



La eutanasia hoy: Perspectivas teológicas, bioética constitucional y jurídico-penal (a la vez, una contribución sobre el acto médico)

Mercedes Alonso Álamo

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007

RESUMEN: En el presente trabajo se mantiene que entre las distintas clases de eutanasia no pueden establecerse cortes radicales y que, a efectos de intervención del legislador penal, es decisivo el contexto eutanásico y la posición del autor ante el hecho y no la forma de comisión. Se examina la eutanasia desde las perspectiva teológica rechazando la contraposición entre los principios de santidad y de calidad de la vida, bioética y constitucional. Se aborda la regulación penal española, antes y después del Código penal de 1995, con especial atención a los problemas dogmáticos. Finalmente se hacen las oportunas consideraciones de lege ferenda.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia. Dignidad. Autonomía de la voluntad. Tipo de la culpabilidad.

SUMMARY: The present work holds that radical gaps do not exist between different types of euthanasia and that the work of the criminal legislator has to focus the attention onto the euthanasic context and onto the author's stance, rather than on the form of commission. Euthanasia is examined from several points of view: theological rejecting the contraposition between the principles of sanctity and quality of life, bioethical and constitutional. We analyze the Spanish Criminal Law, both before and after the 1995 Code, with special emphasis on dogmatic problems. Finally we offer several suggestions de lege ferenda.

KEY WORDS: Euthanasia. Dignity. Autonomy. Type of culpability.

SUMARIO: 1. Acerca del problema de la eutanasia hoy. 2. Perspectiva teológica y religiosa. A la vez, sobre la superación del enfrentamiento entre santidad y calidad de la vida. 3. Perspectiva bioética. 4. Perspectiva constitucional. 4.1. La intelección de la eutanasia a la luz de la libertad de conciencia. 4.2. Eutanasia y derecho a la integridad física. 4.3. La eutanasia desde la perspectiva de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad. 4.4. Eutanasia y dignidad de la persona. 5. Perspectiva jurídico penal. A la vez, sobre el acto médico. 5.1. Perspectiva *de lege lata*. 5.1.1. El problema antes de 1995. 5.1.1.1. La tesis de la atipicidad. 5.1.1.1.1. Atipicidad de la conducta omisiva. 5.1.1.1.2. Atipicidad de la eutanasia activa indirecta. 5.1.1.2. La tesis de la justificación. La tesis de la exclusión o disminución de la culpabilidad. 5.1.2. Situación actual. 5.1.2.1. La atipicidad. 5.1.2.1.1. El problema de la autoría. 5.1.2.1.2. Excurso: la eutanasia pasiva como eutanasia por omisión. 5.1.2.1.3. ¿Distintos niveles de atipicidad? 5.1.2.1.3.1. Atipicidad *ex art.* 143.4. 5.1.2.1.3.1.1. Petición expresa, seria e inequívoca. 5.1.2.1.3.1.2. Enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. 5.1.2.1.3.1.3. Fundamento. 5.1.2.1.3.1.4. Inexigencia de un específico elemento subjetivo. 5.1.2.1.3.2. Atipicidad que deriva de la actuación conforme a la *lex artis*. 5.1.2.1.3.2.1. Omisión o supresión de medidas para conservar la vida. 5.1.2.1.3.2.2. Acción dirigida a mitigar el dolor que, al propio tiempo, acorta la vida eutanasia activa indirecta. 5.1.2.2. ¿Justificación de la conducta? ¿Exclusión plena de la culpabilidad? 5.2. Perspectiva *de lege ferenda*.

1. Acerca del problema de la eutanasia hoy

El problema de la eutanasia y de su tratamiento jurídico penal es objeto de discusión creciente. A las dificultades para alcanzar una posición que cuente con general reconocimiento contribuyen las múltiples perspectivas desde las que se aborda: en torno a la eutanasia se plantean problemas jurídicos pero también teológicos, religiosos, filosóficos, éticos o bioéticos y médicos.

Durante mucho tiempo el término eutanasia se ha relacionado, consciente o inconscientemente, con el programa eutanásico del Estado nacional-socialista. Ello ha provocado resistencias incluso a la mención del término. Y el tema ha sido considerado tabú¹.

Hoy en día el concepto de eutanasia evoca situaciones muy variadas, lo que

Lleva a distinguir a teólogos, filósofos, expertos en bioética, médicos o juristas, entre distintas clases de eutanasia [eutanasia propia o genuina, eutanasia activa directa o indirecta, pasiva, ortotanasia por omisión..., o, también, eutanasia precoz o en supuestos de incapacidad o de inconsciencia o de sujetos incompetentes, lo que a su vez puede presentarse tanto en la eutanasia activa como en la eutanasia pasiva..., y, desde otra óptica, entre eutanasia terminal, paliativa o cualitativa²].

Tales distinciones pretenden, en último término, tratar diferenciada y matizadamente las distintas situaciones que se presentan en la realidad. Pero los criterios clasificatorios no siempre coinciden ni responden a los mismos presupuestos por lo que, al final, reaparecen sin solución clara los supuestos límite.

Uno de estos supuestos límite, cuyo tratamiento jurídico sigue siendo controvertido hoy, es el de la retirada o supresión de los instrumentos de apoyo previamente instalados y que mantienen artificialmente la vida. Su intelección como eutanasia por omisión, por considerar decisivo la interrupción de un tratamiento en curso, lleva a la impunidad, por atípica, en las legislaciones que, como la española, en los términos que luego se expondrán, no incriminan la eutanasia por omisión. Por el contrario, su consideración como eutanasia activa, por entender que se ha realizado una acción por ejemplo, la desconexión del respirador, lleva a considerar que la conducta es típica en las legislaciones que, como sucede en el Derecho español, la eutanasia activa directa está incriminada, aunque luego se realicen esfuerzos interpretativos para poder apreciar una causa de justificación.

La incertidumbre acerca de la calificación jurídica de comportamientos como el mencionado trae consigo la clandestinidad y, por tanto, la falta de garantías y de control de los requisitos en el auxilio a morir. A ello hay que añadir las dificultades para precisar lo que se ha dado en llamar el «contexto eutanásico» que, en los términos del art. 143. 4 del Código Penal español, tal como luego se verá, conduce a la impunidad en los supuestos de eutanasia por omisión así como de eutanasia activa indirecta.

No es de extrañar, por ello, que se produzcan sucesos como los que recientemente han conmocionado a la opinión pública española: la aparición del cuerpo sin vida de personas imposibilitadas físicamente para causar su propia muerte. Así, en 2006, es hallado en su domicilio de Valladolid un pentapléjico, sin movilidad y con respiración asistida, al que alguien había retirado el tubo de respiración y ayudado a morir atendiendo a la petición que venía haciendo desde hacía meses a través de internet. No es momento de examinar las particularidades de este caso desde la perspectiva de la acción o la omisión ¿la retirada del respirador es acción u omisión?, ¿se le ha suministrado al enfermo alguna sustancia y, en su caso, con la finalidad de aliviarle el dolor durante la agonía o de producirle directamente la muerte?, ¿cuál fue la causa de la muerte? ni tampoco desde la efectiva presencia del llamado contexto eutanásico. Baste por ahora constatar la existencia de una importante zona, cuyos contornos no están delimitados con precisión, en la que es dudosa la tipicidad del comportamiento, lo que conduce a la realización clandestina de conductas «eutanásicas».

Pero también en el ámbito hospitalario los profesionales de la medicina se enfrentan con relativa frecuencia a situaciones límite en las que carecen de criterios firmes acerca de la adecuación de su acción a derecho. Así sucede, por ejemplo, con la omisión de tratamiento médico, en su caso de una intervención quirúrgica, a recién nacidos viables pero con malformaciones congénitas o gravemente discapacitados en los que concurren otras patologías que, de no ser tratadas, conducirían a la muerte³.

Tal grado de indeterminación e inseguridad en el tratamiento de situaciones tan esenciales, en las que está comprometida la vida y la muerte, aconseja aproximarnos críticamente a los criterios clasificatorios y acaso contemplar el problema total de la eutanasia con una mirada nueva.

1. Frente al peligro tantas veces denunciado de ruptura del dique o de pendiente resbaladiza, lo que procede es levantar un firme y seguro dique de contención.

2. ZUGALDÍA ESPINAR, «Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales», en Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, II, 13, 1987, págs. 281 y s., ROXIN, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Comares, 2001, págs. 33 y 37 y s.

3. Vid. sobre esta última distinción, DIEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I*, Tirant lo Blanch, 1997, págs. 230 y ss.

2. Perspectiva teológica y religiosa. A la vez, sobre la superación del enfrentamiento entre santidad y calidad de la vida

La secularización del Derecho Penal y la separación de los ámbitos del Derecho y la moral no puede hacernos desconocer el peso que determinados postulados morales o religiosos ejercen o han ejercido en el proceso de creación del Derecho. Una de las zonas sensibles a la proyección de dichos postulados es, sin duda, la regulación de la eutanasia. Por ello es importante que atendamos a los cambios que se vienen produciendo sobre esta materia en el ámbito de la teología.

Detrás de la discusión tradicional sobre la eutanasia se observa la lucha entre dos concepciones radicalmente enfrentadas. Por un lado, la concepción que postula la intangibilidad de la vida humana apoyada ante todo en consideraciones religiosas y teológicas principio de santidad de la vida⁴. Por otro lado, la concepción que antepone el principio de calidad de la vida e invoca el derecho a disponer sobre sí mismo en las situaciones en que dicha calidad de vida se halle ausente⁵.

Hace ya décadas, Albin ESER llamó la atención, a partir de una importante investigación histórica, sobre el prejuicio en que se asienta la opinión generalizada según la cual el nivel de protección de la vida ha ido en permanente retroceso. La protección de la vida, afirmaba, ha estado marcada «por una amplitud de oscilación verdaderamente dilatada, en la cual los aspectos “sagrado” y “cualitativo” sólo marcan los posibles vértices valorativos». Y concluía que «en el futuro sólo se podrán hacer esfuerzos por conseguir un compromiso aceptable «entre la santidad y la calidad de la vida»⁶. Sin embargo, tal aspiración ha encontrado una importante resistencia para su realización por el predominio de concepciones teológicas o religiosas «tradicionales».

Pese a ello, hoy en día es posible afirmar, a nuestro juicio, que **la contraposición entre los principios de santidad-intangibilidad de la vida y de calidad de la vida ha empezado a hacer crisis y tiende hacia su superación.**

Frente a la tradicional vinculación del postulado de la intangibilidad al pensamiento idealista, metafísico, que confiere a la vida una dimensión trascendental, y del postulado de la calidad de la vida a la orientación materialista que reduce aquella al proceso biológico observable empíricamente, se alza hoy una visión nueva, una **tercera vía**, que se sustenta en el ámbito de la teología y que, a nuestro modo de ver, conduce a una síntesis fundamental: a saber, que **la vida humana, aun cuando se le reconozca una dimensión trascendental o incluso por ello mismo, no tiene por qué ser mantenida en determinadas situaciones extremas** cuando concurren determinadas circunstancias que, en aras de la seguridad jurídica, se han de precisar.

A este respecto es importante que nos detengamos en la posición de Hans KÜNG. Señala Hans KÜNG que «la responsabilidad del hombre respecto al comienzo y también al final de la vida humana ha adquirido una nueva dimensión, y la humanidad se halla en esta época en una situación nueva...»⁷. A su juicio, la distinción conceptual entre eutanasia activa y pasiva a menudo es apenas diferenciable en concreto. Cómo diferenciar, se pregunta, entre la conducta de quien suministra una sobredosis de morfina y la conducta de quien desconecta un aparato o interrumpe la alimentación artificial lo que puede comportar, incluso, una muerte mucho más dolorosa. Las fronteras entre estas formas de ayuda a morir, activa y pasiva, afirma, son muy fluidas. Y no tiene sentido que merezcan un juicio moral radicalmente diferente, como pretende la doctrina oficial de la Iglesia⁸.

Ello le lleva a plantear la cuestión del reconocimiento, bajo determinados presupuestos, no sólo de la eutanasia

4. Sobre la problemática de la eutanasia precoz, ya hace décadas, ESER, *Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico*, trad. Alonso Álamo, Nuevo Foro Penal, núm. 30, 1985, págs. 435 y ss. Recientemente, destacando la falta de pronunciamiento de los tribunales españoles, Romeo MALANDA, «Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados» (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamiento jurídico español), en *Derecho y Salud*, núm. 1, 2006, pág. 15.

5. Acerca de la pregunta sobre qué es lo sagrado y la santidad de la vida, DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, trad. CARACCILO/FERRERES, Ariel, 1994, págs. 93 y ss. Señala Ansuátegui Roig que la concepción que propugna el carácter sagrado e indisponible de la vida humana se inserta en la tradición judeo-cristiana y tiene raíces y componentes religiosos «pero no necesariamente»: «desde posiciones no religiosas o laicas también se puede mantener la idea de que la vida tiene un carácter sagrado e indisponible», *vid.*, «Eutanasia: dilemas relevantes», en *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, 1999, págs. 93 y s. *Vid.* también en este sentido PORRAS DEL CORRAL, «Eutanasia: un debate abierto», en *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, 1999, pág. 167.

6. Acerca de la orientación idealista, en sentido filosófico, de las tesis que afirman la santidad de la vida, y de la orientación materialista de las tesis que postulan el principio de calidad, Torío LÓPEZ, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia, Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, págs. 221 y ss.

7. ESER, *Entre la «santidad» y la «calidad» de la vida. Sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida*, trad. P. Laurenzo, A.D.P.C.P., 1984, págs. 747 y ss. y 780 y s. Por otra parte, no hay duda de que los continuos avances de la medicina y la biología contribuyen a la «relativización» del concepto de vida, así ya Arthur KAUFMANN, ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?, trad. Silva Sánchez, C.P.C., núm. 31, 1987, págs. 39 y s.

8. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad*, trad. J. L. Barbero, 2.ª ed., Trotta, 2004, pág. 47

pasiva, de contornos difusos, sino también de la eutanasia activa. Y, puesto que, como él mismo afirma, la cuestión de la eutanasia activa provoca en todas partes profundas emociones, desde la perspectiva cristiana la pregunta fundamental es si la persona, enferma muy grave y que desea la muerte, tiene algún derecho a disponer por sí misma sobre el ser o no ser de su vida⁹. Hans KÜNG responde que el final de la vida está confiado por Dios mismo a la responsabilidad de los hombres¹⁰ y que, como cristiano y como teólogo, se siente alentado a defender públicamente «una *vía media, cristiana y humanamente* responsable entre un libertinaje antirreligioso “derecho ilimitado a la muerte voluntaria” y un rigorismo reaccionario desprovisto de compasión “aun lo insoportable hay que soportarlo como dado por Dios y poniéndose en sus manos”... convencido de que Dios ... «que ha donado la libertad al hombre y le exige la responsabilidad de su vida también ha confiado precisamente al ser humano moribundo la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el modo y momento de su muerte. Una responsabilidad que ni el Estado ni la iglesia, ni el médico ni el teólogo pueden arrebatarle»¹¹.

El debate finalmente se eleva a un nivel superior, decisivo para Hans KÜNG, que merece ser transcrito: «Precisamente porque estoy convencido de que con la muerte no termina todo, no me va tanto en una prolongación indefinida de mi vida... y mucho menos en condiciones ya no dignas de seres humanos. Precisamente porque estoy convencido de que estoy destinado a otra vida nueva, me considero como cristiano con la libertad otorgada por Dios de participar en la determinación de mi morir, del modo y momento de mi muerte —en tanto me sea concedida esa posibilidad—. Y continúa: «Claro que no debemos reducir la cuestión de la muerte humanamente digna a la pregunta por la eutanasia activa, pero tampoco podemos seguir prescindiendo de ella. Una responsabilidad digna de seres humanos sobre el morir forma parte de una muerte digna, y esta afirmación no implica desconfianza o soberbia ante Dios, antes bien una *inquebrantable confianza en*

Dios, que no es un sádico sino el Dios misericordioso cuya gracia es eterna»¹².

Si nos hemos detenido en lo que Hans KÜNG denomina «una vía media teológicamente justificable» no es, insistimos, porque entendamos que la perspectiva teológica o religiosa se ha de proyectar en el ámbito del Derecho, incurriendo en una confusión, afortunadamente superada hoy, entre los ámbitos del Derecho y la moral¹³ sino porque, aceptada tal separación, no se puede sin embargo ignorar la significación que tiene la perspectiva teológica o religiosa en el debate social sobre la eutanasia.

A nuestro modo de ver, el interés del punto de vista de Hans KÜNG radica en que constituye una desviación, fundada teológicamente, del principio de intangibilidad de la vida humana y, al propio tiempo, una **nueva actitud ante el problema de la eutanasia y, en particular, de la eutanasia activa, que pasa a ser aceptada teológicamente con independencia de las tesis materialistas**. La mencionada vía opera pues, internamente al postulado de la santidad de la vida y establece matizaciones al criterio de la intangibilidad. O, más precisamente, disuelve el binomio santidad-intangibilidad. **La contraposición entre «santidad» y «calidad» de la vida se desvanece. Las consideraciones «cualitativas» o sobre la «calidad» de la vida operarán, en su caso, internamente al principio de «santidad».**

De acuerdo con lo dicho no podemos compartir la tesis de la contraposición insuperable entre una ética de base religiosa cristiana y una ética laica y secular ni su consideración como dos posturas éticas «radical y metafísicamente inconciliables»¹⁴.

Y, por lo mismo, tampoco podemos compartir el análisis contenido en el reciente «Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio», del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, allí donde afirma que hay dos concepciones enfrentadas sobre la dignidad de la persona que dan lugar a «dos actitudes ante la eutanasia, difícilmente reconciliables»: «La que considera la vida y la muerte dependientes de Dios y como un proceso natural que la persona no tie-

9. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., págs. 42 y 92. Señalaba GAFO que las diferencias entre las distintas situaciones que se pueden presentar (y se refiere al derecho a ser alimentado que le lleva a no aceptar la supresión de la alimentación a quien se halle en estado vegetativo crónico y persistente, aunque se haga mediante una técnica artificial, pero por otra parte cree que sería legítimo no tratar médicamente, por ejemplo, una infección pulmonar y dejar morir en tales casos, y, en esta casuística, ¿podría haber la administración de una sobredosis de morfina?) «parecen ser tan graduales que uno se tiene que preguntar si está justificado dar valoraciones morales de signo contrario», en GAFO y otros, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, Ediciones Paulinas, 1984, pág. 133. Llaman la atención también sobre las dificultades para delimitar los diferentes comportamientos activo y pasivo y valorarlos diferenciadamente desde una perspectiva moral, Lema AÑON/Brandariz GARCÍA, «Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: Notas iusfilosóficas y jurídico penales», en *Responsabilidad penal del personal sanitario* Brandariz GARCÍA/Faraldo CABANA (Coords.), Netbiblo, 2002, pág. 29.

10. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., pág. 37.

11. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., pág. 44.

12. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., pág. 54.

13. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., pág. 55.

14. Matizadamente sobre el derecho y la moral, ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Dykinson, 2002, págs. 163 y s.

ne que interrumpir y la que entiende que la dignidad de la condición humana tiene que incluir la autonomía ante la muerte, cuando la persona considera que la vida humana ha dejado de serlo porque ya no tiene sentido»¹⁵. Tendremos ocasión de volver sobre la dignidad y la autonomía a propósito de la Constitución. Pero lo que ahora importa destacar, desde la perspectiva teológica y de la religión, es que la dimensión trascendental de la vida y de la dignidad, vinculada históricamente a la influencia de las religiones, no conduce hoy a una postura contraria a la eutanasia, ni siquiera a la eutanasia activa. Por el contrario, como muestra la obra de Hans KÜNG, se avanza hacia la síntesis fundamental de las tendencias enfrentadas.

El punto de vista de Hans KÜNG no coincide con la doctrina oficial de la Iglesia católica. La Carta Encíclica *Evangelium Vitae* ofrece una visión unilateral, superficial, del problema y, desde luego, no entra en la cuestión central de la justificación o no justificación de la eutanasia desde una perspectiva teológica, limitándose a denunciar que la eutanasia «es justificada a veces por razones utilitarias, de cara a evitar gastos innecesarios demasiado costosos para la sociedad», añadiendo que se propone así «la eliminación de los recién nacidos malformados, de los minusválidos graves, de los impedidos, de los ancianos, sobre todo si no son autosuficientes y de los enfermos ter-

minales» y, yendo aún más lejos, expresando el temor hacia otras formas de eutanasia «engañosas, pero no menos graves o reales», las que podrían producirse cuando «para aumentar la disponibilidad de órganos para trasplante se procede a la extracción de los órganos sin respetar los criterios objetivos y adecuados que certifican la muerte del donante». Esta visión parcial y superficial del problema se complementa con una defensa del sufrimiento como «elemento inevitable de la existencia humana» y como «factor de posible crecimiento personal»¹⁶.

Frente a ello hay que destacar que las tesis que Hans KÜNG apoya se van abriendo camino poco a poco en la Iglesia católica, como el propio Hans KÜNG pone de relieve¹⁷ y se puede observar en manifestaciones recientes¹⁸.

Llegado este punto, el problema será establecer, mediante la ley, los requisitos que se deben cumplir para evitar posibles abusos, partiendo siempre del interés y voluntad del paciente la autonomía de la voluntad y del criterio médico, y con exclusión de argumentos económicos, como la pesada carga para el sistema sanitario, o de la invocación de intereses familiares o sociales. La necesidad de combatir tales abusos con medios jurídicos, incluido el derecho penal, es reclamada desde el ámbito de la teología¹⁹ y, desde luego, la preocupación por los posibles peligros derivados de la despenalización o legalización de

15. Partiendo de las distinciones de J. Gafo, *vid.* Fernández García, Dignidad humana y eutanasia, en Problemas de la eutanasia, Dykinson, 1999, págs. 32 y s. donde, después de afirmar que la ética de base religiosa cristiana y la ética laica y secular son inconciliables, termina, sin embargo, aceptando la advertencia de M. Diego Farrell: «creo que ha llegado el momento de preocuparnos por mejorar la calidad de la vida terrena, y esto incluye el aliviar la agonía de quienes no desean ser mártires».

16. Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio. Comité Consultivo de Bioética de Cataluña. Presidido por Victòria CAMPS CERVERA. Coordinado por Rafael MANZANERA LÓPEZ. Generalitat de Catalunya. Departament de Salut, 2006, págs. 101 y s.

17. *Vid.* Carta encíclica *Evangelium Vitae* sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana. *Vid.* también la Carta apostólica *Salvifici doloris* sobre el sentido cristiano del sufrimiento humano; El respeto a la dignidad del moribundo. Consideraciones éticas sobre la eutanasia (Academia Pontificia para la vida, 2000); Reflexiones sobre los problemas científicos y éticos relativos al estado vegetativo persistente (Academia Pontificia para la vida y Federación mundial de Asociaciones de médicos católicos, 2004); Tratamientos de mantenimiento vital y estado vegetativo (Discurso de Juan Pablo II en el Congreso sobre Tratamientos de mantenimiento vital y estado vegetativo, 2004). Asimismo pueden verse los documentos de la Conferencia Episcopal Española «La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos», 1993, y «La eutanasia es inhumana y antisocial», 1998. Sobre la encíclica *Evangelium vitae* y el problema de la eutanasia, KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad, cit.*, págs. 91 y s. Proporciona también información sobre la doctrina de la iglesia católica Landrove DÍAZ, *Derecho a una muerte digna*, La Ley, 1998, pág. 2001, GARCÍA RIVAS, *Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente*, en *Revista Penal*, 11, 2003, págs. 15 y s. Sobre la influencia histórica de la doctrina cristiana, NUÑEZ PAZ, *Historia del derecho a morir. Análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*, editorial Forum, 1999, págs. 49 y ss. Argumentos filosóficos y teológicos sobre la eutanasia y el suicidio asistido pueden consultarse también en el Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio, del Comité consultivo de bioética de Cataluña. Generalitat de Catalunya. Departament de Salut. 2006.

18. Ampliamente, KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad, cit.*, pág. 53.

19. En un «diálogo sobre la vida» entre el cardenal Carlo Maria MARTINI y el bioético Ignacio MARINO publicado en L'espresso el 21 de abril de 2006 y ampliamente difundido través de diversos medios de comunicación, MARTINI, preguntado por la conducta de la persona que causa la muerte a petición de un enfermo en estado semivegetativo guiado por un puro sentimiento de amor, responde que él no quisiera «condenar a esas personas que llevan a cabo tal acción a petición de una persona impedida... y guiadas por un puro sentimiento de altruismo, ni a quienes en condiciones desastrosas, físicas y psicológicas piden esto para sí mismos». Ciertamente, no puede verse aquí una declaración abierta en favor de la eutanasia activa, pero la «no condena» constituye un importante paso en esta dirección. De nuevo el cardenal MARTINI se pronuncia matizadamente en contra del encarnizamiento terapéutico en el diario *Il Sole-24 ore* de 21 de enero de 2007. En el ámbito español, recientemente, Masiá CLAVEL invoca la teología de la esperanza «que ve la muerte como entrada en la vida definitiva», *vid.* *Tertulias de bioética*, 2.ª ed., Trotta, 2006, pág. 183. *Vid.* también, ÁLVAREZ GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma, cit.*, págs. 125 y ss.

la eutanasia, el efecto de «ruptura del dique», o de «pendiente resbaladiza», ha pesado enormemente en la resistencia a su admisión²⁰.

3. Perspectiva (bio)ética

La eutanasia constituye un problema central de la bioética entendida ésta, según Diego GRACIA, como una disciplina biomédica pero también como una ciencia moral que pretende tratar «con la lógica y la metodología de la “ética científica” los problemas morales que plantean las ciencias biomédicas»²¹.

Existen diversos paradigmas de racionalidad ética²². De aquí que difícilmente pueda llegarse a un acuerdo en cuestiones límite sobre la vida y la muerte, pues a menudo se proyecta sobre la decisión la propia concepción moral siquiera ésta se haga descansar en una determinada «ética civil».

En primer lugar se observa, como pone de relieve M. Vidal, que la valoración moral negativa de la acción que tienda directamente a abreviar la vida del moribundo se suele fundamentar en el apriorismo de la inviolabilidad de la vida humana, o en que carece de sentido la proposición de otros valores por encima del valor de la vida, o en el peligro de arbitrariedad por parte de los poderosos, o en que conduce a una consideración utilitarista de la vida del hombre, o en la pérdida de valor moral de la sociedad²³. Y esto puede ser afirmado tanto respecto de aquellas situaciones en que la muerte se adelanta para liberar de una vida «inútil» ancianos, minusválidos cuanto respecto de aquellos supuestos en que la muerte se adelanta para liberar al enfermo de una agonía prolongada o de sufrimien-

tos notables en los que no se aprecia un auténtico conflicto ético entre el derecho a la vida y el derecho a morir dignamente²⁴.

Enfrente se hallan las tesis extremas de Peter SINGER, según las cuales la persona carente de racionalidad, autonomía y conciencia de sí, como por ejemplo el «niño defectuoso», deviene en «no-persona», lo que lleva a extender enormemente, en atención a principios utilitarios, la justificación de la eutanasia no voluntaria, llegando a proclamar que «matar a un infante defectuoso no es moralmente equivalente a matar a una persona». Y que «con mucha frecuencia, no es siquiera una injusticia»²⁵.

Pero existen otras formas de aproximación al problema desde la perspectiva de la bioética. De acuerdo con Diego GRACIA, el rechazo de un tratamiento médico por parte de un enfermo en situación «terminal» debe ser examinado a partir de la idea kantiana de la autonomía personal entendida ésta no tanto como potencia o facultad cuanto como acto de elección autónoma, lo que requiere intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo, analizando la «autenticidad» de la decisión tomada. Señala Diego GRACIA que una decisión es auténtica «cuando no sólo ha sido tomada con intencionalidad, con conocimiento y sin control externo, sino que además es coherente con el sistema de valores y las actitudes generales ante la vida que una persona ha asumido reflexiva y conscientemente», lo que le permite afirmar que «cuando los pacientes son adultos, responsables, toman sus decisiones tras una madura ponderación de todos los factores y circunstancias del hecho, y estas decisiones son coherentes con sus sistemas de valores, no hay duda de que en virtud del principio de autonomía moral tienen derecho —y has-

20. KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, cit., pág. 48.

21. Así señalaba Gafo, en 1984, entre otras dificultades y consecuencias negativas: no es fácil una reglamentación de la eutanasia en la que pueda delimitarse cuando es firme y definitiva la voluntad de un enfermo para que se le ponga fin a la existencia...; la existencia de una posibilidad de la eutanasia puede actuar sobre el enfermo en forma de una presión moral que le impulse a pedir que se ponga fin a su vida, aunque no lo desee íntimamente...; la admisión de la eutanasia tendrá efectos negativos de cara a la imagen social del médico...; existe el riesgo de ir abriendo la puerta a nuevas situaciones, la de enfermos terminales inconscientes cuya voluntad es desconocida, niños nacidos con anomalías o malformaciones congénitas..., Gafo y otros, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, cit., págs. 138 y ss. Por el contrario, Masiá Clavel considera mayor «el peligro de exageración, obstinación o encarnizamiento terapéutico, que el de manipulación irresponsable de la eutanasia», vid. *Tertulias de bioética*, cit., pág. 183.

22. Diego GRACIA, en *Lecciones de bioética*, Universidad de Valladolid, 1987, págs. 21 y 31 y s. Vid. también, Romeo CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pág. 10: «La Bioética no suele ser entendida como una disciplina especial, sino especializada, dentro de la Ética general (de la cual se nutre en buena parte de sus fundamentos, y a la inversa, desarrolla aquella), no tanto como Ética teórica como cuanto aplicada». Sobre la definición de la *Enciclopedia de Bioética* según la cual la bioética es el estudio sistemático de la acción o conducta humana con relación a la biología y la salud según valores y principios morales, vid. Javier SÁDABA, en *Estudios de bioética y derecho*, comp. María CASADO, Tirant lo Blanch, 2000, pág. 38.

23. Afirma Marciano VIDAL, quien se refiere a la «ética civil» como paradigma racional para la bioética, que existen tantos paradigmas de racionalidad ética cuantas son las teorías filosóficas sobre la moralidad, vid. *Bioética. Estudios de bioética racional*, Tercos, 1989, pág. 19.

24. Vid. al respecto, Marciano VIDAL, *Bioética. Estudios de bioética racional*, cit. pág. 79.

25. Vid. Marciano VIDAL, *Bioética. Estudios de bioética racional*, cit. pág. 79. Sin embargo, Masiá CLAVEL llama la atención sobre «el malentendido de considerar la vida como un valor absoluto» o «el malentendido de hablar de muerte digna, en vez de decir “vida digna hasta el mismo momento antes de morir”», vid. *Tertulias de bioética*, cit., págs. 178 y ss.

ta obligación— de rechazar un tratamiento, aunque en ello les pueda ir la vida»²⁶.

Afirmado esto, quedaría sin resolver el problema de la eventual fundamentación ética bioética de la eutanasia en aquellos casos en que falta la autonomía, como sucede en la llamada eutanasia precoz niños nacidos con malformaciones congénitas en los que está presente otra enfermedad grave intercurrente, o en los casos en que el sujeto es incapaz o ha perdido la capacidad de forma permanente por causa de un accidente, enfermedad, etc., hallándose en estado de inconsciencia plena y sin haberse manifestado previamente, cuando era capaz, acerca de la eventual práctica de la eutanasia. En tales casos, ausente la autonomía, no puede hallarse una justificación ética si aceptamos, con KANT, que la ley moral sólo puede fundarse autónomamente²⁷. Es significativo que teólogos católicos y protestantes partidarios del reconocimiento, incluso de la eutanasia activa, exijan que la solicitud la realice el propio enfermo personalmente y no los familiares o el personal que le atiende²⁸.

Pero la ausencia de fundamentación ética, partiendo de los presupuestos mencionados, no conduce mecánicamente al rechazo jurídico como tampoco la justificación ética de la decisión autónoma conduce sin más al reconocimiento jurídico de la acción de supresión o acortamiento de la vida en situaciones eutanásicas. Es en dichas situaciones límite donde se advierte con particular claridad la separación entre los ámbitos del Derecho y la moral. A falta de fundamentación ética, de una ética fundada autónomamente, la discusión de aquellos casos límite sólo puede llevarse a cabo con arreglo a criterios heterónomos. En particular, deberá examinarse si está justificado o no un paternalismo jurídico estatal «débil» ante tales sujetos «incompetentes»²⁹. Sobre ello hemos de volver después.

Por otra parte, desde el ámbito de la medicina se insiste en que el médico nunca está legitimado para causar de-

liberadamente la muerte, ni siquiera si el enfermo lo solicita³⁰. Pero si se interrumpe o no se inicia un tratamiento por no considerarlo médicamente indicado o se instaura un tratamiento que pueda suponer, indirectamente, una anticipación de la muerte, entonces, no debe hablarse de eutanasia sino de actuación médica correcta, conforme con la *lex artis*. Se observa una tendencia clara a limitar el empleo del término eutanasia, cargado de connotaciones negativas, a la eutanasia activa directa, exclusivamente. Las situaciones que vienen siendo designadas como eutanasia pasiva o como eutanasia activa indirecta se consideran genuinos actos médicos que no deben ser contaminados con dicho término. Así, la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial Española llamaba la atención, en una Declaración de 1993, sobre la confusión de llamar eutanasia pasiva a lo que no es eutanasia: pues no instaurar o suspender tratamientos médicos inútiles «no es ningún homicidio deliberado, sino un acto ético, por cuanto constituye práctica médica correcta». Y en la Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, del año 2002, se considera la «eutanasia pasiva» como un «concepto fallido»: «La distinción activa/pasiva, en sentido estricto, no tiene relevancia desde el análisis ético». Lo decisivo es que la medida esté o no médicamente indicada y la intención que preside la conducta médica de prestar al paciente el mejor cuidado. No hay objeciones éticas, se afirma, a emplear altas dosis de analgésicos en el tratamiento del dolor de un paciente en situación terminal, aunque esto pueda suponer de manera indirecta un adelanto de la muerte. Por el contrario, «cuando algo se hace o se deja de hacer con la intención directa de producir o acelerar la muerte del paciente, entonces corresponde aplicar el calificativo de eutanasia».

En atención a todo lo anterior parece que se perfila un escenario complejo de acuerdo con el cual se hallan ética

26. Peter SINGER, *Ética práctica*, trad., M. I. Guastavino, Ariel, 1984, págs. 96 y ss., 165 y ss. y pág. 174. Sobre la justificación utilitaria de la eutanasia no voluntaria, en particular para «los niños defectuosos» («respecto del infante como tal, lo que tenemos es un ser sensible que no es racional ni autoconsciente»), *vid.* pág. 167. Para la crítica, que compartimos, a la propuesta radical de P. SINGER, *vid.* KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, *cit.*, pág. 41 y nota 34.

27. *Id.* ampliamente, con exposición de los criterios propuestos por FADEN y BEAUCHAMP para la prueba de la autenticidad, GRACIA, *Fundamentos de bioética*, EUDEMA, 1989, págs. 182 y ss. Acerca del principio de autonomía de la persona, C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, Ariel, 1989, págs. 199 y ss. y págs. 290 y s. sobre la intervención del principio de autonomía en el principio de dignidad. *Id.* también, Joseph SANLLEHÍ, en *Estudios de bioética y derecho*, comp. María CASADO, *cit.*, págs. 101 y ss., Fernández GARCÍA, *Dignidad humana y eutanasia*, *cit.*, págs. 41 y ss.

28. Para otro punto de vista, aquí rechazado, Peter SINGER, *Ética práctica*, *cit.*, págs. 164 y ss.

29. Al respecto, KÜNG/ JENS, *Morir con dignidad*, *cit.*, pág. 48.

30. Sobre los problemas filosófico-morales y jurídicos del paternalismo estatal es fundamental la reciente publicación de ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Lustel, 2006; acerca de la distinción entre paternalismo fuerte y débil y sobre las condiciones de justificación del paternalismo débil, *vid. loc. cit.* págs. 392 y ss. y 396 y ss. También sobre el paternalismo jurídico estatal, Tomás-Valliente LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, págs. 7 y ss., Álvarez GÁLVEZ, *La eutanasia voluntaria autónoma*, *cit.*, págs. 115 y ss. Para la distinción entre perfeccionismo y paternalismo, C.S. NINO, *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación, *cit.*, págs. 413 y ss. *Id.* también sobre el principio liberal de autoprotección y el paternalismo jurídico, Gabrio FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni «liberali» e paternalismo giuridici*, en *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Guffrè, Milano, 2006, págs. 283 y ss., especialmente, págs. 308 y ss.

y médicamente aceptadas las situaciones que se vienen designando como eutanasia pasiva y eutanasia activa indirecta. La fundamentación ética en el sentido propuesto más arriba pone el acento en la autonomía de la voluntad, por lo que no plantea problemas en relación con personas adultas y conscientes pero sí respecto de niños, incapaces o personas inconscientes que no se han manifestado previamente. Por el contrario, el punto de vista estrictamente médico, tal como ha sido expuesto, pone el acento en la actuación conforme a la *lex artis*, de tal manera que si la iniciación o continuación de un tratamiento no tiene sentido desde el punto de vista médico, o está aconsejado instaurar un tratamiento que suponga, al propio tiempo, la anticipación de la muerte, entonces, no debe hablarse de eutanasia, se afirma, sino de acto médico. Tal planteamiento, llevado a sus últimas consecuencias, sería aplicable igualmente a niños y personas inconscientes, con lo que el principio de autonomía de la voluntad se debilita.

La eutanasia activa directa aparece abiertamente rechazada por las corrientes médicas expuestas. Sin embargo, desde un punto de vista ético es por lo menos dudoso que pueda sostenerse una oposición tan radical, en particular en aquellos supuestos en que está presente una situación extrema, un genuino «contexto eutanásico» que en todo caso habría que precisar, y una petición libre y voluntaria, autónoma, coherente con el propio sistema de valores, y adoptada tras reflexiva ponderación de todos los factores concurrentes.

4. Perspectiva constitucional

La Constitución española no da una respuesta al problema de la interrupción de la vida en situaciones de eutanasia ni en general sobre el eventual derecho a disponer

de la vida. Ya en 1987 señalaba Del Rosal Blasco que de la Constitución de 1978 no se podía deducir ni el carácter absoluto de la protección de la vida ni el de su indisponibilidad³¹. En la Constitución se halla la positivación de determinados valores dominantes en la sociedad y que se han ido abriendo camino en la historia. Hay que estar prevenidos frente a su consideración como «derechos morales»³². Se trata de valores jurídicos con independencia de que puedan tener también una dimensión moral.

La Constitución española reconoce, en el art. 1.1, que la libertad es un valor superior del ordenamiento jurídico; el art. 10.1 afirma el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; lo mismo se proclama, en el mismo art., respecto de la dignidad de la persona; el art. 15 consagra el derecho a la vida, y también a la integridad física y moral, y proscribire los tratos inhumanos y degradantes; en fin, el art. 16 reconoce la libertad religiosa e ideológica e, implícitamente, según doctrina científica y jurisprudencial, la libertad de conciencia.

En mayor o menor medida, y desde distintos planteamientos, los mencionados derechos han sido invocados por la doctrina y la jurisprudencia en el debate sobre la eutanasia y, en general, sobre si puede fundamentarse o no en la Constitución un pretendido derecho a disponer de la vida o un derecho a morir del que cupiera derivar la inconstitucionalidad de las intervenciones del legislador penal en este ámbito. El estudio de los distintos planteamientos ha sido realizado con amplitud por diversos autores³³, lo que nos exime de una exposición exhaustiva. En lo que sigue vamos a hacer una breve referencia a la eutanasia desde la perspectiva de la libertad de conciencia 4.1 y de la integridad física 4.2 y, en lo que queremos detenernos algo más, de la libertad 4.3 y de la dignidad 4.4.

31. En la Declaración de la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial Española sobre la eutanasia, de 1987, se lee: «Pero el médico traicionaría su vocación de sanador y de protector de la vida humana si acabara con un enfermo o colaborara a su suicidio voluntario. Nunca puede el médico provocar deliberadamente la muerte: la medicina no está para eso. Aunque alguna ley lo permitiera, jamás el médico podrá usar el poder y las prerrogativas que la sociedad le ha concedido para ejecutar una pena capital ordenada por un tribunal de justicia o para suprimir la vida de un enfermo, aunque se lo solicitara él, o su familia o un comité de cuidados hospitalarios». Y la Asociación Médica Mundial, en una Declaración sobre la eutanasia de 1987, señalaba que «la eutanasia, es decir, el acto deliberado de poner fin a la vida de un paciente, aunque sea por voluntad propia o a petición de sus familiares, es contraria a la ética. Ello no impide al médico respetar el deseo del paciente de dejar que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase terminal de su enfermedad». Para más información, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, 2003, págs. 538 y ss. Sobre la inexistente eficacia jurídica de las reglas deontológicas, ESQUINAS VALVERDE, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*. El art. 196 del Código Penal, Comares, 2006, págs. 65 y ss.

32. Del Rosal Blasco, La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código penal, A.D.P.C.P., 1987, pág. 85.

33. Sobre el problema de la fundamentación ética de los derechos humanos, lo inconveniente de la expresión «derechos morales», procedente de la cultura anglosajona, y la positivación en la historia de los derechos fundamentales, vid. Peces-Barba, Escritos sobre derechos fundamentales, EUDEMA, Madrid, 1988, págs. 227 y ss., y el mismo, Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos III, Madrid, 1999, págs. 31 y ss, 156 y ss., y 347 y ss. Así ya en Alonso Álamo, ¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual, Derecho penal contemporáneo, núm. 17, 2006, pág. 178, y en Revista Penal, núm. 19, 2007, pág. 6. Vid. también sobre la problemática de los derechos morales, C.S. Nino, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, *cit.*, págs. 14 y ss.

4.1. La intelección de la eutanasia a la luz de la libertad de conciencia

El problema de la libertad ideológica o de la libertad de conciencia puede suscitarse en relación con terceros que lleven a cabo un comportamiento eutanásico activo o pasivo por razones de conciencia³⁴. Así en los casos en que la eutanasia es solicitada por una persona que se halla en una situación extrema, terminal, o en los casos, aún más complejos y difíciles, de eutanasia precoz o de personas inconscientes que no han manifestado previamente su voluntad. Lo decisivo en tales situaciones es la particular posición del autor ante el hecho, su particular proceso de motivación, lo que, a nuestro juicio, informa sobre su menor o ausente culpabilidad³⁵ sin que los motivos de conciencia puedan invocarse para legitimar el auxilio a morir³⁶. Por el contrario, afirma Gimbernat Ordeig que «el respeto de los deseos del paciente que quiere morir garantiza también la «libertad ideológica de los individuos» art. 16.1 CE, pues el único argumento para justificar por qué en estos casos hay que prescindir de lo que quiere el enfermo y mantenerle vivo en contra de su voluntad es la tesis católica de que es Dios, y no el hombre, el que puede disponer de la vida humana; pero este argumento carece de cualquier fundamento ético fuera del marco estrictamente religioso y, por ello, no puede ser compartido por los ateos, que son tan ciudadanos como los demás»³⁷. A nuestro modo de ver, este razonamiento no sitúa adecuadamente el problema en el marco constitucional, pues incluso si desde la perspectiva religiosa se aceptara la dis-

ponibilidad sobre la vida bajo determinadas circunstancias, la cuestión seguiría siendo si, con base en la Constitución, la libertad ideológica puede ser invocada para afirmar el derecho a disponer sobre la vida. Entendemos que la invocación de la libertad ideológica o, en su caso, de conciencia no puede hacer retroceder el derecho a la vida justificando la comisión por un tercero de la eutanasia consentida, ni menos aún cabe ver una base constitucional para la descriminalización de la eutanasia consentida, incluida la activa directa, en el reconocimiento constitucional de la libertad ideológica; las razones de conciencia tendrán su tratamiento adecuado en el ámbito de la culpabilidad.

4.2. Eutanasia y derecho a la integridad física

El derecho a la integridad física ha sido invocado en relación con la negativa o rechazo de una medida terapéutica salvadora³⁸; en particular ha sido invocado en relación con la huelga de hambre en establecimientos penitenciarios sobre la base de que la alimentación forzosa, en tanto tratamiento médico no consentido, podría atentar contra la integridad de la persona, física y moral, reconocido en el art. 15 de la Constitución³⁹. La ausencia de consentimiento transformaría el acto médico, la conducta médicamente adecuada, en atentado contra la integridad física.

La invocación del derecho a la integridad física por la jurisprudencia constitucional en relación con supuestos como el de la huelga de hambre puede cumplir la atendi-

34. Díaz Aranda, Dogmática del suicidio y homicidio consentido, Centro de Estudios Judiciales, 1995, págs. 89 y ss., Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 310 y ss., la misma, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), Tirant lo Blanch, 2000, págs. 27 y ss., Toledano Toledano, Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Atelier, 1999, págs. 153 y ss. *Vid.* también, Del Rosal Blasco, La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código Penal, *cit.*, págs. 73 y ss., el mismo, El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España, en Estudios Jurídicos. En memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz, Vol. I, Universidad de Valencia, 1997, págs. 605 y s., García Arán, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., XXXI, 1995, págs. 14 y ss., y Bajo Fernández, Disponibilidad de la propia vida, en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson/Civitas, 2005, págs. 1135 y ss.

35. Interesa destacar aquí esta perspectiva y no la discusión acerca de la posible base constitucional en la libertad de conciencia del derecho a negarse al tratamiento, derecho que por lo demás se reconoce hoy con independencia de las razones, de conciencia o no, que lleven a una persona a rechazar el tratamiento (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 2.4). Sobre el rechazo del tratamiento vital por motivos religiosos, Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Granada, 2004, págs. 141 y ss.

36. Sobre estas cuestiones, Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 360 y ss., 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, Aranzadi, 2001, págs. 1773 y ss., Flores Mendoza, La objeción de conciencia en derecho penal. Comares, 2001, págs. 410 y ss. y 423 y ss.

37. No tiene sentido invocar la libertad de conciencia o la libertad ideológica de los enfermos como base de la justificación, al respecto, *vid.*, Torio López, Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia, *cit.*, pág. 236.

38. Gimbernat Ordeig, Eutanasia y Derecho penal, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, I, 12, 1987, pág. 109.

39. Lo que ahora se plantea es la posible base constitucional del derecho a negarse al tratamiento. El derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley, aparece reconocido, como queda dicho, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

ble función de evitar la invocación de la libertad que podría extenderse peligrosamente a otros ámbitos, como el del suicidio asistido⁴⁰.

Pero la invocación de la integridad física se aviene mal con la problemática de la eutanasia. Llevada a sus últimas consecuencias conduciría a entender que hay un atentado a la integridad física en los casos en que, mediante un «contexto eutanásico», el enfermo es mantenido artificialmente con vida en contra de su voluntad. No dejaría de ser paradójica la afirmación de que, al mantener la vida en contra de la voluntad, se atenta contra la integridad física. Más bien parece que concurriría en tales casos un ataque a la integridad moral o a la libertad⁴¹.

4.3. La eutanasia desde la perspectiva de la libertad y del libre desarrollo de la personalidad.

El Grupo de Estudios de Política Criminal, en el «Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida», de 1991, postulaba una interpretación integradora de vida y libertad, proponiendo una interpretación del art. 15 de la Constitución española «a la luz del libre desarrollo de la personalidad», y afirmando que «la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido». En consecuencia, proponía una regulación jurídica penal de las conductas relacionadas con el suicidio que afirmara el reconocimiento de la disponibilidad sobre la propia vida y del co-

rrrelativo derecho a morir, considerando la regulación vigente a la sazón artículo 409 del viejo Código penal «sumamente insatisfactoria»⁴², pero sin llegar a sostener la inconstitucionalidad.

Más lejos llega la postura de Cobo/Carbonell quienes, invocando los arts. 1 y 10 de la Constitución, sitúan la libertad «en la cúspide del Ordenamiento jurídico». Ello les lleva a sostener que todos los derechos fundamentales de la persona deben ser interpretados como «emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere, de la dignidad de la persona humana»..., que la protección de la vida ha de ser compatible con la libertad..., y «la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular»⁴³. En relación con la regulación del art. 143 del Código Penal español Carbonell terminará sosteniendo su falta de adecuación «a los valores constitucionales»⁴⁴.

La mencionada fundamentación constitucional del derecho a morir y su pretendida incidencia en el ámbito jurídico penal precisa de matizaciones. Por una parte, es dudoso que pueda invocarse al respecto el art. 1.1 de la Constitución⁴⁵. Por otra parte, y en concreta relación con la eutanasia, no dejaría de ser un contrasentido hablar, respecto de quien se halla en situación terminal, de libre desarrollo de la personalidad⁴⁶ pues la personalidad se puede manifestar en la muerte pero mal puede desarrollarse⁴⁷.

Pero si se admitiera que la Constitución sitúa la libertad por encima de la propia vida e, insistimos, esto es cuanto

40. Con especial atención a la jurisprudencia constitucional, *vid.* Juanatey Dorado, Derecho, suicidio y eutanasia, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, págs. 360 y ss., Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 329 y ss.

41. Así, Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, pág. 342, la misma, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, págs. 35 y s.

42. Sobre el eventual ataque a la integridad moral en los casos conocidos como «encarnizamiento terapéutico» o «ensañamiento terapéutico», *infra* 4.4. Sobre el ataque a la libertad (delito de coacciones) y a la integridad moral en los casos de alimentación forzosa, no respetando la voluntad del huelguista consciente, y la posible concurrencia de alguna causa de justificación, Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 250 y ss. Sobre la colisión de deberes, Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, *cit.*, págs. 139 y ss. *Vid.* también *infra* 5.1.2.1.3.1.1.

43. Grupo de Estudios de Política Criminal. Documentos 2. Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida, 1993, págs. 9 y s.

44. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales, en Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, I, 12, 1987, págs. 65 y s.

45. Carbonell Mateu, en Comentarios al Código Penal de 1995 (coord. Vives Antón), Vol. I, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 749.

46. Críticamente, Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 178. Acerca de que pudiera entenderse referido a la libertad política, *vid.* Torío López, Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia, *cit.*, pág. 230. Según Zugaldía Espinar, el art. 1.1 de la Constitución no pretende jerarquizar los valores a los que se refiere..., *vid.* Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, *cit.*, pág. 293. Entiende que el art. 1.1 de la Constitución consagra un principio general de libertad, Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, pág. 38, pero mantiene una posición restrictiva respecto de los planteamientos que extraen de la Constitución un derecho fundamental a disponer de la propia vida, Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 379 y s. Niega un derecho subjetivo a morir con correlativos deberes para otros, Bajo Fernández, Disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 1139 y s.: «Un derecho a morir sólo sería posible entendido como simple libertad de hacer» por lo que, desde una perspectiva político-criminal, cabe la incriminación de conductas de terceros relacionadas con el suicidio ajeno.

47. Torío López, Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia, *cit.*, pág. 236 y 242 y s.

menos dudoso⁴⁸ y se reconociera la disponibilidad sobre la propia vida que no un derecho subjetivo a morir, de ello no se deriva necesariamente que el legislador penal no pueda incriminar determinadas intervenciones de terceros en el suicidio ajeno⁴⁹. Por una parte, no existe un derecho subjetivo a la propia muerte, ni hay un derecho a que otro ejecute la propia muerte ni hay un deber de ejecutar una muerte a petición⁵⁰. Por otra parte, como señala Bajo Fernández, «no existe un derecho constitucional a que el legislador no castigue determinadas formas de inducción o participación en el suicidio»⁵¹. Como tampoco a que lo haga.

Dentro del marco constitucional, insistimos, incluso si se parte del principio de disponibilidad sobre la propia vida, caben respuestas diversas del legislador penal en relación con las conductas de terceros que intervienen en la muerte voluntaria de otro: la incriminación, la atenuación bajo determinados presupuestos o la no incriminación.

Ahora bien, dicho esto, quien admita el reconocimiento constitucional del derecho a disponer de la propia vida parece que debería sostener, desde una perspectiva político criminal, la intervención limitada del legislador penal o la no intervención, en particular si solicita ayuda a morir quien sufre una enfermedad grave que le conduciría necesariamente a la muerte o que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar por citar los términos, por otra parte discutibles, del actual art. 143.4 del Código Penal, esto es, si concurre un «contexto eu-

tanásico» y se cumplen unos requisitos que, en todo caso, habría que establecer con precisión⁵².

4.4. Eutanasia y dignidad de la persona.

Tal como antes se indicó, la disponibilidad sobre la propia vida se ha fundamentado también, desde la perspectiva constitucional, en la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 y desde cuya óptica se interpreta el derecho a la vida artículo 15.

Un examen detenido de las diversas posturas desarrolladas al respecto excedería los límites de estas páginas, por lo que vamos a limitarnos a suscitar algunas cuestiones fundamentales⁵³.

Señalaba Valle Muñiz que el tema de la eutanasia debía ubicarse en el derecho a una muerte digna, lo que implica una protección de la vida respetuosa con la dignidad de la persona⁵⁴.

El razonamiento, del que parten Valle y otros autores, es en principio irreprochable: la dignidad, que es un principio material de justicia de validez *a priori*⁵⁵, se halla en la cúspide de los derechos fundamentales. El derecho a la vida es una concreción de la dignidad. Y, se concluye, el derecho a la vida debe ser puesto a la luz de la dignidad del hombre.

Pero a continuación se produce un desplazamiento de la argumentación hacia el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad «como verdadera meta

48. En sentido diverso, Gimbernat Ordeig, Eutanasia y Derecho penal, *cit.*, pág. 109, al invocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad «pues frecuentemente la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige».

49. *Vid. Peces-Barba*, La eutanasia desde la filosofía del derecho, en Problemas de la eutanasia, Dykinson, 1999, pág. 20: «no hay ni un solo apoyo constitucional para sostener que el derecho a la vida comprende el de disponer de la misma libremente».

50. Sólo quien partiera de una posición antipaternalista extrema debería consecuentemente sostener la no incriminación de las conductas de terceros de intervención en el suicidio ajeno. *Vid. Sobre ello, Tomás-Valiente Lanuza*, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 391 y s.

51. *Vid. en este sentido, García Arán*, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 21. En general acerca de la inexistencia de un propio derecho subjetivo, Queral, La eutanasia: perspectivas actuales y futuras, A.D.P.C.P., 1988, pág. 121.

52. Bajo Fernández, Disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 1136.

53. Ahora (2005) también en este sentido, Bajo Fernández, Disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 1136. En una publicación no muy anterior (2004) Bajo Fernández había considerado que «ni la sociedad, ni el Derecho, ni la judicatura» estaban «maduros» para admitir la eutanasia activa, *vid. La nueva ley de autonomía del paciente, en Dogmática y ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, T. II, Instituto universitario de investigación Ortega y Gasset/Marcial Pons*, 2004, pág. 936. Si bien es cierto que, en una publicación de 1993, el citado autor, invocando el principio de dignidad y la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes, por tanto, partiendo de una argumentación constitucional distinta, había sostenido que «algunos supuestos de eutanasia activa serían aceptados en la sociedad civil porque en este sentido se mueve una extendida praxis clínica, tales como el tratamiento analgésico masivo de enfermos terminales y algunos otros supuestos», (aunque acaso quiera referirse aquí sólo a la eutanasia activa indirecta), *vid. Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante, C.P.C.*, núm. 51, 1993, págs. 735 y ss. y 738.

54. Tomás-Valiente Lanuza llama la atención sobre el hecho de que la dignidad ha sido interpretada como fundamento del derecho a disponer de la propia vida y, sorprendentemente, también en sentido opuesto «como norma constitucional que obliga al Estado a no tolerar homicidio alguno, incluso aunque sea solicitado y en circunstancias eutanásicas», *vid. La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, cit.*, pág. 367. *Vid. también, Monge Fernández*, Vida indigna o muerte digna: ¿eutanasia?, Actualidad Penal, núm. 48, 1999, págs. 901 y s.

55. Valle Muñiz, La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia, Cuadernos Jurídicos, núm. 25, 1994, pág. 12.

de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales» y se razona así: la dignidad supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización «en aras a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad», por tanto es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida⁵⁶.

La dignidad resulta así teñida o impregnada del «libre desarrollo de la personalidad». Si la dignidad es lo específicamente humano, parece que se viene a sostener que lo específicamente humano es el libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, se sitúa en primer plano, en la intelección de la dignidad, el concepto de libertad.

A nuestro juicio, tal planteamiento no puede ser aceptado. Entendemos que encuentra un apoyo, desde la perspectiva de los principios morales, en lo que Nino denominaba principio de dignidad de la persona, contrapuesto al principio de determinismo normativo. El principio de dignidad postula «tomar seriamente en cuenta las voliciones de la gente» y prescribe que «los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento»... consideradas como parte del plan de vida del individuo⁵⁷.

Entendemos que la intelección, según tal planteamiento, del derecho fundamental a la dignidad conduce a su subjetivización, al admitirse que la dignidad, inherente a la persona, puede variar a lo largo de la vida según la conciencia o la percepción que la persona tiene de sí misma de forma paralela a la intelección del honor en sentido subjetivo, en función del momento y de las circunstancias en que se encuentra. En este sentido señala el Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio, del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, que el derecho a la dignidad implica «no sólo la aceptación de la percepción subjetiva de cada cual, sino la obligación por parte de los otros de reconocer y respetar los diferentes puntos de vista. De esta manera, la dignidad aparece como una expresión de la libertad individual por la que, en un momento determinado, una persona puede decidir dejar de vivir

porque entiende que vive en unas condiciones indignas...»⁵⁸.

Frente a tal planteamiento, la dignidad puede ser entendida objetivamente, en sentido kantiano, como el valor intrínseco, que corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, lo que hace surgir en su favor el derecho a no ser tratada como cosa, instrumentalizada, envilecida, humillada⁵⁹.

De acuerdo con este planteamiento, la dignidad en sí, desvinculada de la autonomía personal o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, puede ser invocada para defender, de conformidad con la Constitución, el derecho a una vida digna hasta el final, un derecho contemplado constitucionalmente «como una pretensión de plenitud, de impulso dinámico»⁶⁰.

Esto significa que la persona no ha de ser tratada como una cosa envilecida, instrumentalizada, humillada. En consecuencia, podría constituir un ataque a la dignidad o, más precisamente, a la integridad moral, mantener artificialmente con vida, con apoyo de medios técnicos sofisticados, al enfermo en estado vegetativo persistente con pronóstico de desenlace fatal.

La prolongación artificial de la vida en contra de la voluntad del sujeto puede constituir trato inhumano o degradante además de una coacción en el sentido del art. 15 de la Constitución española⁶¹.

También puede haber trato inhumano o degradante en la prolongación innecesaria de la vida, que da lugar a una «distanasia» o a lo que se ha dado en llamar «encarnizamiento terapéutico» o «ensañamiento terapéutico», en los casos en que el sujeto se halla inconsciente y no ha manifestado previamente su voluntad de ser mantenido con vida en situación tan extrema⁶². No hay duda de que la dignidad de la persona es violada en aquellos casos en que se prolonga innecesariamente la agonía por razones políticas, económicas, familiares u hospitalarias⁶³. Como dice Zugaldía Espinar «es inadmisibles que la vida de una per-

56. En este sentido, Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, 6.ª ed., tecnos, Madrid, 2004, pág. 20. Bajo Fernández, Disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 1138.

57. Valle Muñiz, en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Quintero/Olivares, 4.ª ed., Thomson/Aranzadi, 2004, págs. 70 y ss. *Vid.* también Del Rosal Blasco, La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del art. 409 del Código penal, *cit.*, págs. 84 y ss. Acerca de la amplitud de tal reconocimiento del derecho a disponer de la propia vida en Valle y otros autores, *vid.* Tomás-Valiente Lanuza, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, pág. 366.

58. C.S. Nino, Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, *cit.*, págs. 285, 287 y 291.

59. Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio. Comité Consultivo de Bioética de Cataluña. Presidido por Victòria Camps Cervera. Coordinado por Rafael Manzanera López, *cit.* pág. 107 y s.

60. Sobre la protección penal de la dignidad y su relación con la integridad moral, Alonso Álamo, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», Derecho penal contemporáneo, *cit.*, págs. 171 y ss., y Revista Penal, *cit.*, págs. 3 y ss.

61. Peces-Barba, La eutanasia desde la filosofía del derecho, *cit.*, pág. 21.

62. Bajo Fernández, Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante, C.P.C., núm. 51, 1993, págs. 710 y ss., García Arán, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, *cit.*, págs. 15 y s.

63. Si la voluntad del paciente es favorable al mantenimiento de la vida en tales circunstancias la no interrupción no constituye trato inhumano o degradante ni atentado a la integridad moral. En sentido semejante, pero por entender que el trato inhumano o degradante contiene un aspecto subjetivo, Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.* pág. 179. Más pro-

sona se pueda mantener y prolongar de una forma irrazonable y desproporcionada casi ilimitada...»⁶⁴.

Por otra parte, también podría constituir atentado a la integridad moral no proporcionar al enfermo que sufre dolores insoportables el adecuado tratamiento paliativo⁶⁵ aunque de ello pudiera derivarse la anticipación de la muerte.

A nuestro juicio, la autonomía de la voluntad opera de forma complementaria, externa y no internamente al concepto de dignidad. Si la persona ha manifestado su voluntad de ser mantenida con vida incluso en circunstancias extremas o rechaza el tratamiento paliativo en situaciones de dolor insoportable, procede atender a su voluntad. Sin embargo, plantearíamos después el difícil problema de si el deber de tratamiento del médico cesa en algún momento en el que ya no será decisiva la voluntad del enfermo. Pero si solicita ayuda para morir, en alguna de las mencionadas circunstancias, y no se le presta, puede haber trato inhumano o degradante como también si está incapacitado para manifestar su voluntad y se le mantiene irrazonablemente con vida o no se le proporciona el adecuado tratamiento paliativo.

Por el contrario, no es suficiente para que pueda admitirse sin más la ausencia de dignidad, o para que pueda entenderse legitimada la intervención de terceros que le auxilian a morir, la voluntad de morir de quien «entiende», con arreglo a módulos subjetivos, que vive en condiciones indignas como tampoco es suficiente que alguien considere indigno «subjetivamente» el sometimiento a medios o aparatos artificiales, desconociendo, como señala Romeo Casabona, «los innegables logros de la Medicina para combatir la enfermedad y la muerte»⁶⁶. Una cuestión es que moralmente haya de respetarse la decisión aunque se considere incomprensible y otra cuestión, bien distinta, es que sea conforme a la dignidad y, en particular, que puedan extraerse de aquí prescripciones para terceros.

El principio de autonomía y el eventual derecho de la persona a decidir sobre su vida operan, pues, tal como

aquí lo entendemos frente a las tesis que vinculan esencialmente la libertad a la dignidad, con independencia del concepto de dignidad. La libertad de disposición es una concreción de la dignidad. A la esencia de la dignidad pertenece no el derecho a disponer sobre la vida, sino el derecho a una vida y, por lo mismo, a una muerte «digna».

De lo dicho no se sigue que existan vidas no dignas de ser vividas o sin valor vital y que, por tanto, quepa invocar frente a ellas cualquier tipo de eutanasia. En particular, no se trata de invocar el principio de dignidad allí donde fracasa el principio de autonomía o de libertad de disposición, a saber, en relación con sujetos inconscientes o carentes de libertad⁶⁷.

Antes bien, lo que se deriva de mirar el derecho a la vida a la luz de la dignidad, entendida objetivamente, es que la persona no puede ser tratada como cosa instrumentalizada, envilecida, en ningún momento de su vida tampoco en el momento de la muerte. Y se deriva también que la muerte forma parte de la vida y que **puede ser conforme con la dignidad ayudar hasta el punto de causar la muerte a quien lo solicita**, siempre que concurra una situación extrema y determinados requisitos que en todo caso es preciso concretar.

De acuerdo con lo dicho, la Constitución no lleva a, pero tampoco impide, la despenalización de la eutanasia activa directa. El problema no es tanto la disponibilidad sobre la vida cuanto la intelección de la vida a la luz de la dignidad. Dentro de unos límites precisos que habrían de ser fijados por el legislador y con la voluntad del enfermo lo que no significa, insistimos, que ésta pertenezca a la esencia de la dignidad, la eutanasia no implicaría la negación de la dignidad ni del valor de la persona en cuanto tal sino, antes bien, su afirmación, ni tampoco tendría por qué responder a una «interpretación utilitarista» del ordenamiento constitucional⁶⁸. El problema fundamental será siempre el de los incapaces o las personas inconscientes que no han manifestado previamente su voluntad y que se hallen en situaciones extremas.

blemático es el supuesto, aparentemente análogo, de la participación en la prostitución de una persona que consiente. Entendemos que en tal caso puede haber atentado a la integridad moral, a pesar de la voluntad favorable de la persona prostituida, pues la mera voluntad, sin referencia a otro bien jurídico como la vida, es insuficiente para legitimar el atentado a la integridad moral. En tal caso, la dignidad ha de ser afirmada objetivamente. Sobre ello, más ampliamente, Alonso Álamo, «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y la trata de personas para la explotación sexual», *Derecho penal contemporáneo*, *cit.*, págs. 171 y ss. y 195 y ss., y *Revista Penal*, *cit.*, págs. 13 y ss.

64. Nuñez Paz, Interrupción del tratamiento médico en estados vegetativos irreversibles. El llamado «encarnizamiento terapéutico», en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. V, Ed. Universidad de Salamanca, 2003, págs. 106 y s.

65. Zugaldía Espinar, Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, *cit.*, pág. 283.

66. Al respecto, Gómez Tomillo, Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta. *La Ley*, núm. 6300, 2005, pág. 5.

67. Romeo Casabona, El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, II, 13, 1987, pág. 196. Problema distinto es que la intromisión no consentida en el cuerpo ajeno pueda constituir una lesión del derecho a la integridad física y psíquica reconocido en el art. 15 de la Constitución. *Vid. supra* 4.2. Sobre ello, Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, pág. 37, y la misma, La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, *cit.*, págs. 340 y ss.

68. En sentido diverso, *vid.* Silva Sánchez, Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida, *La Ley*, núm. 5840, D-189, 2003, pág. 1668.

5. Perspectiva jurídico penal. A la vez, sobre el acto médico.

Al abordar la cuestión del tratamiento jurídico penal de la eutanasia nos vamos a limitar al examen de la situación española⁶⁹. Nos referiremos primero a la situación anterior a 1995 y a la que se inicia con la regulación de la materia en el Código penal de 1995. Procederemos después a considerar la conveniencia de una reforma legislativa en este ámbito.

5.1. Perspectiva de lege lata.

El Código Penal español incrimina en el art. 143 determinadas conductas relacionadas con el suicidio ajeno: la inducción, la cooperación necesaria, el auxilio ejecutivo homicidio suicidio. La pena se atenúa si el auxilio ejecutivo o la cooperación necesaria se llevan a cabo a través de una conducta activa y directa y mediando lo que se ha dado en llamar un «contexto eutanásico» que el propio art. 143 en su punto 4 procede a delimitar.

Las penas atenuadas previstas en el art. 143.4 se aplican a quien «causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que condujera necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar».

A la vista de dicha regulación, defectuosa desde un punto de vista lingüístico y técnico⁷⁰, cabe señalar, en primer lugar, que concurriendo las características típicas esto es, la petición expresa, seria e inequívoca y el sufrimiento de una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar se incrimina sólo la eutanasia activa directa realizada mediante actos de ejecución auxilio

ejecutivo o de cooperación necesaria a la inducción no se extiende el privilegio⁷¹.

La eutanasia por omisión y la eutanasia activa indirecta quedan fuera del tipo siempre que concurren los elementos del mismo y en particular la petición expresa, seria e inequívoca⁷². También la eutanasia pasiva siempre que se admita que en ella lo decisivo es la inexecución de una acción, es decir, que es una eutanasia por omisión, cuestión sobre la que hemos de volver después. Pero, como se verá, la regulación del art. 143.4 no agota la problemática de la eutanasia activa indirecta y omisiva atípicas en el sistema penal español.

5.1.1. El problema antes de 1995.

Ya antes de que en 1995 el legislador se hiciera eco del problema de la eutanasia y lo regulara en los términos que acabamos de exponer, se discutía en la doctrina acerca de si la cooperación al suicidio y el auxilio ejecutivo al suicidio admitían o no la comisión por omisión. Tal discusión alcanzaba a la eutanasia toda vez que, en ausencia de una regulación específica, le eran aplicables, en principio, los tipos del auxilio al suicidio y del auxilio ejecutivo al suicidio, del art. 409 del viejo Código Penal.

La exposición exhaustiva de aquella discusión no procede aquí. Las posiciones iban desde la aceptación del auxilio ejecutivo al suicidio en comisión por omisión, a la aceptación del auxilio en comisión por omisión pero no del auxilio ejecutivo en comisión por omisión, pasando por la apreciación de un simple delito de omisión del deber de socorro de no concurrir la posición de garantía, hasta la invocación del tipo del homicidio e incluso, en su caso, del parricidio y el asesinato⁷³.

Es de destacar que, en relación con los profesionales sanitarios, se sostenía por un importante sector doctrinal y se sigue manteniendo hoy la atipicidad del comporta-

69. En sentido diverso, *vid.* Silva Sánchez, Los «documentos de instrucciones previas», *cit.*, pág. 1669.

70 Amplia información de derecho comparado en Díez Ripollés/Muñoz Sánchez (Coordinadores), El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, tirant lo blanch, 1996; *vid.* también Landrove Díaz, Derecho a una muerte digna, *cit.*, págs. 2001 y s.; Nuñez Paz, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Tecnos, 1999, págs. 197 y ss.; Álvarez Gálvez, La eutanasia voluntaria autónoma, *cit.*, págs. 213 y ss., Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, en relación con el derecho alemán e italiano; Mora Molina, Holanda: entre la vida y la muerte, tirant lo blanch, 2002; García Rivas, Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente, *cit.*, págs. 17 y s.; AA.VV. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia, Revista Penal, núm. 16, 2005, págs. 171 y ss.

71. Sobre la defectuosa técnica legislativa, Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, pág., págs. 107 y ss.

72. El «contexto eutanásico» se asienta en la petición expresa, seria e inequívoca. Y aunque no se exige que la petición sea espontánea, no condicionada, el legislador no ha querido extender el privilegio al inductor, es decir, a quien hace surgir en otro la decisión de solicitar la muerte, aunque éste se encuentre en una de las situaciones contempladas en el tipo.

73. Aunque la formulación lingüística es desafortunada es generalmente aceptado que la expresión «activamente con actos necesarios y directos» se refiere no sólo a quien cooperare sino también a quien causare la muerte, *vid.* Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143. 4 del Código penal, en Estudios Penales y Criminológicos, XXV, 2005, págs. 166 y s. y bibliografía allí citada. En sentido diverso, Díez Ripollés para quien la atipicidad de los supuestos omisivos y de la eutanasia indirecta no se deriva de la literalidad del precepto sino de la ausencia de imputación objetiva, de la ausencia de la posición de garante, o de la ausencia del deber de asistencia médico, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 244, nota 357 y pág. 238.

miento omisivo por entenderse que la posición de garantía cesa o decae si no existen posibilidades de mantener la vida en condiciones mínimas de calidad⁷⁴.

La impunidad de la eutanasia omisiva, y también de la eutanasia activa indirecta e, incluso, bajo determinados presupuestos, de la eutanasia activa directa, fue sostenida desde distintos ámbitos. La fundamentación dogmática de tal impunidad discurría por caminos diversos invocándose la atipicidad o la justificación o la exclusión o la disminución, en su caso de la culpabilidad:

5.1.1.1. La tesis de la atipicidad.

La atipicidad se planteaba en relación con la conducta omisiva y en relación con la eutanasia activa indirecta.

5.1.1.1.1. Atipicidad de la conducta omisiva.

Para unos la *atipicidad* de la eutanasia omisiva llevada a cabo por un profesional sanitario procedía de su actuación conforme a la *lex artis*. Punto de partida para tal consideración era la ausencia de deber de asistencia médica, un deber que no había de considerarse ilimitado. Allí donde la continuación de un tratamiento careciera objetivamente de sentido de acuerdo con el saber médico, la interrupción del mismo constituiría un acto médico que, como tal, debía permanecer fuera del Derecho penal⁷⁵. Tal conducta ha sido considerada conforme con la deontología

médica. Como antes se puso de relieve, desde el ámbito de la medicina se aboga porque se prescinda de utilizar el término eutanasia en dichos supuestos. Por tanto, es la *lex artis* la llamada a delimitar el marco de la actuación del médico conforme a Derecho. Sería contraria a la misma la prosecución de un tratamiento que constituyera «encarnizamiento» o «ensañamiento» terapéutico. Pero si el paciente presentara posibilidades de recuperación entonces la interrupción o no instauración del tratamiento no constituiría, en principio, acto médico ni tampoco comportamiento atípico. Luego veremos, sin embargo, las diferenciaciones que cabe establecer a este respecto.

Los límites del deber de tratamiento, objetivamente carente de sentido según el saber médico, se establecen con facilidad en aquellos supuestos en que el paciente se opone al tratamiento y está conforme con que se le deje morir, concurriendo una genuina situación de eutanasia⁷⁶. A las consideraciones objetivas contrarias a la intervención se une que la negativa al tratamiento hace decaer la posición de garantía del médico, como señalaremos inmediatamente.

Más complejos son los supuestos en que el paciente se halla inconsciente y no se puede conocer su voluntad⁷⁷ y, más aún, aquellos en que la voluntad del paciente es ser mantenido con vida, pues entonces la omisión del tratamiento cumpliría, en principio, el tipo del homicidio. En tal caso la cuestión a resolver y que, como veremos, tiene difícil solución, es si hay un momento a partir del cual la

74. Así Gimbernat Ordeig había sostenido que cuando no hay posición de garantía la omisión de impedir el suicidio constituye siempre un delito de omisión del deber de socorro y si hay posición de garante ha de aplicarse el tipo del auxilio no ejecutivo al suicidio y nunca el auxilio ejecutivo ni el homicidio ni el parricidio ni el asesinato, *vid.* Inducción y auxilio al suicidio, en Estudios de Derecho Penal, 3.^a ed., tecnos, 1990, pág. 282. Ampliamente sobre la discusión en relación con el viejo Código penal, Juanatey Dorado, Derecho, suicidio y eutanasia, *cit.*, págs. 286 y ss. *Vid.* también Bacigalupo, Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, Akal, 1991, págs. 55. y ss.

La discusión mantiene su vigencia hoy en relación con los tipos del auxilio y del auxilio ejecutivo al suicidio de los números 2 y 3 del art. 143 y su eventual aplicación a título de comisión por omisión en los supuestos en que no se cumplen los requisitos que el art. 143. 4 establece para el privilegio. La cuestión es importante toda vez que de la posición que se adopte depende la calificación jurídica que se de al auxilio al suicidio, ejecutivo o no, en comisión por omisión en los casos en que no concurre el contexto eutanásico del número 4 del art. 143. Pero excede del marco de este trabajo. Ampliamente, Gómez Rivero, La intervención omisiva en el suicidio de un tercero, Actualidad Penal, núm. 45, 1998, págs. 889 y ss. Sobre los argumentos a favor o en contra de la admisión del auxilio necesario al suicidio en comisión por omisión y del auxilio ejecutivo al suicidio en comisión por omisión, con atención a los presupuestos dogmáticos sobre la comisión por omisión de que se parta, *vid.* Gómez Rivero, *loc. cit.*, págs. 900 y ss. y 907 y ss. *Vid.* también, Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 221 y s., y Olmedo Cardenete, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 139 y ss.

75. Así, Díez Ripollés en relación con el viejo Código penal y todavía hoy, con las precisiones que luego se expondrán, *vid.* Díez Ripollés/Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, *Le Droit pénal*, 1993, págs. 258 y s., y el mismo, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 234 y ss.

76. Amplio debate al respecto en Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.* págs. 438 y ss.; *vid.* también, Torío López, Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia, *cit.*, págs. 234 y s., el mismo, ¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal? Indicaciones provisionales, Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, II, 13, 1987, pág. 236, Romeo Casabona, El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español, *cit.*, págs. 197 y ss.

77. *Vid.* Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.* págs. 438 y ss., La negativa al tratamiento se reconoce en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (artículo 2.4) y antes en la Ley General de Sanidad de 1986, si bien el art. 10, apartados 6 y 9, derogados por la Ley de 2002, eran interpretados restrictivamente.

voluntad del paciente ya no es decisiva sino que el médico tiene que actuar conforme a la *lex artis* evitando la prolongación innecesaria de la agonía y evitando incurrir en trato inhumano o degradante. Este parece ser el punto de vista de la deontología médica expuesto antes. Criterio rector ha de ser el respeto a la vida y la dignidad de la persona, con exclusión de razones de índole económica⁷⁸.

Así planteada, la discusión sobre la atipicidad era referida al profesional sanitario, singularmente al médico, cuya actuación se desarrollara dentro de la *lex artis*.

Pero si la conducta era realizada por persona que no fuera médico subsistía la tipicidad de la acción discutiéndose si los tipos del auxilio al suicidio y del auxilio ejecutivo al suicidio admitían o no la comisión por omisión, discusión a la que ya hemos hecho referencia.

Para otros, la *atipicidad* se fundamentaba, respecto del profesional sanitario que no actúa si no es capaz de garantizar unas condiciones mínimas de calidad de vida, en el cese de la posición de garantía a partir del contenido de la *lex artis*. Esta postura, sostenida por Díez Ripollés y mantenida por él mismo después de la regulación de la eutanasia en el art. 143.4, se complementa por dicho autor con la invocación de una causa de justificación en aquellos casos en que, por mediar la oposición del afectado, no pueda excluirse la tipicidad: el médico puede resultar justificado a partir de un conflicto de intereses o una colisión de deberes en atención a la escasez de medios disponibles y a la diversidad de pronósticos entre los diversos pacientes⁷⁹.

El cese de la posición de garantía puede proceder, a juicio de Silva Sánchez, de la inexigibilidad de la intervención si a la voluntad de morir se añade la existencia de dolores, escasas probabilidades de salvación o necesidad de asunción de otros riesgos corporales, toda vez que, en su opinión, la exigibilidad opera en la tipicidad de la comisión por omisión interviniendo en la configuración de las posiciones de garante⁸⁰.

5.1.1.1.2. Atipicidad de la eutanasia activa indirecta.

En relación con la eutanasia activa indirecta el razonamiento discurría de forma similar. La conducta del médico dirigida a mitigar el dolor o el sufrimiento del enfer-

mo que, al propio tiempo, supusiera un adelantamiento de la muerte habría de considerarse conforme con la *lex artis*, es decir, un genuino acto médico no desvalorado jurídicamente por ausencia del desvalor de acción. Tal conducta era considerada también conforme con la deontología médica⁸¹.

Al igual que hemos visto en relación con la omisión del tratamiento, la problemática de la eutanasia activa indirecta se hace compleja en función de la posición del paciente ante el tratamiento paliativo.

La negativa del paciente al tratamiento paliativo en contra del criterio médico podía hacer decaer la posición de garantía. Si, a pesar de la negativa del paciente, el médico impone el, a su juicio, adecuado tratamiento paliativo y sobreviene el consiguiente adelantamiento de la muerte, se cumpliría en principio el tipo del homicidio que sólo podría ser excluido aceptando que la actuación médica fue intachable desde la perspectiva de la *lex artis* lo que presupone admitir que la voluntad actual del paciente no desplegaba ninguna función conformadora de la *lex artis*. Si la voluntad del paciente no podía ser atendida por hallarse inconsciente o ser total o parcialmente incapaz, debía considerarse atípica la anticipación de la muerte producida por el tratamiento paliativo, adecuado según la *lex artis*.

Si, en fin, el paciente solicitaba el tratamiento paliativo y el médico se lo negaba, podía incurrir éste en un delito de lesiones en comisión por omisión⁸².

Sobre todas estas cuestiones hemos de volver más detenidamente después en relación con el Derecho actual.

5.1.1.2. La tesis de la justificación. La tesis de la exclusión (o disminución) de la culpabilidad.

La tesis de la justificación fue defendida con base ante todo en el estado de necesidad. Díez Ripollés la aceptaba no sólo de forma complementaria, en los términos antes indicados, sino también respecto de las conductas activas directas de eutanasia cualitativa en las que el médico se encuentra ante un genuino conflicto de intereses. Pero el propio Díez Ripollés proporciona información sobre la doctrina partidaria de apreciar el estado de necesidad co-

78. Distinguiendo, matizadamente, las distintas situaciones que se pueden presentar y el correspondiente fundamento de la limitación del deber de tratamiento, Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.* págs. 442 y ss.

79. Sobre estas cuestiones, Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, pág. 17.

80. Díez Ripollés, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, *cit.* pág. 259 y 264 y s. El mismo, en relación con el Código penal de 1995, en Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 237 en relación con la eutanasia terminal. Por el contrario, el citado autor rechaza hoy la argumentación en que fundaba la justificación de los comportamientos activos de eutanasia cualitativa a los que, a su juicio, ha quedado prácticamente reducido el art. 143. 4, *loc. cit.*, pág. 244 y nota 355.

81. Silva Sánchez, La responsabilidad penal del médico por omisión, La Ley, núm. 1632, pág. 4.

82. Ya antes señalamos que según la Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, del año 2002, no hay objeciones éticas a emplear altas dosis de analgésicos en el tratamiento del dolor de un paciente en situación terminal, aunque esto pueda suponer de manera indirecta un adelanto de la muerte. *Vid.* también Torío López, ¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal? Indicaciones provisionales, *cit.*, pág. 236.



mo causa de exclusión de la culpabilidad, o de apreciar circunstancias atenuantes de la culpabilidad⁸³.

También Gimbernat Ordeig se mostraba partidario de la tesis de la justificación. A su juicio, la eutanasia consentida por el paciente cumplía un tipo delictivo pero el comportamiento se hallaba justificado por el estado de necesidad «porque junto a la lesión de un único y en el caso concreto, devaluado derecho fundamental, supone también una defensa masiva —y prevalente— de otros numerosos intereses constitucionales libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, etc.». E incluso aceptaba excepcionalmente la justificación en ausencia de consentimiento con base en el estado de necesidad o en el ejercicio legítimo de la profesión médica en atención a la «situación objetiva sobrevenida»⁸⁴, sin entrar a examinar si, previamente, la conducta podía ser considerada conforme con la *lex artis* y, por tanto, atípica.

5.1.2. Situación actual.

El panorama descrito cambia sustancialmente en 1995 tras la regulación de la eutanasia por el art. 143.4 del Código Penal. Por una parte se amplían los límites de las conductas atípicas. Ello es así en relación con la eutanasia por omisión y con la eutanasia activa indirecta que ahora pueden ser realizadas por cualquiera. Por otra parte, la atipicidad de la eutanasia omisiva y activa indirecta va más allá de lo que se deriva de la regulación del art. 143.4, como vamos a tratar de mostrar. Finalmente, habrá que examinar si el art. 143.4 excluye la eventual invocación de una causa de justificación plena en relación con la eutanasia activa directa tipificada en el mencionado artículo.

5.1.2.1. La atipicidad.

5.1.2.1.1. El problema de la autoría.

Como queda dicho, los esfuerzos interpretativos para excluir la tipicidad de la eutanasia pasiva o de la activa indirecta giraban, antes de la regulación de la eutanasia en 1995, en torno a la actuación conforme a la *lex artis* en su caso, en torno al cese de la posición de garantía si la enfermedad había entrado en una fase de irreversibilidad o concurría un pronóstico de desenlace fatal; es decir, giraba básicamente en torno a los límites del deber de tratamiento o de asistencia del médico. De acuerdo con ello

quedaba fuera del derecho penal la conducta del médico dirigida a aliviar el dolor o el sufrimiento que al propio tiempo supusiera un adelantamiento de la muerte, o la supresión o no instauración de un tratamiento o de instrumentos técnicos de apoyo si, desde un punto de vista médico, carecían objetivamente de sentido, siempre que la acción se llevara a cabo por un médico o profesional sanitario competente y con suficientes garantías que en la doctrina no se dejaban de reclamar.

Pero el art. 143.4 no circunscribe el ámbito de la autoría. Incrimina la eutanasia activa directa realizada por cualquiera y le conecta una pena atenuada. Hemos de entender que los supuestos de eutanasia por omisión o de eutanasia activa indirecta realizados por cualquiera en su caso, en posición de garantía, por ejemplo como cuidador del enfermo permanecen fuera del tipo. Es decir, la atipicidad se extiende a quien ni es médico ni profesional sanitario, ni mantiene con la víctima una relación de parentesco o de amistad..., a cualquiera, siempre que concurra el llamado «contexto eutanásico», esto es, las circunstancias que el art. 143.4 procede a delimitar.

La configuración de la eutanasia como delito común se aparta del marco tradicional de la discusión sobre la eutanasia en el ámbito penal. Como antes se puso de relieve, los esfuerzos de la doctrina por establecer la atipicidad o la justificación del comportamiento eutanásico gravitaron siempre en torno a la concurrencia de un genuino acto médico reclamándose incluso la formación de comités de ética y de equipos especializados, interdisciplinarios, que adoptasen la decisión con suficientes garantías, o al cese de la posición de garantía del médico, o en torno a la situación del médico ante un conflicto de intereses, o en torno al ejercicio legítimo de la profesión médica...

La regulación de 1995 nos sitúa en un escenario nuevo al atenuar la conducta activa y directa realizada por cualquiera y abrir las puertas a la atipicidad de la conducta omisiva o activa-indirecta, realizada asimismo por cualquiera, sin más requisito que la petición expresa, seria e inequívoca y que la víctima sufra una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Es ésta una decisión política legislativa de enorme importancia que no se presenta suficientemente fundamentada⁸⁵.

La eutanasia activa indirecta realizada por un particular no aparece contemplada en el Proyecto alternativo alemán de ley reguladora de ayuda a morir de 1986, más que para el caso de que se realice «con autorización médica».

83. *Vid. infra* nota 122, en relación con el derecho actual.

84. Sobre ello Díez Ripollés, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, *cit.* págs. 264 y s. Abandonando la tesis de la justificación respecto de las conductas activas directas de eutanasia cualitativa después de la regulación de 1995, *vid.* Díez Ripollés, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, cit.*, pág. 244 y nota 355. Diferenciadamente respecto de la eutanasia terminal, *loc. cit.*, págs. 234 y ss. Postula el reconocimiento legislativo de una causa personal de exclusión de la culpabilidad, Torío López, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, *cit.*, pág. 244.

85. Gimbernat Ordeig, *Eutanasia y Derecho penal*, *cit.*, págs. 110 y s.

Según el párrafo 214 a de dicho Proyecto «no procede antijurídicamente quien como médico o con autorización médica, aplica a un enfermo en peligro de muerte, con su consentimiento expreso o presunto, medidas dirigidas a mitigar un estado de sufrimiento grave, no evitable de otro modo, aunque con ellas se acelere la muerte como consecuencia indirecta inevitable»⁸⁶.

La legislación española de 1995 va más lejos al dejar fuera del tipo la conducta del particular sin requerir que actúe con autorización médica, si bien exigiendo la petición expresa, seria e inequívoca y no conformándose con el consentimiento presunto⁸⁷. En consecuencia, la atipicidad no se fundamenta en la concurrencia de un genuino acto médico por la sencilla razón de que la acción no tiene que ser llevada a cabo por un médico y ni siquiera se precisa su autorización.

En contra de la tesis aquí defendida se manifiesta Silva Sánchez. A su juicio, la eutanasia activa indirecta sólo es atípica si es realizada por un médico que actúe conforme a la *lex artis*, esto es, que se mueva dentro de la banda del riesgo permitido⁸⁸. Es decir, restringe la atipicidad de la eutanasia activa indirecta a los supuestos de actuación médica.

A nuestro juicio, tal restricción de la atipicidad no se corresponde ni formal ni materialmente con la ley. El art. 143.4 exige actos necesarios y directos que conduzcan a la muerte. Si los actos se dirigen directamente a aliviar el dolor de quien sufre padecimientos insostenibles la conducta es atípica aunque colateralmente se produzca la anticipación del momento de la muerte el llamado doble efecto. Por otra parte, el art. 143.4 no restringe el ámbito de la autoría. La acción puede ser realizada en principio por cualquiera. Consecuentemente la conducta activa indirecta y la omisiva realizadas concurriendo las características típicas del art. 143.4 serán atípicas también si son realizadas por cualquiera. La conducta del médico, a lo sumo, ha de tener una consideración especial en los casos en que falte algún requisito del art. 143.4 y, pese a ello, su actuación es

conforme con la *lex artis*. Es por ello que surge lo que hemos denominado dos niveles de atipicidad, en los términos que luego veremos.

Por lo que se refiere a la eutanasia por omisión, ya el Proyecto Alternativo alemán de 1986 establecía que no actúa antijurídicamente quien omite o interrumpe medidas que alargan la vida, siempre que el afectado lo solicite expresamente, sin exigir en tal caso la intervención de un médico que sí se reclamaba, en cambio, en otros supuestos de interrupción u omisión de medidas para conservar la vida⁸⁹. De acuerdo con este criterio, a propósito de la eutanasia pasiva, y en relación con un caso del que hubo de conocer el Tribunal de Ravensburg en 1987 en el que es el marido, a petición de su mujer, quien desconecta el aparato que le mantenía con vida en la habitación del hospital, sostiene Roxin que, si bien la interrupción del tratamiento es normalmente competencia del médico, también puede ser realizada, mediando solicitud expresa, por un particular⁹⁰.

5.1.2.1.2. Excurso: la eutanasia pasiva como eutanasia por omisión.

Partimos aquí de que tanto quien interrumpe un tratamiento con medicamentos como quien desconecta el respirador o suprime otras medidas instrumentales de apoyo, realiza un comportamiento omisivo y no una acción en sentido estricto: como señala Roxin, decisivo es, para que concurra una omisión en sentido jurídico, si la desconexión «normativamente es interpretable como un cese del tratamiento», frente al «criterio naturalístico» que atiende al desarrollo o no de movimientos corporales⁹¹.

La intelección de la eutanasia pasiva, en particular de la interrupción técnica o supresión de instrumentos de apoyo, como omisión conduce hoy en el Derecho español a afirmar la atipicidad incluso si la acción es realizada por quien no es médico ni bajo su dirección.

86. Críticamente, *vid.* Valle Muñiz, en Quintero Olivares/Morales Prats, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 4.ª ed., Thomson/Aranzadi, 2004, pág. 80. Destacando que será preciso valorar diferenciadamente el error sobre las condiciones vitales «según se trate de un profesional sanitario o una persona sin ningún conocimiento médico», Córdoba Roda/García Arán (dir.), Comentarios al Código Penal, Parte Especial, T. I, Marcial Pons, 2004, pág. 60.

87. Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir. Introducción, texto y fundamentos (Presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes). Trad. Mapelli Caffarena, A.D.P.C.P., 1988, págs. 833 y ss.

88. Sin embargo, luego veremos en qué medida el consentimiento presunto es relevante en los casos de actuación médica.

89. Silva Sánchez, Los «documentos de instrucciones previas», *cit.*, pág. 1666.

90. Párrafo 214 (1): «Quien interrumpe u omite medidas para conservar la vida no actúa antijurídicamente cuando: 1. El afectado lo solicita expresamente». El mismo párrafo 214 establecía otros supuestos —números 2., 3. y 4.— de no actuación antijurídica en los que, sin embargo, se reclamaba un informe médico (informe sobre la pérdida de manera irreversible de conciencia o que nunca se poseerá en caso de recién nacidos; sobre la incapacidad permanente de manifestarse sobre la aceptación o continuación del tratamiento «y, a falta de un punto de referencia más seguro, ha de suponerse que, a la vista de la duración de la evolución de su inútil estado de padecimiento y, en concreto, ante la inminencia de su muerte, habría renunciado a ese tratamiento»; o según el cual no es indicado por más tiempo, ante una muerte inminente, aplicar o mantener medidas para conservar la vida, a la vista del estado de padecimiento del interesado y de la inutilidad del tratamiento).

91. Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 15 y s.

Su consideración como omisión es independiente del estado en que se halle el sujeto. Es defendible tanto si el sujeto se halla en estado de inconsciencia irreversible, como sucede con el estado vegetativo permanente, cuanto si el sujeto consciente solicita la desconexión del mecanismo de apoyo que le mantiene con vida. Decisivo es, desde el punto de vista de la acción, la no continuación de un tratamiento en el cual el aparato funcionaría como la *longa manus* del médico⁹².

5.1.2.1.3. ¿Distintos niveles de atipicidad?

La atipicidad de la omisión o interrupción de las medidas técnicas de apoyo, realizadas por cualquiera, así como la atipicidad de la eutanasia activa indirecta, dependerá, *ex art.* 143.4, de que concurra una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, y de que medie la petición expresa, seria e inequívoca de la víctima. Luego veremos el alcance de estos requisitos. Pero cabe ya señalar que tal «petición expresa, seria e inequívoca» puede ser actual, si el sujeto está consciente, pero también puede hallarse contenida en un documento de instrucciones previas en los casos de inconsciencia o incapacidad actual.

No podemos compartir el criterio de Gimbernat y de quienes afirman, sin matizaciones, que la eutanasia activa indirecta es atípica en el Derecho español⁹³, toda vez que la atipicidad que deriva del art. 143.4 depende, tal como lo entendemos aquí, de que concurra, entre otros requisitos, la petición expresa, seria e inequívoca. En consecuencia,

si el médico, con la oposición del paciente, proporciona cuidados paliativos que anticipan la muerte, viene en consideración, en principio, el tipo del homicidio y, a lo sumo, como luego veremos, la atipicidad de su comportamiento podría fundamentarse por otra vía en relación con el tipo del homicidio ausencia de imputación objetiva, actuación conforme con el riesgo permitido...⁹⁴.

Pero tampoco podemos compartir el criterio de Silva Sánchez, antes mencionado, que restringe la atipicidad de la eutanasia activa indirecta a los supuestos de intervención de un médico que actúe conforme a la *lex artis*, esto es, dentro del ámbito del riesgo permitido, pues tal delimitación del ámbito de la autoría no aparece reclamada por la ley.

A nuestro juicio, la regulación del art. 143.4 no resuelve negativamente, o argumentando *a contrario sensu* todos los supuestos de atipicidad de la eutanasia por omisión y activa-indirecta que se pueden presentar. La atipicidad de dichas modalidades de eutanasia no deriva sólo de la regulación del art. 143.4⁹⁵. Si fuera así, se restringiría enormemente, al hacerla depender de que medie la «petición» expresa, seria e inequívoca, actual o manifestada, en su caso, en un documento de instrucciones previas.

En relación con la conducta de los particulares, tal restricción de la atipicidad a partir de lo previsto en el art. 143.4 pudiera estar justificada. Pero cuando la conducta es realizada por un médico la cuestión reviste, como vamos a tratar de mostrar, mayor complejidad. Con carácter general, la negativa al tratamiento por un paciente consciente y plenamente capaz hace decaer la posición de garantía del médico, además de ser conforme con la Ley

92. Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 14 y s. Destacando la insuficiencia de la perspectiva naturalista en la acción y en la omisión, Jakobs, La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima), trad. Cancio Meliá, en Estudios de Derecho Penal, Civitas, 1997, págs. 414 y ss.

93. Pero esta tesis no cuenta con general reconocimiento. Así, Tomás-Valiente Lanuza distingue entre los estados de inconsciencia irreversible en los que la desconexión sería omisión atípica, y las situaciones de consciencia en las que, siguiendo a Hersberg, entiende que la conducta es activa y se halla «en principio» comprendida en el tipo del art. 143.4 y, a lo sumo, puede estar justificada por colisión de deberes al amparo del art. 20.5.º del Código penal, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, págs. 110 y ss., especialmente 113 y ss. A nuestro juicio, la tesis de la justificación entra en contradicción con la preclusión de la aplicabilidad del estado de necesidad que la propia autora sostiene (págs. 104 y ss.) a pesar de los esfuerzos interpretativos que la misma hace para salvar dicha contradicción (págs. 121 y ss.). Ampliamente sobre la intelección de la eutanasia pasiva desde la perspectiva de la acción o de la omisión, Gómez Rivero, La responsabilidad penal del médico, *cit.*, págs. 546 y ss., Lema Añón/Brandariz García, Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: Notas iusfilosóficas y jurídico penales, *cit.*, págs. 51 y ss., Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 Código penal, págs. 172 y ss. *Vid.* también, Queralt, La eutanasia: perspectivas actuales y futuras, *cit.*, pág. 124, y García Álvarez, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, *tirant lo blanch*, 1999, pág. 222.

94. Gimbernat Ordeig, El problema jurídico de la muerte y el dolor, *El Mundo*, 19 de abril de 2005, donde afirma que **la falta de consentimiento** del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia indirecta —impune— en una directa —la única que está tipificada como delito en el Código penal— y que la responsabilidad del médico será de carácter administrativo-sancionador, civil, profesional o estatutaria. El problema, a nuestro juicio, es que con la oposición del paciente mal puede hablarse, en principio, de eutanasia en el sentido del art. 143.4.

95. Estos criterios no operan a partir del art. 143.4 que circunscribe su ámbito a la petición expresa, seria e inequívoca. En sentido en cierto modo diverso para los casos de inconsciencia en los que no hay oposición expresa, García Arán, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, *cit.*, págs. 30 y s. En contra de lo aquí sostenido, admite la voluntad presunta para la modalidad de eutanasia activa indirecta despenalizada, Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal, *cit.*, pág.162.

41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que reconoce el derecho del paciente a negarse al tratamiento excepto en los casos determinados en la ley. Pero las situaciones que se pueden presentar son muy diversas y deberán ser examinadas diferenciadamente.

En consecuencia, es preciso distinguir dos «niveles de atipicidad»:

5.1.2.1.3.1. Atipicidad ex art. 143.4.

En primer lugar, la atipicidad que deriva de los términos del art. 143.4. Tal atipicidad se afirma frente a cualquiera, es decir, con independencia de quién sea el omitente en posición de garantía en su caso, de quién sea el que suprima los instrumentos técnicos que permiten el mantenimiento de la vida, por ejemplo la desconexión del respirador o de quién realice la acción caracterizable como eutanasia activa indirecta por ejemplo, suministrar un poderoso analgésico que simultáneamente adelanta el momento de la muerte. Aunque dicho sujeto no sea médico ni actúe bajo su dirección, el comportamiento será atípico siempre que, de un lado, concurra la petición expresa, seria e inequívoca del enfermo y, de otro, una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Esto es, siempre que concurra el «contexto eutanásico» previsto en la ley.

5.1.2.1.3.1.1. El art. 143.4 requiere que concurra la **petición expresa, seria e inequívoca**⁹⁶. Entendemos que es-

ta exigencia debe ser mantenida para la atipicidad de la eutanasia activa indirecta y de la eutanasia omisiva realizada por cualquiera concurriendo los requisitos del citado art.. Ello significa que, para la atipicidad ex art. 143.4, al igual que para la atenuación de la eutanasia activa directa, no basta la voluntad meramente presunta ni la voluntad por representación⁹⁷. Si, en la situación concreta, ante un sujeto inconsciente, se realiza una acción u omisión que no supone un incremento del riesgo no se cumplirá el tipo de lo injusto por faltar la peligrosidad objetiva de la acción y, por tanto, la imputación objetiva, sin que ello presuponga otorgar relevancia al consentimiento presunto⁹⁸. La cuestión se plantea en términos propios, como veremos, en los casos de actuación conforme con la *lex artis*⁹⁹.

En los supuestos de intervención médica, la negativa u oposición radical al tratamiento haría decaer la posición de garantía. La atipicidad podría fundamentarse por la segunda vía de atipicidad la que deriva de la actuación conforme con la *lex artis*. Pero también desde la perspectiva del art. 143.4 podría suscitarse la atipicidad siempre que tal negativa, que habría de conducir necesariamente a la muerte, pueda ser caracterizada como petición expresa, seria e inequívoca, lo que encierra indudables dificultades y sólo podrá hacerse en atención a las circunstancias del caso. El médico que impusiera un tratamiento «salvador» en contra de la voluntad del paciente podría incurrir en responsabilidad penal a título de coacciones o de delito contra la integridad moral; a nuestro juicio no podría apreciarse delito de lesiones. Y no parece que pueda invocarse en su favor un estado de necesidad justificante¹⁰⁰.

96. Distingue entre supuestos despenalizados y atenuados en el marco del art. 143.4 y el «tratamiento penal de la «supuestos eutanásicos» realizados sin que concurran los requisitos del art. 143.4», González Rus, Derecho Penal Español. Parte Especial, 2.ª ed., Dykinson, 2005, págs. 116 y ss. Distintas posiciones doctrinales pueden verse en Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, págs. 107 y s., y Díez Ripollés Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 244, nota 357 y pág. 238.

97. Ampliamente sobre la exigencia de que medie una «petición», y no un simple consentimiento, y de que aquella haya de ser «expresa», «seria» e «inequívoca» y cómo han de entenderse tales exigencias legales, Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal, *cit.*, págs. 185 y ss., Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, págs. 128 y ss., Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 245 y s. García Álvarez, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, *cit.* págs. 229 y ss., Barquín Sanz, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 171 y ss. En relación con las exigencias de petición expresa y seria en el Proyecto de 1992, Juanatey Dorado, Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al art. 149 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, Poder Judicial, núm. 28, 1992, pág. 120, y Muñagorri Laguía, Eutanasia y Derecho penal, Centro de Estudios Judiciales, Cursos, vol. 14, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, págs. 82 y ss. Acerca del error sobre la «petición», Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, *cit.*, pág. 136.

98. Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 246. En relación con la eutanasia activa, García Álvarez, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, *cit.*, págs. 231 y ss. y 234 y ss. *Vid.* también, Lema Añón/Brandariz García, Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: Notas iusfilosóficas y jurídico penales, *cit.*, pág. 48. En sentido diverso, Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal, *cit.*, pág. 162, y 168 y s. Considera que es difícilmente viable el consentimiento presunto y acepta el consentimiento por representación en el ámbito médico, Nieto Martín, en Tratamiento jurídico penal de la eutanasia, *Revista Penal*, núm. 16, 2005, pág. 185.

99. Sobre la incidencia de los criterios de la imputación objetiva, García Arán, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, *cit.*, págs. 25 y 30 y s. *Vid. supra*, nota 94.

100. *Vid. infra* 5.12.1.3.2.1. y 5.1.2.1.3.2.2.

No es preciso que la petición sea actual. Puede ser anticipada y, en su caso, estar contenida en un **documento de instrucciones previas**. Conforme a lo establecido en el art. 11.3. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el citado documento no ha de hallarse en contradicción con la *lex artis*.

Las instrucciones previas no plantean problemas, en principio, desde la perspectiva de la *lex artis*, en relación con la eutanasia activa indirecta y con la omisiva. Más problemática es, en apariencia, la aceptación del documento de instrucciones previas por el que se solicite la eutanasia activa directa pues ésta se considera esencialmente contraria a la *lex artis*. Sin embargo, entendemos que no hay inconveniente en apreciar el tipo atenuado del art. 143.4 en el supuesto de que un médico atendiera a la petición **expresa, seria e inequívoca formulada de forma anticipada**, y concurrieran los restantes elementos del tipo, toda vez que el art. 143.4 ni siquiera requiere que la acción sea realizada por un médico¹⁰¹.

Por el contrario, la correcta adecuación de la acción del médico a la *lex artis* ha de ser cuidadosamente examinada en los supuestos, de los que nos ocupamos más adelante, de ausencia de petición expresa, seria e inequívoca por parte del enfermo, esto es, de atipicidad derivada de la actuación conforme a la *lex artis*.

5.1.2.1.3.1.2. El art. 143.4 delimita el contexto eutanásico exigiendo una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que, alternativamente, produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

De forma reiterada se pone de manifiesto en la doctrina la vaguedad e indeterminación de tales características típicas, discutiéndose el concepto mismo de enfermedad

«grave», el grado de proximidad de la muerte que haya de reclamarse, la exigencia o no de que la enfermedad haya entrado en una fase terminal, la inclusión de los daños a la salud o integridad derivados de traumatismos, el reconocimiento junto a los padecimientos físicos de los padecimientos psíquicos y su alcance, etc. El examen detenido de todas estas cuestiones, ampliamente debatidas por la doctrina, excedería los límites de este trabajo¹⁰². Importa sólo destacar que la relativa amplitud de las situaciones eutanásicas contempladas en el tipo ha de ponerse en relación con la estricta exigencia de respeto de la voluntad del paciente plasmada en el requisito de la petición expresa, seria e inequívoca. Y, a nuestro juicio, también ha de ponerse en relación con el fundamento mismo de la atenuación contenida en el núm. 4 del art. 143 y que pasamos a considerar.

5.1.2.1.3.1.3. El art. 143.4 presenta, a nuestro juicio, un doble fundamento¹⁰³: la eutanasia activa directa se atenúa por razones de injusto y por razones de culpabilidad. También por esta doble razón quedan fuera del tipo las conductas omisivas y las activas indirectas.

En primer lugar, la voluntad del enfermo, reflejada en la petición expresa, seria e inequívoca, fundamenta la disminución del injusto en atención al menor **desvalor de acción**. Al igual que en los supuestos de los números 2 y 3 del mismo artículo, el suicidio de la víctima no llega al punto de excluir plenamente la antijuricidad pero sí disminuye el desvalor de la acción de quien coopera con actos necesarios o coopera hasta el punto de ejecutar la muerte.

En segundo lugar, el número 4 contiene un plus de atenuación en atención a la **menor culpabilidad** ausencia de culpabilidad si la conducta es omisiva o activa indirecta de quien lleva a cabo la acción concurriendo el contexto eutanásico objetivo descrito en el tipo: enfermedad grave

101. Vid. al respecto, Silva Sánchez, Los «documentos de instrucciones previas», *cit.*, pág. 1667. Ya antes, sosteniendo que el facultativo no puede imponer, por razones de conciencia, tratamientos al paciente, «aun cuando sea con el fin de mejorar su salud o alargar la vida» porque no concurriría ni una causa de justificación ni una causa de inexigibilidad, Corcoy Bidasolo, Problemas jurídico-penales de la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias, en Estudios de bioética y derecho, comp. María Casado, *cit.*, pág. 97.

Para el supuesto en que se inicie una intervención quirúrgica con el consentimiento del paciente, se produzca un «incremento del riesgo» por la intervención del médico, y el paciente rechace entonces el tratamiento, señala Jakobs que tal rechazo no anula la posición de garantía y el médico que realizara la «acción salvadora» no incurriría en responsabilidad penal a título de coacciones u otro delito, Jakobs, La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB (homicidio a petición de la víctima), *cit.*, págs. 419 y s. No es inimaginable una situación semejante en que se presentara un problema de eutanasia. Sobre injerencia e imputación objetiva, Roxin, Injerencia e imputación objetiva, trad. Pariona Arana, Revista Penal, núm. 19, 2007, págs. 155 y ss.

102. En sentido diverso, entiende Silva Sánchez que el médico debería responder a título de homicidio doloso activo del art. 138 del Código penal «siendo discutible la aplicación a dicho supuesto del tenor del artículo 143.4 CP», Silva Sánchez, Los «documentos de instrucciones previas», *cit.*, pág. 1666.

103. Entre la bibliografía más reciente puede verse, Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal, *cit.*, págs. 199 y ss., Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143), *cit.*, págs. 124 y ss., Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 233 y s., García Álvarez, La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, *cit.*, págs. 227 y ss. Barquín Sanz, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 178 y ss. En relación con el Proyecto de 1992, Juanatey Dorado, Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al art. 149 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992, *cit.*, págs. 120 y s., y Muñagorri Laguía, Eutanasia y Derecho penal, *cit.*, págs. 78 y ss.

que conduciría necesariamente a la muerte o que produjera padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Entendemos que, en el ámbito del art. 143.4, la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produce padecimientos permanentes y difíciles de soportar conforma un contexto objetivo que nos informa sobre la culpabilidad del autor. Tales elementos pertenecen, a nuestro juicio, al llamado tipo de la culpabilidad. Son **elementos de la culpabilidad concebidos objetivamente**. Desde una perspectiva dogmática, no hay inconveniente en aceptar tales elementos objetivos de la culpabilidad en la configuración de tipos atenuados que privilegian al autor¹⁰⁴. Por el contrario, tales elementos objetivos no serían admisibles en la configuración de tipos agravados. Su presencia nos informa sobre la culpabilidad del autor. El tratamiento de los casos de error o de concurrencia putativa de los elementos objetivos de la culpabilidad es problemático¹⁰⁵.

5.1.2.1.3.1.4. El tipo no contiene un específico elemento subjetivo. No requiere que la acción se lleve a cabo por motivos elevados o altruistas o humanitarios, ni por móviles de piedad u otros. La concepción de la eutanasia *pietatis causa* o fundada en el móvil o la actitud compasiva del autor¹⁰⁶ no se corresponde con la ley. Como queda dicho, la atenuación por razones de injusto procede si media la petición expresa, seria e inequívoca, y la atenuación adicional por razones de culpabilidad descansa en la enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte o

que produce padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Si, en la situación concreta, el sujeto obrara por motivos espurios no por ello dejaría de venir en aplicación el tipo atenuado del art. 143.4¹⁰⁷. Pero procederá una mínima reducción de la pena concreta dentro del marco penal abstracto fijado por la ley pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3¹⁰⁸ en atención, así mismo, a la mínima disminución de la culpabilidad.

5.1.2.1.3.2. Atipicidad que deriva de la actuación conforme a la *lex artis*.

Hay situaciones en las que el enfermo que se halla en una situación terminal, o padece dolores insoportables y ante quien, desde el punto de vista médico, la continuación del tratamiento carece objetivamente de sentido, o ante quien a lo sumo procede un tratamiento paliativo que podría simultáneamente acortar la vida no pide de forma expresa, seria e inequívoca auxilio a morir. Puede suceder que el paciente quiera ser mantenido con vida o quiera que no se le proporcione tratamiento paliativo, o, puede suceder también, que no se conozca su voluntad porque sea incapaz o se halle inconsciente y no exista documento de instrucciones previas. A ello hay que añadir la cuestión de la oposición o negativa al tratamiento que ya ha sido mencionada a propósito del art. 143.4: de no concurrir las características típicas de dicho precepto, la atipicidad procederá por la actuación conforme con la *lex artis* la voluntad del paciente actual, libre y expresada conscientemente tiene eficacia conformadora de la *lex artis* y la ausencia de

104. La posición aquí mantenida no coincide con la dominante en la doctrina. Según Díez Ripollés, el art. 143.4 «constituye una circunstancia cualificada de atenuación equiparable a una específica causa de justificación incompleta de los arts. 20.5 y 20.7 en relación exclusiva con el art. 143.2 y 3, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.* pág. 224. Así mismo, sostiene que concurre una causa de justificación incompleta y no una mera causa de exclusión de la culpabilidad, Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, pág. 104. Para García Arán, partiendo de la relación entre disponibilidad e injusto hay que admitir un menor grado de injusto, pero quienes mantengan la indisponibilidad de la vida, afirma, deberían interpretar la atenuación como causa específica de menor culpabilidad, Eutanasia y disponibilidad de la propia vida, *cit.*, pág. 31.

105. Se discute si tales elementos se fundan en una presunción irrefutable de menor culpabilidad. *Vid.* al respecto, Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal. Parte General, trad. Olmedo Cardenete, 5.ª ed., Comares, 2002, págs. 506 y s.

106. Si media petición de la víctima pero el autor desconoce el sustrato objetivo de la atenuación, como la gravedad de la enfermedad o que ésta conduciría necesariamente a la muerte o que produce padecimientos permanentes y difíciles de soportar, parece que se cumple el tipo del auxilio ejecutivo al suicidio del art. 143.3, pues no concurriría la *ratio* atenuatoria atinente a la culpabilidad del núm. 4 del citado art.. Sin embargo, si tenemos en cuenta que el tipo atenuado del art. 143.4 viene en aplicación incluso si el sujeto obra por motivos espurios, es por lo menos dudoso que no pueda ser igualmente aplicado en los casos en que el sujeto desconoce el sustrato objetivo de la atenuación presente realmente. Igualmente problemático es el tratamiento del caso en que el sujeto cree erróneamente que concurre el sustrato objetivo de la atenuación. Estaríamos ante unas características objetivas de la culpabilidad putativas. De concurrir realmente tales características se presume la menor culpabilidad. Si el sujeto, erróneamente, las cree presentes parece que debería entenderse que se cumple igualmente la *ratio* atenuatoria, debiendo atenderse a la vencibilidad o invencibilidad del error a efectos de graduar la pena dentro del marco penal previsto para el tipo atenuado del art. 143.4.

107. *Vid.* sobre ello, Barquin Sanz, en Roxin/Mantovani/Barquin/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 184 y ss. », Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, *cit.*, pág. 127. Sobre la posibilidad de apreciar una circunstancia atenuante analógica si concurre un móvil de piedad, Silva Castaño, La dignidad de la persona y su proceso de muerte: la eutanasia, en Dogmática y ley penal, Libro Homenaje a E. Bacigalupo, T. II, Marcial Pons, 2004, pág. 1248.

108. Esta es doctrina dominante. Modificando la posición mantenida con anterioridad (Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial, Marcial Pons, 2000, pág. 65, donde sostenía que sólo puede hablarse de eutanasia cuando hay móvil de piedad) González Rus reconoce hoy que la letra del precepto «no consiente expulsar de su ámbito de aplicación los supuestos de muerte eutanásica presididos de ánimos reprobables», Derecho Penal Español. Parte Especial, *cit.*, pág. 114.

posición de garantía, sin que, en principio, pueda invocarse a favor del médico que imponga un tratamiento «salvador» una causa de justificación.

Irrumpe así de nuevo el problema del tratamiento penal de la conducta del médico, de los límites del deber de tratamiento o de asistencia, de la actuación médica conforme a la *lex artis*. De manera que, por decirlo así, el acto médico merece una consideración especial en este ámbito pues puede suceder que no se cumplan los requisitos que el art. 143.4 reclama para la atipicidad de la eutanasia omisiva o de la activa indirecta cuando es realizada por cualquiera y, sin embargo, la conducta deba ser considerada atípica si la acción es realizada por un profesional sanitario que actúe conforme a la *lex artis*: el acto médico concordante con la *lex artis* no puede constituir una acción antijurídica.

5.1.2.1.3.2.1. Por lo que se refiere a la omisión o supresión de medidas para conservar la vida cabe distinguir los siguientes supuestos.

En primer lugar, que el paciente quiera ser mantenido con vida cuando concurre un pronóstico de muerte inminente y, según el saber médico, carece de sentido, objetivamente, continuar con el tratamiento o con las medidas que mantienen la vida. Por una parte, la prolongación innecesaria del sufrimiento y la agonía puede constituir encarnizamiento terapéutico y atentado a la integridad moral. Pero, como antes se puso de relieve, si la voluntad del paciente es ser mantenido con vida la omisión del tratamiento puede cumplir, en principio, el tipo del homicidio en comisión por omisión.

Desde la perspectiva constitucional, ya señalamos que la autonomía de la voluntad opera de forma complementaria, externa y no internamente, al concepto de dignidad. Si la voluntad del paciente es que se continúe el tratamiento al igual que si rechaza el tratamiento paliativo en situaciones de dolor insoportable procede atender a su voluntad. La voluntad del paciente actual, libre y expresada conscientemente tiene eficacia conformadora de la *lex artis*. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconoce, como principios básicos, que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios art. 2.2., que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles art. 2.3., que todo paciente o usuario

tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley art. 2.4. y que todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente art. 2.6.. El respeto de la autonomía del paciente se traduce en la exigencia del consentimiento informado. Según el art. 8.1 de la mencionada Ley, «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado...». En consecuencia, de acuerdo con la Ley, el paciente no sólo tiene derecho a consentir o rechazar un tratamiento, previa información, sino también a que el profesional sanitario respete su decisión adoptada libre y voluntariamente, lo que comprende, en principio, la decisión de que se mantenga el tratamiento.

Ahora bien, el problema fundamental a resolver, y de difícil respuesta, es si hay un **momento** a partir del cual la voluntad del paciente ya no es decisiva en la actuación del médico conforme a la *lex artis* orientada a evitar la prolongación innecesaria de la agonía y a no incurrir en trato inhumano o degradante. La Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial Española, en una Declaración de 1993 citada más arriba, se pronuncia en el sentido de que no instaurar o suspender tratamientos médicos inútiles constituye práctica médica correcta.

La inutilidad de la prosecución del tratamiento debe ser establecida con arreglo a módulos objetivos de acuerdo con el saber médico. Hay que estar prevenidos frente a la posible filtración de valoraciones subjetivas del médico acerca de si «tiene sentido» o «carece de sentido» la continuación del tratamiento, evitando que la voluntad del enfermo sea sustituida por la «razón soberana» del médico¹⁰⁹.

Con todo, en ocasiones puede quedar un margen para la incertidumbre pues ¿cómo fijar **el momento** en que decae la voluntad del paciente y procede considerar carente de sentido la continuación de la intervención médica? ¿Hay qué estar a criterios estadísticos?¹¹⁰

El respeto a la vida y la dignidad de la persona, la proximidad de la muerte, la inutilidad del tratamiento, con exclusión de criterios de tipo económico, es decir, la caracterización de la no intervención como genuino acto médico, debe constituir el eje de la actuación del médico en tales situaciones¹¹¹, con la adopción de garantías como la intervención de comités de ética. En último término, la

109. Barquín Sanz, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 187 y s.

110. Llama la atención sobre este particular, Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.*, págs. 444 y s.

111. *Vid.* al respecto, Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.*, pág. 445. Acerca de las dificultades en la determinación de un estándar médico, si bien plantea la cuestión en relación con el tratamiento médico curativo y la conducta imprudente, Villacampa Estiarte, Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales, Aranzadi, 2003, págs. 82 y ss. También en relación con el «deber de cuidado» exigible en la actuación profesional, Guisáosla Lerma, La imprudencia profesional, tirant lo blanch, 2005, págs. 54 y ss.

fundamentación de la atipicidad puede ser dudosa en aquellos casos en que manteniendo los instrumentos técnicos de apoyo la muerte es, pese a todo, inminente, pues si la voluntad del paciente es ser mantenido con vida y la muerte está en cualquier caso próxima, ¿qué razón puede haber entonces para la desconexión? En las situaciones en que la tipicidad no pueda ser negada, todavía podría invocarse, en su caso, una causa de justificación, como veremos después.

En segundo lugar, puede suceder que el enfermo, enfrentado a una muerte inminente y con graves padecimientos, sea incapaz de comprender o de decidir sobre su situación. Semajante es el caso de pérdida irreversible de la conciencia o de estado vegetativo permanente, sin que el paciente haya manifestado anticipadamente su voluntad en un documento de instrucciones previas, de modo que ni puede consentir ni puede oponerse a la interrupción del tratamiento. Y también puede ser examinado conjuntamente el caso del recién nacido con malformaciones congénitas en el que está presente una deformación o una afección grave intercurrente que, de no ser tratada, conduciría a la muerte.

A diferencia de lo que se planteaba en el supuesto anterior en el que el sujeto mantenía la voluntad de seguir viviendo, nos encontramos con que la voluntad no es ni puede ser conocida. Con más claridad que en el supuesto anterior se plantea ahora la competencia del médico en su caso, con la intervención de comités de ética para interrumpir u omitir el tratamiento a la vista de los factores y circunstancias concurrentes: también en estas situaciones, la atipicidad de la omisión o interrupción del tratamiento debe limitarse estrictamente de acuerdo con la *lex artis*.

La *lex artis* no puede ser en absoluto modelada sobre la base de un consentimiento meramente presunto ni de un consentimiento por representación. A este respecto cabe recordar que la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, otorga eficacia informadora de la *lex artis* a la voluntad del paciente actual, libre y expresada conscientemente, pero no a la voluntad expresada en un documento de instrucciones previas que, conforme a lo establecido en el art. 11.3, no puede ser contraria a la *lex artis*. *A fortiori*, lo mismo hay que sostener respecto de la voluntad «presunta» y, a nuestro juicio, también del con-

sentimiento por representación. En situaciones de incapacidad, la citada Ley de 2002 reconoce en su art. 9.3. el consentimiento por representación, bajo determinados presupuestos, para actuar en el ámbito de la salud. El consentimiento corresponde en tales casos al representante legal o a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho¹¹². Pero tal consentimiento por representación, entendemos, no puede entrar en contradicción con la *lex artis*. Por otra parte, el art. 9.5. de la Ley establece que «la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a la dignidad personal...». La voluntad expresada por tales representantes, y que debería expresar la voluntad del paciente y ser conforme con su sistema de valores y actitud general ante la vida, como se nos dice desde el ámbito de la bioética lo que, por otra parte, es imposible en muchos casos, en particular en relación con recién nacidos, debe ser examinada cuidadosamente cuando se trata de suprimir o no instaurar un tratamiento. A juicio de Eser, corresponde al familiar a lo sumo una función de indicador de lo que el afectado hubiera considerado correcto..., si bien en el caso de recién nacidos cualquier manifestación sobre su voluntad de morir o vivir no sería más que pura especulación. De donde se deriva que no puede aceptarse sin reservas una representación para una decisión mortal¹¹³.

También aquí hay que proceder diferenciadamente:

Si la asistencia médica carece objetivamente de sentido, no existen posibilidades de recuperación, la muerte es inminente, concurren dolores insoportables..., entonces, la supresión o no iniciación del tratamiento constituye un acto médico, conforme con la *lex artis* y, como tal, atípico lo contrario podría constituir encarnizamiento terapéutico y atentado a la integridad moral¹¹⁴.

Pero si la intervención médica es capaz de mejorar la salud del paciente, la omisión del tratamiento puede dar lugar a un homicidio en comisión por omisión. Esta situación se presenta de forma especialmente dramática en relación con recién nacidos con múltiples y graves anomalías o enfermedades, una de cuyas alteraciones físicas, de no ser intervenida quirúrgicamente, llevaría inevitablemente a la muerte¹¹⁵.

No siempre puede establecerse con claridad en tales casos si la intervención es o no médicamente adecuada, por lo que hay que proceder diferenciadamente.

112. Vid. Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, pág. 17.

113. Sobre los problemas interpretativos que plantea este precepto, Domínguez Luelmo, Derecho sanitario y responsabilidad médica, *Lex Nova*, 2003, págs. 284 y ss.

114. Vid. Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.*, págs. 441 y s.

115. Acerca de si decae la posición de garantía ante la incapacidad de garantizar «una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo sólo retrasar la muerte» (Díez Ripollés), o porque no sea «exigible» la intervención (Silva Sánchez, si bien respecto de quien no quiere ser asistido), *vid. supra* y Díez Ripollés, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, *cit.* págs. 258 y s., el mismo, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, págs. 236 y s., y Silva Sánchez, La responsabilidad penal del médico por omisión, *La Ley*, núm. 1632, pág. 4.

En principio, si existen posibilidades de mantener con vida e incluso de una mejoría del paciente, el médico, en posición de garantía, está obligado a actuar sin que sea suficiente para que decaiga su posición de garantía la voluntad contraria a la intervención de familiares o personas vinculadas al paciente inconsciente, en su caso, los padres del recién nacido. El consentimiento por representación no es ilimitado, no es definitivamente vinculante¹¹⁶.

Pero hay situaciones extremas en que pudiera estar aconsejada en interés del paciente, en particular del recién nacido, la no intervención, situaciones en que el deber de intervención del médico se hallaría limitado: aquellos casos límite en que, de acuerdo con criterios médicos objetivos, la intervención puede mantener la vida pero en condiciones de absoluta incapacidad, de limitaciones extremas y de graves padecimientos¹¹⁷, supuestos en los que podría verse un consentimiento «hipotético»¹¹⁸ en todo caso, no verificable, y además la voluntad de los padres, tratándose de recién nacidos, es contraria a la intervención. Nos hallaríamos ante un genuino acto médico siempre que la omisión del tratamiento se decida en su caso, con la intervención de comités de ética o del juez en atención al mejor interés del paciente: pues los continuos progresos de la medicina, los avances técnicos, el aumento de medios a disposición de los profesionales sanitarios..., no pueden conducir a la situación paradójica de mantener con vida a personas a las que, por utilizar las palabras de Eser, la naturaleza habría trazado una «generosa salida»¹¹⁹ al hallarse en una situación extrema en que, presente un cuadro complejo y grave, bastaría la no intervención en relación con alguna de las múltiples malformaciones para que sobreviniera la muerte. Carecería de sentido invocar frente a tales sujetos incompetentes un paternalismo jurídico estatal débil. No habría tal paternalismo, toda vez que la intervención no iría en interés del paciente. Esta postura es conforme con los criterios médicos, expuestos más arriba¹²⁰, según los cuales sus-

penden o no instaurar tratamientos médicos inútiles constituye práctica médica correcta siendo decisiva la finalidad de prestar al paciente el mejor cuidado, siempre que se acepte que la «utilidad» de la intervención no se mide en abstracto sino, de acuerdo con la *lex artis*, en atención a las peculiaridades de cada caso particular.

5.1.2.1.3.2.2. Por lo que se refiere a la acción dirigida a mitigar el dolor que, al propio tiempo, acorta la vida eutanasia activa indirecta hay que proceder de forma semejante a lo expuesto respecto de la omisión. Será atípica la conducta del médico que sea conforme con la *lex artis* incluso si, en la situación concreta, no se cumple el requisito del art. 143.4 de la petición expresa, seria e inequívoca. Decisivo es que la acción se mueva dentro de la banda del riesgo permitido. Ha de tratarse de la intervención médica mínima para conseguir el fin de aliviar el dolor. Procede formular un juicio ponderado sobre la proporcionalidad, lo que presupone que no se cuente con medios menos agresivos para obtener el mismo fin. Con tales presupuestos, la anticipación de la muerte se puede presentar como probable e incluso como segura¹²¹. En ambos casos se tratará de una eutanasia activa indirecta.

En principio, el médico está obligado a proporcionar el adecuado tratamiento paliativo. La Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contempla la atención paliativa a enfermos terminales entre las prestaciones de atención primaria artículo 12 g. y las prestaciones de atención especializada artículo 13 f. Por otra parte, la Sociedad española de cuidados paliativos, en una Declaración sobre la eutanasia del año 2002 citada más arriba, señala que no hay objeciones éticas al empleo de altas dosis de analgésicos en el tratamiento del dolor de un paciente en situación terminal, aunque esto pueda suponer de manera indirecta un adelanto de la muerte, siendo decisivo que la medida esté indicada médicamente y se adopte en atención al interés del paciente. No instaurar el

116. Como en el caso examinado por Eser: el recién nacido presentaba múltiples malformaciones irreversibles junto a una oclusión intestinal que de no ser corregida quirúrgicamente le llevaría a la muerte, pero los padres negaron el consentimiento para la intervención; a solicitud de la clínica se obtuvo del Tribunal competente autorización para la operación quirúrgica, pero entonces niega el anestesista su asistencia más por razones ético jurídicas que médicas. *Vid.* Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.*, págs. 435 y s.

117. Destacando que, en caso de duda, cabe acudir a la autoridad judicial y al comité asistencial de ética del hospital, si lo hubiera, Romeo Malanda, Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamiento jurídico español), *cit.*, págs. 16 y s. Reclama la intervención judicial, Gómez Rivero, La responsabilidad penal del médico, *cit.*, pág. 559.

118. En este sentido, con descripción de las graves situaciones en las que puede omitirse el tratamiento médico con consentimiento de los padres, Romeo Malanda, Responsabilidad penal por la omisión de tratamientos médicos a recién nacidos gravemente discapacitados (a la vez, una reflexión sobre el concepto de nacimiento en el ordenamiento jurídico español), *cit.*, págs. 17 y ss., especialmente, pág. 19.

119. En relación con el consentimiento hipotético, en la reciente jurisprudencia alemana, en las intervenciones médicas curativas cuando el paciente ha sido informado de manera errónea o incompleta, *vid.* el estudio crítico de Puppe, La justificación de la intervención médica curativa, trad. David Felip i Saborit, *InDret*, 403, enero, 2007. Sobre la «ficción propia de un juicio hipotético», Gómez Rivero, La responsabilidad penal del médico, *cit.*, págs. 178 y ss.

120. Eser, Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico, *cit.*, págs. 436.

121. *Vid. supra*, 3. Perspectiva (bio)ética.

adecuado tratamiento paliativo puede constituir incluso atentado a la integridad moral o a la integridad física¹²².

Es preciso examinar diferenciadamente las distintas situaciones que se pueden presentar.

Si el enfermo se opone al tratamiento paliativo que al propio tiempo supone un adelantamiento de la muerte, la voluntad libre, actual y expresada conscientemente es conformadora de la *lex artis* y, en consecuencia, el médico debe abstenerse de intervenir¹²³, pudiendo, en caso contrario, incurrir en responsabilidad penal a título de homicidio en comisión por omisión¹²⁴. El problema que cabe suscitar y, al igual que hemos visto en relación con la omisión, de difícil respuesta, es si hay un momento a partir del cual tal voluntad decae en su función configuradora de la *lex artis*, en situaciones extremas de dolor insostenible en que no proporcionar el adecuado tratamiento paliativo podría ser considerado objetivamente contrario a la ciencia y a la práctica médica. Damos por reproducidas aquí las consideraciones hechas en el apartado anterior a propósito de la omisión del tratamiento con la oposición del paciente.

Si el enfermo en peligro de muerte se halla inconsciente o es incapaz, será atípica la conducta del médico que, conforme a la *lex artis*, le proporcione el adecuado tratamiento paliativo aunque éste pueda suponer al propio tiempo de forma indirecta la anticipación de la muerte. Lo mismo hay que sostener, pensamos, en los supuestos de capacidad limitada de autodirección.

En su caso, la voluntad presunta o la voluntad por representación cumplen una función meramente informadora de la voluntad del paciente pero nunca conformadora de la *lex artis*. La voluntad presunta o la voluntad por representación no pueden entrar en contradicción con la *lex artis*. Ya señalamos a propósito de la omisión del tratamiento que lo previsto en el art. 11.3. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a tenor del cual no serán aplicables las instrucciones previas contrarias a la *lex artis*, hay que afirmarlo también respecto del consentimiento por representación y, en su caso, respecto del consentimiento presunto. Y también se puso de relieve a propósito de la omisión que, de acuerdo con el art. 9.5. de la men-

cionada Ley 41/2002, la prestación del consentimiento por representación ha de ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las circunstancias que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. Pues bien, al igual que sostuvimos entonces, también en la situación de eutanasia activa indirecta hay que estar a la *lex artis* al saber médico del momento y atender al mejor interés del paciente que, en supuestos de estado terminal y con dolores y padecimientos insostenibles, parece que será proporcionar el adecuado tratamiento paliativo.

5.1.2.2. ¿Justificación de la conducta? ¿Exclusión plena de la culpabilidad?

La cuestión de la justificación se debe examinar de forma diferenciada,

según que se parta de lo previsto en el art. 143.4 o de la actuación médica en situaciones límite sin que concurren los requisitos del art. 143.4.

A partir del art. 143.4 el problema de la eventual concurrencia de una causa de justificación sólo se plantea en la eutanasia activa directa, la única que ahí se incrimina. No compartimos la concepción diversificadora de la eutanasia pasiva que distingue los estados de inconsciencia irreversible en los que la desconexión sería omisión atípica y las situaciones de consciencia en los que la desconexión se considera conducta activa comprendida en el tipo del art. 143.4 y que, a lo sumo, podría estar amparada por una causa de justificación¹²⁵. Ambos supuestos constituyen, a nuestro juicio, tal como queda dicho, eutanasia pasiva, atípica si concurren los requisitos del art. 143.4. Por tanto, el problema de la justificación sólo se plantea en la eutanasia activa directa.

Sostiene Tomás-Valiente Lanuza que el art. 143.4 precluye la aplicación del estado de necesidad del art. 20.5 del Código Penal como causa de justificación. A su juicio, el art. 143.4 contiene una causa de justificación incompleta. El conflicto entre la vida y la autonomía de la voluntad se resuelve legislativamente acogiendo no una justificación plena sino incompleta. En consecuencia, la invocación del estado de necesidad como causa de justificación sería ir en contra de la decisión del legislador¹²⁶.

122. En sentido diverso, negando que la seguridad de que se va a producir el desenlace fatal sea compatible con el riesgo permitido, Gómez Tomillo, Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta, *cit.*, pág. 5.

123. *Vid.* en este sentido, Gimbernat Ordeig, El problema jurídico de la muerte y el dolor, *cit.*: el médico que se niega a aliviar los sufrimientos del enfermo terminal que pide que le aplique sedantes responderá por un delito de lesiones en comisión por omisión. Rechaza el delito de lesiones por omisión, Gómez Tomillo, Tratamientos paliativos e integridad moral en el contexto de la eutanasia activa indirecta, *cit.*, pág. 2.

124. Ya antes nos hemos referido a las bases de la autonomía del paciente contenidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

125. En sentido diferente, Gimbernat Ordeig, El problema jurídico de la muerte y el dolor, *cit.*, donde niega la responsabilidad penal del médico por entender que la eutanasia activa indirecta es en todo caso impune. Sin embargo, como ya señalamos antes, mediando la oposición del paciente no puede hablarse de eutanasia en el sentido del art. 143.4, sino en atención a las situaciones extremas, mencionadas en el texto, de actuación médica conforme a la *lex artis*.

126. *Vid.* lo indicado *supra* en nota 92.

Ante este razonamiento cabe oponer que la atenuación del injusto por la petición del enfermo se fundamenta no tanto en un genuino conflicto de intereses, entre vida y libertad, cuanto en la ausencia de interés del titular. Tal como hemos sostenido aquí, el art. 143.4 presenta un doble fundamento. Atenúa por razones de injusto, en atención a la petición expresa, seria e inequívoca. Y atenúa también por razones de culpabilidad en atención a la especial situación en que se halla el enfermo. Nada impide, en principio, que venga en consideración el estado de necesidad previsto en el art. 20. 4 toda vez que el art. 143. 4 no contiene, en rigor, un supuesto de estado de necesidad¹²⁷. Hipótesis en las que concurriera adicionalmente una situación de necesidad son imaginables conceptualmente y pueden concurrir, por ejemplo, en la actuación del médico en centros hospitalarios con escasez de recursos y presencia de enfermos con mejor pronóstico. Que el estado de necesidad deba ser caracterizado como excluyente de la culpabilidad, como pensamos, o como causa de justificación nos llevaría al debate sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad, cuya discusión no procede aquí.

Según queda dicho, se ha de examinar de forma diferenciada la conducta médica en los casos en que no concurren las características del art. 143.4. En principio tales conductas caracterizan el tipo del homicidio o del homicidio suicidio. También se señaló ya que la conducta omisiva o activa indirecta que se mueva dentro de la banda del riesgo permitido, esto es, la actuación conforme a la *lex artis*, es atípica. Por tanto, la eventual concurrencia de un estado de necesidad se planteará en la eutanasia activa directa y en aquellos supuestos de conducta omisiva o activa indirecta que no puedan ser considerados conformes con la *lex artis*.

En los casos de intervención médica activa indirecta u omisiva con la oposición del paciente en los que, según lo dicho anteriormente, es difícil fundamentar la conformidad con la *lex artis* y, por tanto, la atipicidad, no hay inconveniente en suscitar, en su caso, el estado de necesidad¹²⁸. Así mismo no parece que haya inconveniente en suscitar la eventual concurrencia del estado de necesidad en los supuestos antes mencionados de inconsciencia, de incapacidad, de recién nacidos con malformaciones..., en los que la acción se halla en el «límite» de la conducta médica conforme con la *lex artis* y es, por tanto, típica pero concurren adicionalmente los requisitos del estado de necesidad.

Más difícil es su aceptación en la eutanasia activa directa toda vez que pugna con la ética médica la realización de una conducta activa dirigida a causar la muerte. Pero jurídicamente no hay inconveniente en aceptar que, afirmada la tipicidad de la acción, pueda sin embargo concurrir un estado de necesidad. Pensamos en situaciones límite de enfermedad terminal, inconsciencia, incapacidad..., padecimiento de dolores insoportables..., en las que adicionalmente concurre un genuino conflicto de intereses.

5.2. Perspectiva de lege ferenda.

El art. 143.4 resuelve de forma técnicamente defectuosa, como queda dicho, la atipicidad de la eutanasia activa indirecta y de la eutanasia omisiva; por otra parte incrimina, mediante un tipo atenuado, la eutanasia activa directa y la cooperación necesaria mediando un contexto eutanásico. Es dudoso que en tales supuestos deba proceder sólo la atenuación de la pena. Se trata ahora de examinar críticamente esta decisión legislativa¹²⁹.

Entre las distintas clases de eutanasia hay sutiles transiciones valorativas. No puede trazarse entre ellas cortes radicales¹³⁰.

La caracterización de la eutanasia pasiva como eutanasia omisiva o como eutanasia activa depende en último término de consideraciones valorativas. Fácticamente, la eutanasia pasiva participa del comportamiento activo la desconexión del paciente de los instrumentos técnicos de apoyo, pero valorativamente es decisiva la omisión, esto es, la no continuación de la asistencia o tratamiento.

Los límites entre la eutanasia activa directa y la indirecta son así mismo fluidos. En la eutanasia activa indirecta la acción ha de dirigirse objetivamente o mitigar el dolor con los medios menos lesivos, menos agresivos. Esto requiere un juicio ponderado sobre los medios disponibles y, en los supuestos de actuación médica, la intervención médica mínima para conseguir el fin de aliviar el dolor. Presentes estos requisitos, la anticipación de la muerte, incluso si se muestra como muy probable o como segura, sería un efecto indirecto de la acción, por lo que estaríamos ante una eutanasia activa indirecta atípica. Pero si se contara con medios menos agresivos de manera que la atenuación del dolor pudiera obtenerse sin el efecto adicional de la anticipación de la muerte el llamado doble efecto, la acción no sería razonable o adecuada a la vista del fin pre-

127. Tomás-Valiente Lanuza, La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art.143), *cit.*, págs. 104 y ss.

128. Ampliamente sobre la discusión en la doctrina actual, Lorenzo Salgado, Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal, *cit.*, págs. 207 y ss.

129. Acepta que la conducta del médico pueda resultar excepcionalmente justificada a partir de un conflicto de intereses o una colisión de deberes cuando concurre la oposición del paciente, o en situaciones de inconsciencia (estado vegetativo persistente, neonatos), Díez Ripollés, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, I, *cit.*, pág. 237 y 240 y s.

130. Las consideraciones que siguen van referidas a la eutanasia activa directa pero son de aplicación también a la cooperación necesaria mediando un contexto eutanásico, incriminada en el art. 143.4. Acerca de la intensa discusión actual sobre la eutanasia activa directa en Alemania, Lindner, Grundrechtsfragen aktiver Sterbehilfe, JZ/8/2006, págs. 373 y ss.

tendido, no sería conforme con la *lex artis*, y constituiría eutanasia activa directa típica.

Por otra parte, la frontera entre la eutanasia activa directa y la eutanasia pasiva es, desde un punto de vista valorativo, difusa. Moralmente no hay razones para valorar de forma diferente la conducta de quien suministra una sobredosis de morfina y la conducta de quien causa la muerte desconectando un aparato o interrumpiendo la alimentación artificial, lo que puede ser incluso más doloroso para el paciente¹³¹. Jurídicamente, cabría preguntarse por las razones del privilegio del tipo atenuado del art. 143.4¹³² y si se puede profundizar en tales razones hasta el punto de no sólo atenuar sino excluir la responsabilidad, bajo determinados presupuestos, concurriendo un genuino contexto eutanásico.

Al igual que hoy se acepta de forma mayoritaria que no hay razón para que la supresión o desconexión del aparato de respiración asistida se someta a criterios distintos de la supresión del suministro de medicamentos, cabría preguntarse si no se hace necesario dar un paso más y someter al mismo criterio la conducta activa directa, como suministrar una sobredosis de morfina, concurriendo la irreversibilidad de la enfermedad, los padecimientos insoportables, el consentimiento del enfermo..., siendo así que ello puede, incluso, conducir a una muerte menos dolorosa que la que podría producirse a través de la desconexión del aparato de ventilación asistida. Desde la perspectiva constitucional examinada más arriba, ello se fundamentaría no en la disponibilidad sobre la vida sino en la intelección del derecho a la vida a la luz de la **dignidad** de la persona. Puede ser conforme a la dignidad, entendida en los términos ya expuestos¹³³, ayudar hasta el punto de causar la muerte a quien lo solicita. La ayuda a la muerte sería, propiamente, una ayuda en la muerte. Ello no significa primar la calidad sobre la santidad de la vida pues, como se mostró en su momento¹³⁴, la confrontación entre estos dos principios tiende hoy a su superación: la «calidad» puede operar internamente al principio de santidad. Tampoco significa que la acción deba considerarse aprobada por el ordenamiento jurídico. Significa tan sólo que, ante la especial situación del enfermo, el auxilio ejecutivo a morir puede quedar fuera del derecho penal por razones, como vamos a ver, de culpabilidad. Es cierto que la escena en la que tal conducta activa y directa fuera llevada a cabo puede parecer en principio en contradicción con la dignidad. Pero si concurre irreversibilidad de la en-

fermedad, dolores insoportables, consentimiento del enfermo... tal contradicción desaparece y el auxilio a morir puede ser considerado como afirmación de la dignidad. No se trata de afirmar la primacía de la dignidad sobre la vida sino de ver la vida a la luz de la dignidad.

La atenuación prevista en el art. 143.4 para la eutanasia activa directa se funda en la disminución del injusto y de la culpabilidad. El legislador no hace descansar la atenuación en los motivos piadosos o altruistas o compasivos o humanitarios que hayan podido impulsar a la acción.

El tipo se erige, en primer lugar, sobre el consentimiento, o mejor, sobre la petición expresa, seria e inequívoca a lo que se une la presencia de la enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. También en el auxilio ejecutivo al suicidio del art. 143.3 el llamado homicidio suicidio se atenúa la pena del homicidio en atención al consentimiento. El consentimiento disminuye el desvalor de acción.

En segundo lugar, en los supuestos de eutanasia activa directa inculcados en el art. 143.4, además de la disminución del injusto en atención a la petición del enfermo, concurre un plus adicional de atenuación. Este plus adicional de atenuación se funda en la menor culpabilidad que procede de la presencia de una enfermedad grave que conduciría necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Tales características típicas son en sentido técnico, dogmático, elementos objetivos de la culpabilidad, como queda dicho. Frente a las características objetivas que fundamentan una menor culpabilidad no cabe oponer objeciones a diferencia de lo que sucedería con las rechazables características objetivas que presumieran la mayor culpabilidad, toda vez que benefician al autor¹³⁵.

Entendemos que no hay inconveniente en aceptar también, en tales circunstancias, la exclusión plena de la culpabilidad y que elementos o características objetivas puedan conducir a la ausencia de tipo por razones de culpabilidad. Confluirían pues la disminución del injusto en atención al consentimiento como sucede en el homicidio suicidio y adicionalmente, en su caso, la ausencia de culpabilidad. En consecuencia, el consentimiento no lleva por sí mismo a la autorización de la acción pero, interactuando con un contexto eutanásico, puede conducir a la ausencia de tipo por razones de culpabilidad. Habría que definir con precisión el llamado contexto eutanásico y, en

131. Las «problemáticas» diferencias valorativas son puestas de relieve también en otros contextos legislativos. En relación con el derecho alemán en el que es delito el homicidio a petición pero no la cooperación al suicidio y, por tanto, no es castigado quien proporciona a la persona que no quiere vivir el veneno que ella misma se inyecta pero es punible quien pone directamente la inyección..., se pregunta Jakobs por qué el Derecho penal atiende a una diferencia tan pequeña y, a primera vista, tan poco importante, en Suicidio, eutanasia y derecho penal, trad. Muñoz Conde/García Álvarez, tirant lo blanch, 1999, pág. 25.

132. Ya hemos dicho que este es el criterio de H. Küng y que también Gafó se pregunta si está justificado dar valoraciones morales de signo contrario a situaciones graduables como las mencionadas, *vid. supra* nota 8.

133. *Vid. supra* 5.1.2.1.3.1.3.

134. *Vid. supra*, 4.4. Perspectiva constitucional.

135. *Vid. supra*, 2. Perspectiva teológica y religiosa.

todo caso, exigir una actuación *pietatis causa*, con exclusión de motivos espurios. En defecto de alguno de sus elementos, la culpabilidad no estaría plenamente excluida. Habría de mantenerse un tipo atenuado en atención a la graduable culpabilidad.

Problemático será en todo caso el tratamiento de la eutanasia activa directa en los supuestos de inconsciencia o incapacidad del enfermo que tampoco se ha manifestado previamente, de haberlo podido hacer, en un documento de instrucciones previas. Equiparar a la petición expresa, seria e inequívoca el consentimiento meramente presunto o por representación plantea problemas especiales en la eutanasia activa directa. Al examinar la situación legislativa actual hicimos referencia a la posible relevancia del consentimiento presunto o por representación en la eutanasia omisiva y en la eutanasia activa indirecta llevadas a cabo por un profesional sanitario conforme a la *lex artis*. Pero la conducta del médico dirigida directamente a causar la muerte del paciente que lo solicita en situación extrema o terminal y con graves padecimientos no se considera hoy conforme con la deontología médica¹³⁶. Menos aún, claro es, si sólo se contara con un consentimiento presunto o por representación. Esta cuestión debería ser

discutida de forma diferenciada sobre la base de que el problema no se resolvería en el ámbito de la *lex artis* sino en el de la culpabilidad. Como queda dicho, el consentimiento a lo sumo disminuye el injusto. La ausencia de tipo y el tipo atenuado hiperatenuado se fundamentarían en la ausencia o disminución de la culpabilidad en atención al contexto eutanásico.

Si concurre un genuino contexto eutanásico se deberían poder cerrar las puertas del Derecho penal. Al efecto decisivo debe ser no tanto la forma de comisión activa u omisiva cuanto los presupuestos y garantías a reclamar para que la conducta pueda ser realizada. Es decir, decisivo será fijar legislativamente el «contexto eutanásico», las garantías en la toma de decisión y realización de la conducta, y las situaciones que deban quedar fuera del privilegio. Ésta no es una tarea irrealizable ni introduce inseguridad jurídica¹³⁷ ni debe empañar el desarrollo, en todo caso preferible, de las terapias contra el dolor y del cuidado y atención de los enfermos terminales¹³⁸. Frente al peligro tantas veces denunciado de ruptura del dique o de pendiente resbaladiza, lo que procede es levantar un firme y seguro dique de contención.

136. Jescheck/Weigend, Tratado de Derecho Penal. Parte General, *cit.*, pág. 507.

137. *Vid. supra*, 3. Perspectiva (bio)ética, nota 30.

138. Por el contrario llama la atención sobre la inseguridad jurídica a la que conducen las propuestas doctrinales que pretenden legitimar la eutanasia activa directa, y sobre la ausencia de «soluciones concretas», Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, pág. 33. La crítica de Roxin se dirige a los autores que afirman la justificación del comportamiento en atención a criterios como la razonabilidad del deseo de morir o a la ponderación de intereses (*loc. cit.*, págs. 30 y ss.), lo que no se corresponde con la fundamentación que aquí hemos defendido en atención a la culpabilidad. Por otra parte, el propio Roxin defiende la exclusión de la pena del «homicidio a petición», tal como proponía el Proyecto Alternativo alemán: «el Tribunal...podrá excluir la pena cuando la muerte sirva para el cese de una grave situación de sufrimiento insostenible para el interesado que no pueda ser evitada o mitigada por ninguna otra medida», e incluso afirma la «exclusión de la responsabilidad» en casos extremos cuando el hecho se realiza por motivos de conciencia, Roxin, en Roxin/Mantovani/Barquín/Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, *cit.*, págs. 35 y s. Según esto, la postura de Roxin no difiere en último término de la defendida en el texto.