la fecha en la discusión sobre la “muerte dulce”.

2. La Sanidad de la vida humana como fundamento de la regulación del código penal

El tenor del art. 143 CP indica con bastante claridad cuál es la valoración que nuestro legislador mantiene sobre el suicidio. La pena con la que conmina al cooperador demuestra que en el fondo late un repudio implícito a esta práctica porque se considera que el ser humano no puede disponer de su vida hasta el punto de abandonarla cuando le parezca oportuno, y por eso se castiga a quienes colaboran con él, eludiendo el propio suicida la persecución penal por razones de índole práctica, pero no por su virtud. De este modo, el legislador se pliega a una determinada concepción del mundo, defendida a ultranza por la iglesia católica, que considera la vida como un don sobrenatural, ajeno a las decisiones del hombre, a quien no se le reconoce capacidad alguna para tergiversar el designio divino, lo que explica el grave reproche que le atañe cuando quiebra deliberadamente la línea del destino cometiendo un pecado irremediable: el alma se condena sin paliativos. Así es como resuelve

² Sobre el tema del suicidio sigue siendo referencia imprescindible la obra de BARBERO SANTOS, *El suicidio*, Madrid, 1966, donde se analizan pormenorizadamente las distintas clases de suicidio y sus motivaciones.

la doctrina católica el problema del suicidio, un modo concluyente de dirimir esa pugna entre *eros* y *tanatos* que es inherente al espíritu humano.

En efecto, es patrimonio de esa moral católica el tajante rechazo a cualquier idea que justifique, aún de lejos, la intromisión del hombre en la materia de la vida, a la que se incorpora el atributo de la “santidad”, lo que es tanto como afirmar que tiene un origen divino y que el único legitimado para ponerle fin es su creador³. Obsérvese con qué rotundidad se expresa la *Sagrada congregación para la doctrina de la fe* en su “Declaración sobre la eutanasia” de 1980: “nada ni nadie puede autorizar la muerte de un ser humano inocente, sea feto o embrión, niño o adulto, anciano, enfermo incurable o agonizante. Nadie puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad, ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad. “Por sorprendente que pueda parecer, en ese texto llega a equipararse totalmente el suicidio con el homicidio.

Parece lógico que los católicos se sientan identificados con declaraciones de este tenor y también que, desde su punto de vista, le esté vedado al hombre decidir sobre su vida, atributo divino. Pero la idea de que la muerte constituye el umbral de la eternidad es patrimonio exclusivo de los creyentes y no encuentra acomodo en un ordenamiento jurídico de signo laico, como el nuestro, que concibe la libertad como valor superior (art. 1.1º CE) y que, al reconocer el derecho a la vida (artículo 15 CE), no le confiere ningún sentido trascendente; tampoco lo hace la Declaración Universal de Derechos del Hombre ni ningún otro instrumento jurídico de rango internacional, textos a los que debe atenerse el intérprete de la Constitución, a tenor de lo dispuesto en su art. 10. Por lo demás, el art. 16 CE proclama que el Estado español no es confesional, pese al predominio sociológico de la religión católica. En consecuencia, los argumentos contrarios a la eutanasia basados en la divinización de la vida humana pertenecen al arcano de la conciencia y carecen de relevancia fuera de ella; mucho menos para imponer un modelo de vida (o de muerte) a toda la población⁴. En definitiva, aunque el art. 15 de la Constitución permita diversas interpretaciones ninguna de ellas concede a la divinidad un poder de disposición sobre la vida del hombre y, por lo tanto, tampoco debería infligirse

³ Cfr. NUÑEZ PAZ, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Madrid, 1999, p. 173 s.

⁴ En el umbral de la transición democrática reclamaba BARBERO SANTOS que el futuro Derecho penal renunciara “a convertirse en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad” (Cfr. *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, p. 130).

castigo alguno a quien ayuda a otro a abandonar este mundo por decisión propia, siempre que se cumplan determinados requisitos para garantizar la seguridad jurídica: que el suicida sea mayor de edad y que posea la capacidad psíquica necesaria para darle sentido a su decisión⁵.

3. El marco valorativo constitucional: los principios de la moderna bioética

Los avances científicos que han tenido lugar en materia de biotecnología durante el último tercio del siglo XX han propiciado el progreso paralelo de una disciplina dedicada a la reflexión ética sobre su alcance y consecuencias; esa disciplina es la bioética. En estos momentos se ocupa preferentemente del reto planteado por la ingeniería genética y sus aplicaciones, terapéuticas o no⁶; pero también es objeto de su atención el problema de la eutanasia, aportando una buena dosis de racionalidad al debate sobre su despenalización. Sin ir más lejos, las declaraciones de sus expertos ante la ya citada *Comisión especial del Senado* constituyen un material imprescindible para analizar el tema que nos ocupa⁷.

Antes de nada conviene advertir de que esta disciplina elabora sus propuestas con decidido respeto al principio del *pluralismo*, lejos de someterse a los dictados de una sola moral⁸. Las explicaciones de carácter unilateral,

⁵ Esta condena sin paliativos del suicidio pertenece a nuestra cultura. MALINOWSKI nos enseña (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, trad. J. Y M.T. Alier, 6ª, ed. Madrid, 1982, p. 113 ss.) que existen comunidades en las que el suicidio cumple un papel muy distinto al que aquí le otorgan algunos. Cuenta el autor que las tribus de la melanesia lo utilizan incluso como medio de profilaxis social, alternativo a la pena misma, pues quien se siente culpable de determinados hechos lo practica para escapar del reproche de la comunidad o de su íntimo remordimiento. A tal fin, se sirven de dos medios relativamente extravagantes: o bien se arrojan desde lo alto de una palmera, o bien optan por sufrir el efecto letal que provoca un veneno extraído de la bilis del pez globo (*soka*); en cualquier caso, afrontan voluntariamente el tránsito hacia la muerte convencidos de que la vida sería para ellos, a partir de entonces, un viaje miserable. Nadie se escandaliza allí por esta práctica, y desde luego no se persigue a quien aupó al suicida a la palmera o se encargó de atrapar al maléfico pez.

⁶ La Universidad de Deusto y la Fundación Bilbao Vizcaya crearon hace años una Cátedra cuyo objetivo es la investigación jurídica sobre el genoma humano, plaza que ocupa con éxito el Catedrático de Derecho penal Carlos M^o Romeo Casabona.

⁷ Las sesiones de la *Comisión especial de estudio sobre la eutanasia* aparecen publicadas en el *Diario de Sesiones del Senado* como sigue: VI Legislatura Comisiones. Núm. 307, de 16 de junio de 1998; núm 365, de 18 de noviembre de 1998, núm. 414, de 8 de abril de 1999; núm. 421, de 20 de abril de 1999; núm. 481, de 27 de septiembre de 1999; núm. 501, de 21 de octubre de 1999; núm. 502, de 26 de octubre de 1999 y núm 517, de 18 de noviembre de 1999. En adelante se citará sólo la fecha de la sesión de comparecencia.

⁸ Vid. VALLS, , *Reflexiones éticas sobre la manipulación genética* , p. 218 y CASADO, *La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas*, en CASADO Y GONZÁLEZ-DUARTE, *Los retos de la genética en el siglo XXI*, cit., p. 16. Asimismo, LOPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, *Principios secundarios y muerte digna*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1995, p. 120, afirma que “los principios desempeñan en efecto el papel de justificación última, más allá de las normas y las reglas. Representan entonces el criterio y la medida de

sujetas a un único código moral, quedan descalificadas de raíz por incurrir en lo que VALLS ha denominado “falacia teológica”. “La falacia teológica –afirma– invierte el orden de las cuestiones en tanto pone por delante *una* religión y en ella incluye *una* moral, a la que quiere hacer pasar como *la* moral universal. El orden lógicamente correcto, sin embargo, es el inverso, porque la moralidad es en cualquier caso inmediata a la conciencia, de la misma manera que la eticidad se presenta inmediatamente en la relación social humana”⁹. Las posturas defendidas por cada cual deberán calibrarse conforme a criterios puramente racionales, cuyas coordenadas han quedado establecidas en torno los siguientes principios: *no maledicencia, beneficencia, autonomía y justicia*. Su significado está sometido a la influencia de la evolución social y, sobre todo, al imperio de los valores constitucionales, no pudiendo situarse nunca al margen de ellos como si de una realidad pre-normativa se tratara¹⁰, que es precisamente lo que sugiere la doctrina oficial católica, apelando a la fe.

De acuerdo con la autorizada opinión de FERNÁNDEZ-CREUET NAVAJAS (Presidente de la Asociación Española de Bioética), los cuatro principios mencionados podrían describirse del siguiente modo: “en primer lugar, se encuentra el principio de no maleficencia –“*primum non nocere*”–, por lo que el médico siempre tiene que actuar no haciendo daño al paciente; es decir, que entre el riesgo y el beneficio siempre se intenta hacer el beneficio y evitar el daño. El segundo principio es el de beneficencia, según el cual hay que actuar de tal manera que se haga el bien al paciente, es decir, perseguir el mejor interés para el paciente. El tercer principio es el de autonomía, por el cual la autoridad final en lo que a la toma de decisiones se refiere reside en el paciente, y así lo dice nuestra Ley de Sanidad. Y el cuarto principio es el de justicia y se refiere a la distribución de los servicios sanitarios¹¹”. Es probable que esta ordenación no sea en absoluto casual sino expresión del predominio que mantiene el principio de no maledicencia sobre el resto de los principios, lo que puede resultar explicable en razón del papel un tanto negativo que juegan estos últimos, pues sirven para paliar la fuerza expansiva del primero, sostén de la defensa de la vida. Pero no cabe duda de que si redujéramos a cero

nivel superior. Pero los principios también pueden entrar en concurrencia. En el caso de la eutanasia, esto sucede con frecuencia; los principios de respeto y valor de la vida se encuentran en tensión con el principio de autonomía, según el cual los afectados determinan si hay una vida no digna de ser vivida. ¿Cómo entender ahora el *bonum facere*? La estructura de los principios no resuelve por sí sola en tales situaciones, por la razón expuesta poco antes: esto es, el hecho del pluralismo afecta a la validez de principios de carácter objetivo o “categórico”.

⁹ Vid. VALLS, *Reflexiones éticas sobre la manipulación genética*, *ibidem*.

¹⁰ Cfr. CASADO, *La bioética ante las nuevas tecnologías genéticas*, cit., p. 23: La autora subraya la vinculación de la bioética a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y añade que “aplicar los principios de la bioética, los principios constitucionales y los derechos humanos a cada caso concreto nos permitirá disponer de un adecuado marco de referencia en la toma de decisiones.”

¹¹ Cfr. Sesión de la *Comisión Especial* de 20 de abril de 1999.

ese papel incurriríamos en un contrasentido lógico y probablemente también en la denostada “falacia teológica”; por eso ha puesto de relieve GRACIA GUILLÉN la contingencia que caracteriza al principio de no maledicencia, sujeto siempre a la evolución del ordenamiento jurídico en general y de los derechos fundamentales en particular¹². Por lo que se refiere al sistema constitucional español será obligado entonces poner en contacto el valor de la *vida* humana con los de la *libertad* y la *dignidad* personales, sin perder de vista la importante función que está llamado a cumplir en el sistema penal el principio de *intervención mínima* (hoy día elevado a la categoría de principio constitucional en virtud de la STC 111/1993), que es proyección de un principio general de proporcionalidad en la respuesta punitiva y, en última instancia, de la racionalidad que debe presidir la actuación del legislador penal.

4. El respeto al principio de *Autonomía* en las propuestas despenalizadoras

Del conjunto de iniciativas surgidas en los últimos treinta años para lograr una despenalización más o menos amplia de la eutanasia, una gran mayoría de ellas ha invocado el principio de *autonomía* o *autodeterminación*, por entender que la voluntad de morir expresada por la persona aquejada de un sufrimiento insoportable sería condición necesaria y suficiente para justificar las acciones u omisiones de terceros que tuvieran como consecuencia la anticipación de la muerte del solicitante. En ese contexto cobra gran importancia el “testamento vital” o declaración de voluntad anticipada, de cuya validez dependerá con frecuencia la licitud de la eutanasia practicada al paciente.

Dado que este espacio no permite analizar pormenorizadamente cada una de esas iniciativas, me detendré sólo en aquellas que me parecen más des-

¹² Cfr. GRACIA GUILLÉN, Sesión de la *Comisión Especial* de 16 de junio de 1998: “Es un tema complejo el definir la no maleficencia. Habría un modo muy sencillo que consistiría en decir: todo lo que va contra la vida es maleficente. Pero eso no es así. La no maleficencia es un principio que tampoco tiene un perímetro claro. Tenemos que ir descubriendo sus contenidos poco a poco. Creo que ha sido usted quien ha puesto el ejemplo de la pena de muerte. En este país se ha considerado que la pena de muerte no era maleficente hasta el año 1978, y hoy la consideramos así. No consideremos que los principios son monolitos con un contenido inamovible porque no es verdad. Los principios son eso mismo, principios, son ideas directrices que hay que ir dotando de contenido trabajosamente. Los dotan de contenido los individuos. A lo largo de nuestra vida los individuos, las agrupaciones de individuos, es decir, las sociedades vamos cambiando el contenido o la definición para nosotros mismos, para guiar nuestros actos y para nuestra conciencia de lo que es maleficente y de lo que no lo es. Por lo tanto, estos principios tienen una dinámica individual, social e histórica. Yo creo que permitir que una persona muera de acuerdo con sus creencias, caso de los testigos de Jehová que ha salido a colación aquí alguna vez, no se puede considerar maleficente, pero andémoslo con cuidado, porque nuestro Código Penal sí lo considera maleficente. Ese es el problema. El problema es que tenemos que redefinir el contenido del principio de maleficencia o de no maleficencia. Esta es una labor que tiene toda sociedad y la tiene continuamente, y aunque definamos hoy el concepto mañana tendremos que volvernos a preguntar por los límites del principio de no maleficencia, porque nunca los vamos a conseguir definir del todo. Esa es la *labor histórica*, la *labor de la cultura* y la *labor de la ética*”.

tacables, ya sea porque conllevan una reflexión de singular interés (como los trabajos del *Grupo de estudios de política criminal* en España y de la *Comisión “ad hoc”* en Alemania o el *Informe del Comité Nacional de Ética francés* de enero de 2000, sin olvidar la *Recomendación del Consejo de Europa* de junio de 1999), o por tratarse de los ejemplos más significativos que ofrece el Derecho comparado (Holanda o Estados Unidos, por mencionar sólo algunos), sin olvidar las relevantes aportaciones de la literatura jurídica española.

Comenzando por esta última, dentro del campo de la filosofía del Derecho, afirma CALSAMIGLIA que “la eutanasia es un caso típico de conflicto entre el interés colectivo y el individual”¹³, para señalar más adelante que “el argumento de Mill contra la intervención del Estado en las acciones de los ciudadanos que no dañan a otros es el argumento más poderoso que justifica la eutanasia voluntaria ... Los ciudadanos pueden decidir cómo morir y es asunto suyo el decidir si continúan viviendo con sufrimiento o indignidad o mueren suavemente. Cualquier intervención estatal en este asunto supone un paternalismo injustificado”¹⁴. Es lógico que semejante planteamiento dificulte la justificación de la eutanasia involuntaria, modalidad a la que se enfrenta este autor abogando por orientar el principio de autonomía hacia el consentimiento presunto, que obliga a inferir la voluntad del sujeto desde sus actos anteriores: “en los casos de consentimiento hipotético –advierte– se trata de descubrir la voluntad del destinatario, no de imponerle la eutanasia (...) Hay que evitar los abusos, y permitir que los médicos o el Estado decidan resulta peligroso porque están muy lejos de criterio del destinatario”¹⁵. En una línea parecida, GASCÓN ABELLÁN justifica sólidamente la eutanasia en el principio de autodeterminación, encontrando serios escollos para explicar esa legitimación cuando el sujeto no puede consentir¹⁶. Asimismo FERNÁNDEZ GARCIA, siguiendo a CHARLESWORTH, apuesta por la primacía del principio de autonomía moral en el modelo bioético de una sociedad liberal, principio que se plasma, según éste, en el “derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su vida”¹⁷.

Por lo que se refiere a la doctrina penal, sus posiciones no difieren demasiado de las que acabo de reseñar. Uno de los pioneros en el avance de la legislación española hacia el reconocimiento del derecho a morir con dignidad, DEL ROSAL BLASCO¹⁸, situó hace años el vértice de la nueva tenden-

¹³ Cfr. CALSAMIGLIA, *Sobre la eutanasia*, en DOXA, n° 14, 1993, p. 337.

¹⁴ Cfr. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 348-349.

¹⁵ Cfr. CALSAMIGLIA, *op. cit.*, p. 352.

¹⁶ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *Problemas de la eutanasia*, en SISTEMA, n° 106, 1992, p. 81 ss. en especial, p. 107.

¹⁷ Cfr. FERNÁNDEZ GARCIA, *Dignidad humana y eutanasia*, en ANSUÁTEGUI ROIG (Coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, p. 41 ss.

¹⁸ Del citado autor son los trabajos: *La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código Penal*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias

cia legislativa en la reinterpretación del art. 15 CE, con el fin de integrar en él la disponibilidad sobre la propia vida¹⁹. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS asegura que “la preeminencia de la voluntad o interés del afectado debe regir de modo general: sin duda está presente en todas las hipótesis en que se precisa la solicitud o consentimiento expreso o tácitos del afectado, o en las que se parte de una voluntad plasmada previamente en una declaración vital. Pero también en aquellas hipótesis, de ámbito más reducido, en las que el consentimiento de los representantes pretende expresar la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz o el interés del paciente incapaz”²⁰. CARBONELL MATEU ratifica la primacía de la dignidad y de la libre voluntad de la persona como marco necesario para una correcta regulación de la eutanasia: “la petición expresa y seria de morir de un ser humano ha de ser atendida, de tal manera que su consideración ha de sobreponerse a cualquier valoración positiva que pueda merecer la continuidad de su vida”, advirtiendo a continuación de que “sólo esta voluntad y su efectiva constancia pueden permitir un tratamiento diferenciado de la tutela de la vida de un ciudadano. No existen, de ninguna manera, seres de mayor o menor valor vital”²¹. Aunque con matizaciones, también GARCÍA ARÁN suscribe estos criterios, añadiendo la necesidad de establecer presunciones de consentimiento cuando éste no puede ser expresado por el afectado²². Finalmente, NUÑEZ PAZ reconoce la eficacia del consentimiento, pero ello no le lleva a considerar impune cualquier acción en que medie el mismo²³.

En consonancia con este enfoque de nuestra doctrina, el documento elaborado en 1991 por el *Grupo de estudios de política criminal* anticipaba en su título (“Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad sobre la propia vida”) el sentido de las tesis que defendía. Más adelante, en su exposición de motivos, afirmaba que “una interpretación integradora de vida y libertad y, por consiguiente, una interpretación del art. 15 a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido. En otros términos: la vida es un derecho, no un deber.” El texto propone una reforma del art. 10 de la Ley General de Sanidad que incluya el deber médico de interrumpir o no iniciar el tratamiento de un

penales, 1987, p. 73 ss.; *El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia en España*, en DÍEZ RIPOLLÉS-MUÑOZ SÁNCHEZ, *El tratamiento jurídico de la eutanasia*, cit. p. 41 ss.

¹⁹ Una extensa panorámica de las distintas posturas en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, p. 299 ss.

²⁰ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, 1995, p. 85.

²¹ Cfr. CARBONELL MATEU, *Suicidio y eutanasia en el CP de 1995*, p. 195.

²² Cfr. GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en Derecho judicial, 1995, p. 26. El trabajo muestra un buen abanico de las opiniones doctrinales sobre el tema.

²³ Vid. NUÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit., p. 449 ss.

enfermo terminal “si así lo solicita al responsable médico del caso el paciente o sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas (...) En todo caso, merecerá la consideración de solicitud del paciente ... la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario ... una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y no más de cinco años”.

Este bagaje de pensamiento jurídico autóctono, decidido a arrinconar definitivamente el axioma de la santidad de la vida humana, ha servido sin lugar a dudas para que la autonomía de la voluntad vaya adquiriendo poco a poco el reconocimiento que merece. Así, desde el 1 de enero de 2000 está en vigor la *Convención europea sobre los derechos del hombre y la biomedicina* (suscrita en Oviedo en 1997 y ratificada por las Cortes Generales dos años más tarde), cuyo art. 9 obliga a tomar en consideración “los deseos expresados con anterioridad por el paciente respecto a una intervención médica, si en el momento de la intervención no se encuentra en situación de expresar su voluntad.” Por otro lado, el Parlamento de Cataluña ha aprobado en diciembre de 2000 una disposición legal que otorga carta de naturaleza al testamento vital, reafirmando en la idea de que “el derecho a decidir libre y racionalmente sobre la propia vida y el derecho a una muerte digna forman parte de lo más íntimo del ser humano, debiendo respetarse y protegerse como expresión máxima del derecho a la intimidad de una persona adulta y jurídicamente capaz”²⁴.

En lo que al Derecho comparado se refiere, merece una mención especial el tratamiento que desde hace años han realizado las instituciones holandesas, tratamiento que se caracteriza por un acusado pragmatismo. En realidad, la reciente regulación legal no viene sino a homologar una práctica reiterada de los tribunales apoyada en un pilar jurídico tan extravagante como la Ley de Inhumaciones²⁵. De acuerdo con esa doctrina, “la *eutanasia* y el *auxilio al suicidio* sólo son posibles si ha habido una petición previa, insistente, expresa y sin ambigüedad, persistente, hecha de forma independiente y que proceda de un paciente capaz de tomar una decisión”²⁶. Nuevamente aparece la autonomía de la persona como fundamento de una orientación despenalizadora que para muchos está resultando ejemplar. Sin embargo, en una reciente obra, TOMÁS-VALIENTE LANUZA interpreta que el sistema holandés se basa más en el estado de necesidad que en el principio de autonomía²⁷. Probablemente existen

²⁴ Vid. *Butlletí oficial del Parlament de Catalunya*, 22 de mayo de 2000, nº 62, p. 59.

²⁵ Vid. al respecto, extensamente, KALMTHOUT, *La eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa de la vida sin solicitud expresa en los Países Bajos*, en DÍEZ RIPOLLÉS-MUÑOZ SÁNCHEZ (Coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia...*, cit., p. 261 ss.

²⁶ Vid. Tribunal de la Haya, Sentencia de 6.8.1985, en NJ 1985, p. 708 y Tribunal de Haarlem, Sentencia de 4.4.1986, en TvGR 1986, p. 34 (Citado por KALMTHOUT, *La eutanasia ...*, cit. p. 312.)

²⁷ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, p. 538 s.

elementos de ambos, pero creo que la exigencia normativa de una petición expresa del afectado inclina la balanza a favor de este último.

En Alemania, el § 216 STGB prevé ya una importante atenuación de pena en cualquier caso de homicidio a petición, pero éste sigue siendo punible. Sin embargo, los tribunales consideran que la voluntad del paciente puede justificar el abandono del tratamiento en determinados casos, dejando que el paciente muera en paz²⁸. La insuficiencia de este sistema (que como tantos otros se mueve entre la prohibición escrita y la permisividad jurisprudencial, sin seguridad jurídica alguna) dio origen a una de las propuestas más concienzudas que han aparecido en el último tercio de siglo en relación con la eutanasia: el “Proyecto Alternativo alemán de Ley reguladora de la ayuda a morir” (1986), que nunca llegó a convertirse en Derecho positivo. Tanto el texto como su fundamentación constituyen un material imprescindible para abordar este problema. Por lo que a la segunda se refiere, los autores expresaban en ella la necesidad de una reforma cuya línea directriz habría de ser: “reconocer obligatoriamente como principio fundamental el derecho a la autodeterminación del paciente”, enlazando así con uno de los derechos básicos que ampara la Ley Fundamental de Bonn en su § 1º. Es cierto, sin embargo, que en la propuesta aparecen entreverados otros criterios diferentes, como se tendrá ocasión de explicar; pero ello no quita para que el eje de la regulación quede ubicado en el principio de autonomía, que es lo que ahora importa destacar.

La relación médico-paciente, el principio de autodeterminación, como inherente a la dignidad y autonomía de la persona y, en definitiva, la libertad a la hora de decidir sobre la propia muerte son las líneas directrices de la regulación estadounidense. Ni siquiera se sanciona el auxilio al suicidio en gran número de Estados y, tras la introducción en 1976 del “*living will*” en California²⁹, el respeto a los deseos del paciente es la idea matriz que subyace a la justificación del suicidio asistido y de la eutanasia, sin que la utilización de esta doble expresión sea en absoluto inocente, no sólo por la extendida impunidad del primero, sino sobre todo porque en tal caso el paciente mantiene incólume el dominio del hecho, convirtiéndose el auxiliador en un mero ejecutor de la voluntad de aquél.

La *Recomendación del Consejo de Europa* de 25 de junio de 1999, aunque contiene una serie de indicaciones negativas en torno a la eutanasia,

²⁸ Cfr. NUÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit. p. 215.

²⁹ Vid. NUÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit. p. 244, STONE-WINSLADE, *El auxilio médico al suicidio y la eutanasia en los Estados Unidos*, en Díez Ripollés-Muñoz Sánchez (Coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, 1996, p. 375 ss. Estos últimos, a modo de conclusión, afirman: “Si la autonomía y la dignidad del paciente, así como la relación médico-paciente, van a seguir teniendo un significado, la situación de la calificación jurídica del suicidio asistido por facultativo y la eutanasia deberán descansar inevitablemente en un reconocimiento del hecho de que los pacientes pueden tener un interés legítimo en recibir asistencia en el suicidio y a la eutanasia en circunstancias extraordinarias.”

reconoce sin embargo el derecho de los enfermos incurables a rechazar un determinado tratamiento, considerándose válido igualmente el expresado con anterioridad en el “*living will*”. Finalmente, en Francia, el *Comité Consultivo Nacional de Ética para las ciencias de la vida y de la salud* emitió el pasado 27 de enero de 2000 un Informe en el que se afirma que “sólo el individuo puede juzgar la calidad de su vida y de su dignidad. Nadie más puede hacerlo ... nace de la libertad de cada uno³⁰”.

El denominador común de todas las iniciativas anteriores estriba en la reivindicación del papel esencial que cumple la voluntad de la persona para decidir sobre su propia muerte. Nada hay que objetar a este respecto. Pero la práctica médica, según creo, camina por otros derroteros.

5. Eutanasia y *Lex artis* médica: en busca de criterios objetivos.

Es ya antigua la clasificación “penal” que distingue cuatro tipos de eutanasia en virtud de la confluencia de dos variables independientes: la realización de una *acción u omisión*, por una parte, y el *dolo* del autor, por otra. Así, cuando el sujeto realiza una acción tendente a acabar con la vida de una persona, sin que exista otro interés de por medio, se habla de eutanasia activa directa. En caso de que el autor proceda a dejar morir a la persona recurriendo a una omisión se denomina eutanasia pasiva directa. Por fin, en aquellos casos en los que el interés primordial del autor es paliar el dolor, pero sabe que necesariamente se acortará la vida del paciente (dolo directo de segundo grado), estaríamos ante una eutanasia indirecta. Es cierto, de todos modos, que las dos primeras suelen simplificarse eludiendo el calificativo de directa, lo que da pie a una clasificación tripartita completamente aceptada por la doctrina penal: eutanasia *activa, pasiva e indirecta*³¹.

Hace poco, DÍEZ RIPOLLÉS ha aportado una sugerente clasificación que difiere sustancialmente de la anterior por cuanto combina determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal que lleva a la muerte³². En primer lugar sitúa la eutanasia *terminal*, que abarca las hipótesis de “enfermo terminal”, “estado vegetativo persistente” y “neonatos en situaciones equiparables a las dos anteriores”³³. En segundo lugar, la eutanasia

³⁰ El Informe completo puede obtenerse en <http://www.cybercable.tm.fr/biblio/euthanasie.html>

³¹ Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, *Eutanasia y disponibilidad de la propia vida*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1995, p. 24 ss.; NUÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit. p. 58 ss.

³² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 89 ss.

³³ El autor explica las nociones apuntadas del siguiente modo: “Por enfermo terminal entiendo aquella persona que como consecuencia de una lesión o enfermedad padece, según los actuales conocimientos médicos una afección incurable y que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte. Por persona en estado vegetativo persistente entiendo aquella que, según los actuales conocimientos médicos ha perdido de modo irreversible la conciencia y

paliativa incluye, además de las hipótesis anteriores, las de “enfermo de muerte” y “persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente”. “Se trata de situaciones –añade el autor– en que la aplicación de analgésicos o lenitivos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos da lugar a una anticipación del momento de la muerte”³⁴. Por último, dentro de la eutanasia *cualitativa* se incluyen todas aquellas hipótesis en las que se eliminan graves carencias o sufrimientos mediante la directa provocación de la muerte³⁵.

La disparidad de estas clasificaciones consiste básicamente en que la segunda procura circunscribir el problema de la eutanasia al ámbito médico, lo que contrasta con el tinte punitivo de la primera, adoptada con carácter general en nuestra doctrina. En efecto, DIEZ RIPOLLÉS considera inadecuado que se haya dejado en manos del Derecho penal la descripción de la eutanasia, porque ello ha generado un prejuicio difícilmente erradicable según el cual “la eutanasia debe tener como trasfondo incommovible una valoración negativa”³⁶. En esa misma línea se sitúa la *Propuesta del Grupo de estudios de política criminal*, que en el fondo sugiere una reorientación legislativa para situar la práctica de la eutanasia dentro de los límites de la *lex artis* médica, pues no abandona en ningún momento lo que en ella se denomina “contexto médico-asistencial”³⁷, que no es el único en el que la eutanasia se manifiesta, pero sí el más importante. Por ello me parece oportuno advertir de que, en la actualidad, los profesionales de la medicina no le reconocen al término eutanasia un campo semántico tan amplio como el que se deriva de cualquiera de las clasificaciones mencionadas. Evidentemente no se trata de una discrepancia meramente terminológica sino de una matización cargada de sentido y que indirectamente da la razón a DIEZ RIPOLLÉS cuando éste se refiere a la carga peyorativa del término. En otras palabras: se evita denominar eutanasia

con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Por neonato en situación equiparable entiendo no sólo aquél cuya afección incurable le ha colocado en una situación terminal o en un estado vegetativo persistente, sino también aquel cuya afección incurable hace que su supervivencia esté ligada de modo necesariamente permanente al uso masivo de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.” (Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 89, nota.)

³⁴ Según el propio DIEZ RIPOLLÉS, por “enfermo de muerte” se entiende aquella persona que, según los actuales conocimientos médicos, padece una afección incurable que le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado. Por “persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente” se entiende aquella que padeciendo una lesión, enfermedad o minusvalía respecto a las cuales, según los actuales conocimientos médicos no hay posibilidades fundadas de curación y sí seguridad o gran probabilidad de que vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona, se encuentra imposibilitada físicamente de causarse a sí misma la muerte.” (Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 90, nota.)

³⁵ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *ibidem*.

³⁶ Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Eutanasia y Derecho*, cit. p. 86 ss.

³⁷ Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Málaga, 1993, p. 38.

a aquello que en el “contexto médico-asistencial” se considera un comportamiento adecuado y con independencia de que esos comportamientos encajen en alguna de las figuras punibles que nuestra legislación contempla. Esa es la conclusión que se extrae de las declaraciones vertidas en la *Comisión especial del Senado*³⁸ y de una reciente publicación que aborda con un enfoque multidisciplinar el problema del enfermo terminal³⁹. En concreto, los profesionales de la medicina rechazan el término eutanasia para referirse a la que los penalistas denominamos eutanasia indirecta y también a los casos más frecuentes de la que se conoce como eutanasia pasiva. Estas dos modalidades centran ahora mi atención.

Por lo que a la primera se refiere, en la sociedad médica no ofrece ninguna duda que el progreso de la llamada “medicina paliativa” está orientado hacia el logro de un mayor bienestar del paciente mediante el suministro de las drogas adecuadas⁴⁰. En ese contexto se valora positivamente la administración de fármacos que mitiguen el dolor (o palíen la asfixia y la disnea) incluso cuando su ingestión pueda provocar *eventualmente* un acortamiento de la vida del paciente⁴¹. Por lo demás, y conforme a una opinión bastante generalizada,

³⁸ *Cortes Generales, Diario de Sesiones del Senado*, VII Legislatura Comisiones. Núm. 307, de 16 de junio de 1998; núm. 365, de 18 de noviembre de 1998, núm. 414, de 8 de abril de 1999; núm. 421, de 20 de abril de 1999; núm. 481, de 27 de septiembre de 1999; núm. 501, de 21 de octubre de 1999; núm. 502, de 26 de octubre de 1999 y núm. 517, de 18 de noviembre de 1999.

³⁹ Me refiero a *La atención a los enfermos terminales*, Ed. DÍEZ RIPOLLÉS, SANTOS AMAYA, GARRIDO DE SANTOS, Valencia, 2000.

⁴⁰ Cfr. GÓMEZ SANCHO, Director médico de la Unidad de medicina paliativa del Hospital “El sabinal” de Las Palmas de Gran Canaria, en la sesión de la *Comisión Especial* de 18 de noviembre de 1998 (obsérvese la utilización poco rigurosa de la expresión *eutanasia pasiva* cuando se hace referencia a la *eutanasia indirecta*): “Está también lo que alguien llama mal llamado la eutanasia pasiva: Si damos dosis de morfina, se puede acortar la vida. Eso generalmente no es así. Generalmente vive más aquel enfermo al que le damos morfina. Al que le quitamos el dolor, no sólo vive mejor, sino que vive más. ¿Qué puede pasar en casos muy concretos y en situaciones muy avanzadas, muchas veces preagónicas? Sí que es verdad que, en casos de dolor muy intenso, a lo mejor, al final, tienes que hacer una escalada de dosis de morfina que, probablemente, como efecto secundario, esté acortando la vida de ese enfermo. Eso es lo que se ha dado en llamar eutanasia pasiva, y no tiene nada que ver con la eutanasia. Lo que define la categoría moral de un acto es la intencionalidad de quien lo aplica, y si yo pongo dosis muy altas de morfina a un enfermo para controlarle el dolor, ése es mi único objetivo: quitarle el dolor. Si con independencia de eso se está acortando la vida, ése es un efecto indeseable de lo que yo estoy haciendo con toda la mejor voluntad del mundo, como médico y como ser humano, que es intentar abreviarle el dolor. Eso lo acepta hasta Pío XII. En el año 1958, en un discurso a los anestesiólogos, Pío XII aceptó que cuando no hubiese otro recurso, aunque se acortase la vida, se podía y se debía utilizar. No hay ningún código legal que lo contradiga. Eso es aceptable. Curiosamente, casi nunca es por culpa del dolor por lo que hay que hacer eso. Suele ser por culpa de otros síntomas como, por ejemplo, la asfixia, y la disnea.”

⁴¹ Cfr. VIÑAS SALAS, en *Comisión Especial*, cit., Sesión del 18 de noviembre de 1998: “existen algunas enfermedades cuyo proceso terminal es muy doloroso, aunque sea psíquicamente y no de dolor puramente físico. En tales casos, yo personalmente no tengo ningún problema en suministrar al paciente, con su consentimiento, drogas suficientes incluso para dormirle y acabe su vida plácidamente. Esto para mí no es hacer eutanasia, simplemente es hacer buena práctica médica. Y no me siento fuera de la ley, con la actual legislación, para hacerlo, simplemente me comprometo con el enfermo que necesita ayuda y se la proporciono. Gracias a Dios, son pocos estos casos tan extremos, a mí pocos enfermos me lo han pedido, pero algunos sí que

la medicina paliativa adolece en nuestro país del desarrollo alcanzado en otras latitudes, midiéndose ese índice de progreso en función de la cantidad de morfina suministrada por habitante. Por tal motivo, en la medicina española se reclama una mayor utilización de este tipo de sustancias, a conciencia de su carácter mortífero; ésa es la demanda asistencial de los enfermos terminales y los profesionales médicos se sienten en la obligación de satisfacerla⁴². Desde su punto de vista no están realizando ningún acto que tenga que ver con la eutanasia sino con esa rama de la medicina dedicada a amortiguar el dolor del paciente. Cuando se tiene que justificar esta matización suele recurrirse al argumento de que la conducta carece de voluntad homicida pues, aun cuando la administración de sustancias como la morfina produce un “doble efecto”: paliativo, por un lado, y letal, por otro, la voluntad del profesional se dirige exclusivamente al primero, siendo el “otro efecto” una consecuencia indeseable, aunque casi necesaria. De este modo, la deontología médica se alinea con las posiciones de la doctrina católica, que desde PIO XII autoriza esta modalidad eutanásica. La Declaración de 1980, ya mencionada, invocaba ese precedente para explicar el problema de un modo que coincide por completo con la orientación de la doctrina colegial médica española: “En este caso –se afirma– está claro que la muerte no es querida o buscada de ningún modo, aunque se corra el riesgo por una causa razonable: simplemente se intenta mitigar el dolor de manera eficaz, usando a tal fin los analgésicos a disposición de la medicina.”

A mi modo de ver, sin embargo, la labor asistencial realizada con los enfermos terminales puede quedar plenamente justificada sin necesidad de apelar a la voluntad del profesional y atendiendo al *interés* del paciente, de acuerdo con lo que predica el principio bioético de *beneficencia*, interés que predomina en estos casos sobre el principio general de preservación de la vida o de *no maledicencia*. El sufrimiento que aqueja al enfermo terminal obliga al médico a suministrarle las drogas adecuadas para mitigar el dolor aún a costa de reducir su tiempo de vida. Ese es su interés, susceptible de ser valorado en contraposición al deber genérico que todo médico tiene de mantener con vida al paciente. Se trata de un estado de necesidad en el que el mal realizado (acortamiento de la vida) es claramente menor que el mal evitado (un sufrimiento excesivo como antesala de una muerte segura). En definitiva, la *lex*

lo han hecho. No creo que sea necesaria ninguna ley para amparar a ningún médico que ejerza su profesión humanamente, de manera comprometida, no teórica, de libro, de religión desencarnada, teórica o de curia.”

⁴² La OMS señala la importancia de la morfina como tratamiento farmacológico del dolor en la mayoría de los enfermos de cáncer. Por ello, el consumo de morfina es un indicativo de la calidad del control del dolor. También resulta efectiva en el control de la disnea. España ocupa el trigésimo lugar del mundo en el consumo de morfina por habitante, un lugar bastante bajo. (Vid. DÍEZ RIPOLLÉS-SANTOS AMAYA-GARRIDO DE LOS SANTOS (Eds.), *La atención a los enfermos terminales...*, cit. p. 144.)

artis médica resulta aquí aceptable, pero no por razones referidas a la voluntad del autor, sino a la naturaleza del hecho y a las circunstancias concurrentes⁴³.

El abandono voluntario del tratamiento ante pacientes sin esperanza de vida, es decir, lo que en general se denomina eutanasia *pasiva*, plantea problemas diferentes a los expuestos en el caso anterior, aunque como veremos también aquí deberíamos orientar la justificación hacia el interés del paciente. Mientras en el campo de la medicina paliativa los avances técnicos discurren en paralelo con la justificación del acortamiento de la vida, en el de la medicina intensiva ocurre exactamente lo contrario: su progreso permite mantener con vida a personas que hasta no hace mucho se tendrían por desahuciadas, incluso mantenerlas en un estado más o menos vegetativo, de absoluta e irreversible inconsciencia, sin las funciones que proporciona la corteza cerebral. Por lo tanto, la conducta que es objeto de análisis en este caso consiste en no adoptar todas aquellas medidas terapéuticas que la ciencia ofrece, renunciando a ellas por su carencia de efectividad, es decir, por su “futilidad”. Según ICETA, “un acto médico es fútil cuando su aplicación a un enfermo está desaconsejada porque es clínicamente ineficaz, no mejora el pronóstico ni los síntomas o enfermedades intercurrentes, o porque previsiblemente produciría perjuicios personales, familiares, económicos o sociales desproporcionados al beneficio esperado”⁴⁴. No creo que existan argumentos convincentes para contradecir esta actitud de los profesionales médicos, muestra irreprochable de sentido común. Tampoco suelen dictaminar contra ella quienes se enfrentan a este problema desde el campo jurídico-penal o desde el de la filosofía del Derecho. Por su parte, el informe adjunto al Proyecto alternativo alemán de 1986 afirmaba que en los casos de pérdida irreversible de la consciencia, “aunque no exista una manifestación de voluntad del paciente susceptible de interpretación, el médico puede dar por terminado el tratamiento sin miedo a una pena. Incluso en el caso de una voluntad presunta de tratamiento ya no podrá considerarse por más tiempo obligado penalmente a continuar un tratamiento sin sentido”⁴⁵. La misma comprensión hacia esta práctica se observa en

⁴³ Más arriesgada me parece la opinión de TORÍO, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XIV, 1991, p. 235: “La norma de actuación médica es predeterminante para el Derecho y éste no puede trastornar con sus prohibiciones y mandatos una práctica médica correcta. Penetra así en la norma jurídica la *lex artis*, es decir, la pauta técnica, científica, regulativa del comportamiento médico. La acción médicamente preceptuada nunca puede hallarse jurídicamente prohibida.” Digo que me parece más arriesgada porque en el ámbito de la eutanasia es frecuente que la decisión médica no dependa sólo de variables técnicas sino éticas, o ético-normativas. En tal caso es muy probable que la *lex artis* no constituya un *prius* al mandato o la prohibición, sino que se trate de un dato dependiente de éstos. Ahora bien, la afirmación de TORÍO me parece totalmente acertada si se refiere exclusivamente a la técnica médica. Incluso en este caso el mandato o la prohibición podrían impedir su realización, pero entonces dichas normas podrían resultar seriamente cuestionadas.

⁴⁴ ICETA, en *Comisión especial del Senado*, sesión de 20 de abril de 1999.

⁴⁵ Cf. *Proyecto Alternativo de Ley reguladora de ayuda a morir*, cit. p. 845-846.

la doctrina de la iglesia católica, que en la Declaración de 1980 sostenía que “ante la inminencia de una muerte inevitable, a pesar de los medios empleados, es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares. Por esto, el médico no tiene motivo de angustia, como si no hubiera prestado asistencia a una persona en peligro”. Es muy probable que esta dispensa religiosa sea el motivo por el cual nuestros médicos afirman que en estos casos no se puede hablar de eutanasia; sin embargo, desde un punto de vista estrictamente penal, tales acciones suponen directa o indirectamente un acortamiento de la vida de la persona que daría lugar a la imputación al médico de la muerte, teniendo en cuenta su posición de garante. Si a ello se añade, en el caso de pérdida irreversible de la consciencia, que la decisión sobre la continuación o no del tratamiento se adopta prescindiendo casi siempre de la opinión del propio enfermo o de la de su familia, aparece ante nosotros un cuadro de la situación bien diferente del que nos quieren presentar los profesionales de la medicina. En efecto, ellos asumen que el estado vital de ciertos enfermos les autoriza a decidir sobre el final de su vida, sin necesidad de apelar al consentimiento (cuya obtención, por lo demás, resulta a menudo imposible). Deciden de buena fe aquello que su conciencia les dicta como mejor práctica médica “en interés” del enfermo, que es precisamente lo que reclama el principio de beneficencia. La voluntad del paciente (expresada por él mismo o interpretada por sus familiares) cumple en estos casos un papel casi irrelevante, por muy dura que pueda resultar esta afirmación⁴⁶.

A modo de conclusión parcial respecto a este apartado cabe decir que la *lex artis* médica actual autoriza dos modalidades de eutanasia: la indirecta y la pasiva bajo ciertas condiciones, aunque no se recurra a esa denominación por motivos evidentes. En ambos supuestos cumple un papel secundario la voluntad del paciente, pues dichos actos médicos están presididos por el cumplimiento de un deber ético profesional que obliga a actuar en interés de aquél, al margen de su voluntad. Tampoco habría que olvidar la relevancia que tiene en este terreno el principio de *justicia* (sobre todo cuando se trata de eutanasia pasiva), principio bioético que reclama una adecuación de medios y fines terapéuticos, lo que obliga a prescindir de los primeros cuando brilla por su ausencia la eficacia del tratamiento. En definitiva, pues, cabe afirmar que la medicina actual admite en algunos casos el acortamiento de la vida del paciente cuando viene reclamado por su propio *interés*. El axioma de la *santidad* de la

⁴⁶ Vid. *La atención a los enfermos terminales*, cit., p. 114, donde se asegura que las conclusiones de un estudio realizado, casi el 75 % de los encuestados reconocía haber interrumpido o no iniciado un tratamiento respecto a un enfermo terminal, subrayándose la escasísima incidencia del consentimiento en este ámbito.

vida humana se desvanece. En su lugar cobra vigor el principio de *beneficencia*, donde a mi juicio está la clave para afrontar una despenalización razonable de la eutanasia, como paso a exponer a continuación.

6. El interés del sujeto como piedra angular de la despenalización de la eutanasia

Como se ha podido comprobar, tanto en las propuestas doctrinales de reforma como en las legislaciones que ya han dado el paso hacia la despenalización de algunas formas de eutanasia predomina un enfoque que podríamos denominar “voluntarista”: la libre decisión de la persona parece condición necesaria y suficiente para neutralizar el principio de intangibilidad de la vida humana. Sin embargo, en franca contradicción con ese planteamiento, la práctica diaria de la medicina intensiva nos demuestra que en buen número de casos el paciente no está en condiciones de decidir y ello no es obstáculo para que se tomen decisiones sobre su vida abandonando el tratamiento cuando se estima razonable, de acuerdo con un criterio objetivo que se identifica con el interés de la propia persona y del sistema público de salud. Fruto de esa contradicción es la adopción por mi parte de una perspectiva diferente para afrontar la despenalización de la eutanasia, porque su justificación alcanza sólo, por regla general, a aquellos casos en los que el sujeto es capaz de tomar decisiones por sí mismo, pero no cuando se trata de un incapaz o de un recién nacido; y, pese a ello, es evidente que todos los días los hospitales conocen y deciden sobre casos en los que están involucradas personas incapaces.

Este planteamiento diferente de la cuestión pasa por elevar el principio de beneficencia a la categoría de piedra angular en la justificación de la eutanasia en general, es decir que el interés de la persona es el común denominador de todas las modalidades de eutanasia, voluntaria o no. En un buen número de casos, el principio de beneficencia viene arropado por el de autonomía, que permite al sujeto afectado decidir conforme a su interés; pero es claro que no basta con la libre voluntad del paciente para justificar el acto eutanásico; tendrán que darse una serie de condiciones vitales para que esa voluntad surta efecto y son precisamente esas condiciones (referidas al estado de salud de la persona) las que permiten darle naturaleza objetiva a ese interés personal; no basta con lo que el afectado opine. La libre voluntad de la persona adulta y consciente justifica el acto *suicida*, pero no el acto *eutanásico*, porque el elemento distintivo de ésta es la infausta situación vital del sujeto⁴⁷. Si, además, puede decidir libre y voluntariamente, será esta manifestación de

⁴⁷ Advierte de la necesidad de distinguir la eutanasia del auxilio al suicidio, PECES-BARBA, *La eutanasia desde la Filosofía del Derecho*, en ANSUÁTEGUI (ed.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, 1999, p. 19.

voluntad un factor añadido a esa penosa situación vital, pero no sustituye el valor intrínseco de ésta de cara a la justificación del hecho. De ahí que pueda afirmarse, en definitiva, que el interés “objetivo” del paciente es el elemento justificador común de todos los tipos de eutanasia; que es la condición necesaria, aunque no siempre suficiente, para legitimar acciones (u omisiones, si se quiere) encaminadas a proporcionar al afectado una muerte dulce. Bien entendido que no se trata de resucitar ese “paternalismo fuerte” al que alude TOMÁS-VALIENTE LANUZA en una reciente obra, porque ese paternalismo lleva consigo una falta de respeto generalizado a las opiniones del paciente que aquí no se mantiene en modo alguno⁴⁸.

El planteamiento que acabo de hacer abre paso a dos interrogantes fundamentales: ¿cuáles son las condiciones vitales que justifican la eutanasia? y ¿quién está autorizado para dar vía libre al acto eutanásico cuando el paciente no es adulto y está consciente?. Contestar a la primera requiere un cuidadoso equilibrio entre dos principios bioéticos: el de no maledicencia y el de beneficencia; en un lugar secundario opera también en este ámbito el principio de justicia, que preserva la optimización de los recursos sanitarios. El primero de los principios enunciados propugna la defensa a ultranza de la vida humana mientras que el segundo otorga primacía al interés de la persona. Habría que catalogar, pues, aquellos supuestos en los que el interés predomina sobre el mantenimiento de la vida. A mi modo de ver, el consenso social abarca desde luego los supuestos de estado de inconsciencia irreversible⁴⁹ y los que ya se describen en nuestro Código Penal: una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. La reciente ley despenalizadora holandesa describe la situación vital a la que estoy haciendo referencia del siguiente modo: “sufrimiento insoportable sin perspectiva de mejora alguna”, expresión que incluye no sólo los padecimientos físicos sino también el sufrimiento psíquico y que asimismo abarca situaciones menos extremas que la del enfermo terminal, entendiendo por tal aquél cuya expectativa de vida es inferior a dos meses, con insuficiencia orgánica o una complicación irreversible⁵⁰. Dentro de ese catálogo al que me acabo de referir creo que existiría también consenso en torno a casos como el de Ramón Sampedro, aquejado de una tetraplejía irreversible, o como tantos otros similares. Se trataría de situaciones que confieren a la per-

⁴⁸ Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid, 1999, p. 37 ss. con extensas referencias a este problema.

⁴⁹ Una excelente explicación de los problemas que plantea esta objetivación en TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *op. cit.*, p. 196 s.

⁵⁰ Cfr. GONZALEZ BARÓN, BARÓN SAURA, CHACÓN LÓPEZ-MUÑIZ, *Actitud médica ante el enfermo preterminal en oncología*, en Medicina Clínica, 1990, p. 423. (Citado en *La atención a los enfermos terminales*, cit., p. 114 nota.)

sona la facultad para solicitar que se abrevie su penosa existencia. En ningún caso debería recaer sobre el colaborador la amenaza de una pena cuando la idea de mantener a ultranza la vida humana venga contrarrestada por el vigor de los principios de beneficencia y autonomía. El interés subjetivo y el interés objetivo logran aquí un engarce completo.

Sin embargo, la justificación de la eutanasia presenta mayores dificultades cuando no cabe apelar al principio de autonomía, es decir, cuando el paciente no sea una persona adulta y consciente, capaz por tanto para decidir sobre su destino. Suele recurrirse entonces a la opinión de los familiares más cercanos, considerándose que su decisión coincidirá con la que habría tomado el paciente, si le hubiera sido posible. No soy del mismo parecer. A mi modo de ver, aunque desde un punto de vista humano sea comprensible apelar al criterio de los familiares, en el plano jurídico carece por completo de sentido conferirles un poder de decisión de estas características. En primer lugar, porque no existe prueba alguna de coincidencia con la voluntad del afectado, pudiendo intercalarse en la decisión familiar motivos más bien espurios. En segundo lugar –y lo que es más significativo–, porque los familiares carecen de legitimidad para adoptar ese papel tan decisivo sobre la vida de un tercero. Creo que desde un punto de vista jurídico sería mejor dotar de este poder de decisión a comités de ética creados en los distintos hospitales del país, integrados por personas cualificadas y sometidos a algún mecanismo de control. Sus decisiones no tendrían por qué ser arbitrarias, pese al temor que su existencia pueda infundir. Trabajarían con directrices claras y conforme a criterios solventes. Podrían recabar la opinión de la familia, pero no escudarse tras ella. Y, desde luego, deberían adecuar sus criterios al orden constitucional y no a la doctrina católica, que no es fuente del Derecho en nuestro país.

Esta idea de prescindir de la opinión de los familiares no es tan nueva ni tan extravagante como podría parecer. En una modalidad de eutanasia tan extrema como la que se aplica a recién nacidos aquejados de graves malformaciones, los prestigiosos integrantes de la comisión alemana que redactó el Proyecto de 1986 llegaron a la conclusión de que la voluntad de los padres no juega en estos casos “ningún papel”, sin perjuicio de que se aconseje a los médicos que traten de llegar a un acuerdo con ellos⁵¹. En aquel documento se consideraba justificada la omisión de medidas de conservación de la vida bajo dos tipos de circunstancias: cuando el recién nacido no fuera a alcanzar un estado consciente y cuando su estado de salud convirtiera el hipotético tratamiento en una pura prolongación de la agonía previa a una muerte segura

⁵¹ Cfr. *Proyecto Alternativo...*, cit. p. 851. Vid., más adelante, en nota 57, los efectos más que discutibles que puede provocar el hecho de que sean los padres quienes decidan, que fue lo que ocurrió en el caso *Baby Doe*.

y cercana en el tiempo (§ 214)⁵². Es claro que se estaban trasladando los criterios aplicables a la eutanasia pasiva de adultos al terreno de los recién nacidos, considerándose, como afirma Arthur KAUFMANN que “dejar morir a recién nacidos viables con deficiencias no puede de ninguna manera permitirse en mayor medida que la propia eutanasia pasiva de un hombre abocado a la muerte”⁵³. Tiempo después, la Sociedad Alemana de Derecho Médico haría suyas estas directrices en las *Recomendaciones Einbecker*⁵⁴.

Ahora bien, un criterio tan estricto como éste deja sin respuesta los casos más controvertidos de eutanasia *precoz*, es decir, los que se refieren a recién nacidos aquejados de graves malformaciones pero que no se hallan abocados a una muerte segura si se interviene a tiempo, casos que, por lo demás, son los que se presentan con mayor frecuencia en la práctica médica. Se trata de una eutanasia oculta que afecta principalmente a recién nacidos afectados por la enfermedad denominada “espina bífida”⁵⁵. El modo en que los médicos afrontan el nacimiento de un niño con esta dolencia ha sido calificado recientemente por SINGER⁵⁶ como el ejemplo más claro de su incapacidad para trabajar dentro del marco de la ética tradicional de la santidad de la vida humana. Hasta los años cincuenta –relata este autor– casi todos los bebés que nacían con espina bífida morían poco después; incluso si los médicos hacían todo lo posible para salvarlos, la herida abierta a lo largo de la espina dorsal se infectaría con toda probabilidad; la ausencia de antibióticos haría el resto. Al aparecer éstos podían ya salvarse, pero sobreviviendo gracias a una sucesión incesante de operaciones quirúrgicas, al cabo de las cuales el cuadro de

⁵² Cfr. *Proyecto Alternativo...*, cit., p. 843 ss. Vid., en este sentido, NÚÑEZ PAZ, *Homicidio consentido...*, cit., p. 92. Cfr asimismo ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Ramon Areces, 1994, p. 468-469: la eutanasia activa directa de un recién nacido no admite justificación ni exculpación y comporta el mismo reproche penal que la practicada a un adulto con la diferencia de que el consentimiento –inexistente– no puede desempeñar función atenuante en relación al homicidio o asesinato del recién nacido. Por su parte, KAUFMANN, *Relativización de la protección jurídica de la vida?*, en *Avances de la medicina y del Derecho penal*, trad. Silva Sánchez. Ed. S. Mir, PPU, Barcelona, 1988. Cita el caso “Munich 1982”, en que se condenó a dos médicos que dejaron sin tratar a un recién nacido con graves deficiencias y, posteriormente, cuando dio señales de vida tras un largo período de tiempo, le dieron muerte con una inyección de *succinyl*. Considera Kaufmann que un homicidio activo no puede verse justificado o exculpado ni siquiera desde la perspectiva de la “eutanasia precoz”. Aunque es usual –afirma el citado autor– en el caso de recién nacidos deficientes renunciar a medidas de conservación de la vida y dejarlos morir.

⁵³ Este es el criterio que expresa Arthur KAUFMANN, *¿Relativización de la protección jurídica de la vida?*, op. cit., p. 45.

⁵⁴ Cfr. *Einbecker Empfehlung en Grenzen der ärztlicher Behandlungspflicht bei schwergeschädigten Neugeborenen*, Berlín, 1992.

⁵⁵ Dice A. KAUFMANN a este respecto que “desde luego se practica con frecuencia la eutanasia precoz pasiva; sólo que oficialmente no se llega a conocer. Pero en conversaciones privadas es posible oír, incluso de médicos serios, que es absolutamente usual, en el caso de recién nacidos con graves deficiencias, renunciar a medidas de conservación de la vida y dejarles morir.”

⁵⁶ Vid. SINGER, *Repensar la vida y la muerte*, Trad. Yolanda Fontal Rueda, Barcelona, 1997, p. 121 ss.

salud que presentan es, en un altísimo porcentaje de los casos, francamente desolador: paraplejía, ningún control de los intestinos o la vejiga, o un *bypass* urinario con frecuentes infecciones renales que a veces provocan fracaso renal; hidrocefalia, paliada a duras penas mediante un tubo de drenaje; probable discapacidad intelectual a causa de las previsibles infecciones (meningitis)⁵⁷. La investigación de SINGER revela que la opinión médica anglosajona (Reino Unido, Canadá y Australia) es proclive a no realizar ninguna intervención correctora de estos recién nacidos cuando así lo solicitan los padres⁵⁸. En nuestro país, aparentemente, no ocurre lo mismo. Como es sabido, la legislación española permite la interrupción del embarazo hasta la semana 22 cuando se hayan detectado malformaciones en el feto mediante las pruebas de diagnóstico prenatal; pero a partir de ese momento deja de estar permitido el aborto, de manera que cuando dicha malformación sólo se descubra con posterioridad (por el motivo que sea, incluso una grave negligencia médica), el embarazo deberá llegar a término de todas formas. En estos casos, aunque no se declare abiertamente, algunos hospitales de nuestro país se curan en salud solicitando la opinión de los padres para que ellos decidan si se interviene o no al recién nacido, siendo conscientes de que en caso de una respuesta negativa de los progenitores el resultado seguro es la muerte del niño, aunque no se conozca a ciencia cierta cuándo se producirá. La situación puede durar unas pocas horas, varios días o incluso semanas; depende de la resistencia del recién nacido; de este modo, los servicios de cuidados intensivos de neonatología han servido en muchos casos como salas de espera de una muerte segura, como auténticas salas de agonía neonatal. Este trato inhumano, contrario al art. 15 CE, se debe, en buena medida, a que la ausencia de una regulación completa de la eutanasia deja el campo abierto a unas reglas deontológicas colegiales inspiradas en la más genuina y trasnochada moral católica, cuyas normas impiden adoptar en estos casos soluciones más razonables, abocando a algunos profesionales a sortear esos imperativos ocultándose bajo una hipócrita ley del silencio. Es el peso de la corporación y la ausencia de intervención estatal en el tema lo que provoca esta situación tan deplorable y arbitraria, que reclama una decisión legislativa valiente que sitúe el interés objetivo del recién nacido por encima de una defensa numantina de la vida humana que

⁵⁷ Distinto fue el conocido caso *Baby Doe*, relativo a un bebé aquejado del síndrome de Down y que presentaba una malformación en el esófago corregible mediante una operación quirúrgica. Los padres no autorizaron la intervención, el Tribunal Supremo del Estado de Indiana confirmó el derecho de los padres a la negativa y el bebé murió. Como consecuencia de ello se dictaron normas para estos casos, exceptuándose la obligación de intervenir en los siguientes casos: 1. Si se tratara de niños que se encuentran en estado de coma irreversible; 2. Cuando el tratamiento solo sirviera para prolongar la agonía de una muerte segura; 3. Cuando el tratamiento fuera inútil e inhumano. (Vid. , sobre este caso, dos opiniones diferentes en GAFO, *La eutanasia*, Madrid, 1989, p. 39 ss. y SINGER, *op. cit.*, p. 113 ss.)

⁵⁸ Cfr. SINGER, *op. cit.*, p. 125 s.

sólo sirve a intereses sectarios. La nueva legislación deberá acabar de una vez con esa “falacia teológica” denunciada con anterioridad. Deberá garantizar al ser humano recién nacido el mismo derecho a morir que tendría una persona adulta en su misma situación de grave sufrimiento. En consecuencia, debería adoptarse en este terreno el criterio “objetivo” que establece el art. 143.4 CP, considerando que existe causa suficiente para ayudar a morir al recién nacido cuando sufra “una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. La práctica cotidiana se encargaría de ir estableciendo un catálogo más detallado de casos en los que la eutanasia estaría permitida.

Los argumentos que se han ido desgranando a lo largo de este trabajo indican que el legislador español debería afrontar una reforma legislativa en la materia siguiendo dos directrices fundamentales: en primer lugar, por respeto al principio de *autonomía de la voluntad* debería despenalizar la colaboración de un tercero en el suicidio protagonizado por personas adultas y conscientes, incluso si esa cooperación tiene carácter ejecutivo; en segundo lugar, debería regular la eutanasia considerando que su justificación viene dada por el *interés* del sujeto a obtener la “buena muerte” cuando se encuentre o se vaya a encontrar con seguridad en un estado de salud tan degradado que el hecho de vivir constituya para él un motivo de sufrimiento insoportable. Para la definición de ese estado vital que autorizaría la práctica de la eutanasia podría servirse el legislador del modelo que ofrece el actual art. 143.4 CP, que acabo de transcribir. Aunque las tesis que defiende en este trabajo no coinciden con la opinión mayoritaria de la doctrina, se inspiran en una concepción de la eutanasia que es propia de un Estado democrático cuya meta principal es el desarrollo y profundización de los derechos fundamentales del ciudadano. Obtener la pronta muerte cuando la vida resulta insufrible es uno de ellos, incluso para quienes no tienen la oportunidad de decidir por sí mismos.