

UNIVERSIDAD DE LEÓN

**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Curso 2014/2015**

LA EUTANASIA Y EL

**DERECHO A MORIR CON
DIGNIDAD**

“The euthanasia and the right to die with dignity”

Realizado por la alumna Macarena Álvarez de Mon Giménez

Tutorizado por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| RESUMEN | 4 |
| ABSTRACT | 5 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| METODOLOGÍA | 9 |
| ABREVIATURAS | 11 |
| CAPÍTULO I: ¿DERECHO A LA VIDA O DEBER DE VIVIR? | 13 |
| 1. Análisis del artículo 15 de la Constitución Española | 13 |
| CAPÍTULO II: LA EUTANASIA, CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A MORIR | 17 |
| 1. Concepto global de eutanasia | 17 |
| 1.1 Clasificación de la eutanasia..... | 19 |
| 1.1.1 Eutanasia activa directa | 19 |
| 1.1.2 Eutanasia activa indirecta | 20 |
| 1.1.3 Eutanasia pasiva | 20 |
| 1.2 Supuestos excluidos del concepto de eutanasia..... | 21 |
| 1.3 Análisis histórico y antecedentes jurídico penales del derecho a morir | 24 |
| 1.3.1 Las Sietes Partidas de Alfonso X | 24 |
| 1.3.2 La Nueva y la Novísima Recopilación..... | 25 |
| 1.3.3 Evolución y reformas respecto a la eutanasia dentro de los códigos penales | 25 |
| 1.3.3.1 El Código Penal de 1822, los proyectos del Código Criminal de 1830, 1831 y 1834 y el Código Penal de 1848..... | 25 |
| 1.3.3.2 El Código Penal de 1850 y de 1870 | 27 |
| 1.3.3.3 El Código Penal de 1928 | 27 |
| 1.3.3.4 El Código Penal de 1932 | 29 |
| 1.3.3.5 Del Código Penal de 1944 al texto renovado de 1973 | 29 |
| 1.3.3.6 El Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta del Anteproyecto de 1983 y las reformas al Código Penal de 1983 y 1989 | 31 |
| 1.3.3.7 Del Proyecto de Código Penal de 1922 al Código Penal de 1995..... | 31 |

| | |
|--|------------|
| 2. La no punición de la activa indirecta y de la pasiva. La discusión sobre la legalización de la eutanasia activa directa..... | 33 |
| 2.1 Eutanasia activa indirecta | 33 |
| 2.2 Eutanasia pasiva | 36 |
| 2.3 Posturas doctrinales sobre la legalización de la eutanasia activa directa | 38 |
| 3. El paternalismo estatal..... | 40 |
| 3.1 Rasgos principales del paternalismo..... | 42 |
| 3.2 Clases de paternalismo | 43 |
| 3.2.1 Fuerte y débil | 43 |
| 3.2.2 Directo e indirecto | 44 |
| 3.3 Justificaciones del paternalismo | 44 |
| 3.4 Fundamentos no paternalistas..... | 48 |
| 4. Otras figuras: cooperación al suicidio, homicidio consentido y eutanasia. Requisitos de la atenuación de esta figura..... | 51 |
| 4.1 Homicidio consentido y cooperación ejecutiva al suicidio | 51 |
| 4.2 Diferencias de estas figuras con la eutanasia..... | 52 |
| 4.3 Requisitos para la atenuación de la eutanasia activa directa | 55 |
| 4.3.1 Requisitos relativos a la petición del enfermo..... | 55 |
| 4.3.1.1 Imposibilidad de realización de la petición | 60 |
| 4.3.1.1.1 La representación por medio de familiares y los “testamentos vitales” | 63 |
| 4.3.1.2 Menores de edad y sujetos con incapacidad..... | 68 |
| 4.3.2 Requisitos relativos a la enfermedad | 72 |
| 4.3.3 Requisitos relativos al sujeto activo | 77 |
| 5. Supuestos problemáticos en el contexto eutanásico..... | 78 |
| 5.1 El rechazo al tratamiento vital..... | 78 |
| 5.2 El “encarnizamiento terapéutico” | 79 |
| 5.3 La desconexión del reanimador..... | 81 |
| 5.4 El caso de los testigos de Jehová | 85 |
| 5.5 La huelga de hambre penitenciaria reivindicativa | 88 |
| CONCLUSIONES | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA | 98 |
| ANEXO I: JURISPRUDENCIA CITADA..... | 102 |

RESUMEN

Mi trabajo de fin de grado trata el tema de la eutanasia y todos los grandes problemas que abarca esta práctica. Podemos observar posturas doctrinales muy contrarias debido al bien jurídico que se encuentra en juego, la vida, y a los diferentes motivos ético-morales y religiosos de cada persona. En un primer capítulo se presentan las diferentes interpretaciones del art. 15 de la CE de las que dependen la imposición de un “deber de vivir” o de un verdadero derecho a la vida. En el capítulo segundo se desarrolla la eutanasia desde la moral y el derecho. Se concreta la definición de esta práctica y sus clasificaciones, destacando el debate sobre la posible despenalización de la eutanasia activa directa. Además, se analizan los principios de beneficencia y de autonomía, base del fenómeno del paternalismo estatal. A continuación, se estudian los requisitos de la eutanasia activa directa y si la no concurrencia de todos estos supone directamente la tipificación como un delito más grave. Por último, en base a casos reales, se analizan prácticas eutanásicas permitidas para poder conocer si estas son menos atentadoras contra las personas que aquellas tipificadas como delito, es decir, las referidas a la eutanasia activa directa.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia, vida, deber de vivir, derecho a la vida, paternalismo estatal, eutanasia activa directa.

ABSTRACT

My TFG attempts to deal with the euthanasia matter and all their large issues covered with his practice. It can be observed several controversial doctrinal stances due to the legal rights that takes into account the life and the different moral, ethic and religious reasons that each person can have. Basically, in the first chapter, the different interpretations of the art.15 of the CE are introduced, dealing about the imposition of “have to live” or the real right to live. In the second chapter, it carries out the euthanasia from moral and law. It specifies the definition of this practice and their classification, highlighting the debate about a possible decriminalization of the active euthanasia. Besides, the welfare and the autonomy principles are analyzed, being the base of the state paternalism’s phenomenon. Right after the active euthanasia requirements are listed and, if all this requirements do not occur, it supposes the tipification as a deep crime straightaway. Finally, based on real cases, it examines euthanasia practice allowed by law in order to know if these are less considered as an attack against people’s integrity than those categorized as a crime, that is, the ones referred to active direct euthanasia.

KEYWORDS: Euthanasia, life, have to live, right to live, state paternalism, active direct euthanasia.

INTRODUCCIÓN

Como aclaración previa, debido a la complejidad que caracteriza a esta materia, mi trabajo ha abarcado más cuestiones de las que finalmente he podido desarrollar, ya que por razones de regulación de los TFG, he tenido que recortar la extensión del mismo, y por ello alguna cuestión, como por ejemplo el capítulo dedicado al paternalismo estatal, ha quedado un poco aislado o ligeramente desubicado. A pesar de ello, mi tutor Miguel Díaz y García Conlledo me ha indicado que lo mantenga por su interés. No obstante, y por lo estudiado puedo establecer con plena convicción lo acertado del concepto griego descriptivo de la eutanasia como “BUENA MUERTE” que pretendo desarrollar a lo largo de esta exposición.

A pesar de que la eutanasia es un tema muy tratado y debatido, y múltiples autores establecen qué se entiende por este concepto, es indudable los grandes problemas que abarca la simple concreción de su definición debido a los bienes jurídicos que se encuentran en peligro y a la dificultad a la hora de valorar y ponderar cuál debe protegerse en cada supuesto. Además, la clasificación de determinados supuestos dentro de los tres tipos de eutanasia que están reconocidos en España, cuestión de vital importancia, ya que de esta clasificación dependerá su tratamiento o consideración penal, no resulta tarea fácil.

En primer lugar, debido a la complejidad que caracteriza la concreción de los límites de la regulación y despenalización de la eutanasia, que a lo largo de mi trabajo trataré, voy a concretar la definición de este vocablo. Además, haré referencia a los grandes avances que han tenido lugar a lo largo de los diferentes códigos penales españoles, abordando así un análisis histórico en el que haré hincapié en el problema del suicidio como antecedente y supuesto previo o colateral al tema de la eutanasia consentida, y su evolución desde su valoración negativa hasta hoy en día donde podremos observar un pensamiento mucho más humanista que tiene en cuenta otros factores a la hora de su tipificación. Una de las grandes discusiones doctrinales en torno a este tema es respecto a la disponibilidad o no de la propia vida como bien jurídico fundamental, por lo que me centraré en el análisis del art.15 de la CE y de su interpretación, así como en la dificultad a la hora de establecer un concepto de muerte, abarcando no solo el ligado a la concepción puramente biológica de la vida sino el que hace referencia a aquellos

casos en los que existe duda a la hora de determinar si ha tenido o no lugar el fallecimiento de la persona.

Otros de los temas tratados es el referente a los bienes jurídicos que se encuentran en juego, ya que a parte de la vida, como derecho fundamental constitucionalmente recogido en el art. 15, existe una colisión de derechos afectando así a tales como la dignidad de la persona, la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, la libertad... etc., entre otros. Trataré, por lo tanto, la tensión que existe entre los principios de beneficencia, de autonomía y de justicia, entrando así en el análisis de los fundamentos favorables del paternalismo estatal, así como de los no paternalistas. Otro de los derechos que incide en este debate es el referido a la libertad tanto ideológica, que se tiene muy en cuenta a la hora de analizar supuestos como las huelgas de hambre penitenciarias reivindicativas, como religiosa, ya que esta tiene una gran importancia sobre todo en los casos de rechazo a tratamientos médicos por motivos relacionados con las creencias de las personas, como puede ser el caso de los testigos de Jehová.

Será desarrollado el complejo deber del médico como garante y sus límites de actuación en supuestos donde se discute si el derecho a la vida en esos casos es merecedor de dicha protección, o si habría que ponderar a favor del derecho a la dignidad humana, y por lo tanto, no intervenir sin incurrir el médico en ningún tipo de responsabilidad, dentro de los límites establecidos.

Gran importancia tiene la diferenciación de la eutanasia, abarcando todas sus modalidades, del delito de cooperación al suicidio y homicidio consentido, ya que en un primer momento, en códigos penales anteriores, no existían tal separación. Abarcaré lo relativo a los requisitos exigidos para que nos encontremos ante un caso de eutanasia, centrando tal desarrollo sobre todo en el elemento de la petición del paciente, o en su caso, de terceras personas, y los casos en que dicho requisito, debido a la situación de la persona, no existe de manera expresa, así como los relativos a la enfermedad y al sujeto activo.

Respecto a la conducta de la modalidad de la eutanasia activa directa, que sí está tipificada en nuestro CP de 1995, existe una discusión doctrinal acerca de qué se entiende por omisión y por acción, la cual desarrollaré basándome en las diferentes

posturas doctrinales. Esta problemática se centra en los supuestos de desconexión del aparato que artificialmente mantiene con vida al paciente, y por lo tanto, se debate si la misma supone una omisión, o si por el contrario, estaríamos ante un supuesto de eutanasia activa. Además, se da una discrepancia entre los que apoyan la despenalización de la eutanasia activa directa y los que están a favor de la simple atenuación de esta figura respecto a otras como el delito de cooperación necesaria o ejecutiva del art. 143.2 y 3 del CP. Como primer apartado, haré un breve estudio de la interpretación del art. 15 de la CE, que es el epicentro de toda la discusión, ya que según lo que se entienda de lo establecido en este precepto encontraremos diferentes posturas acerca de la disponibilidad de la vida, y de si tal derecho es asumido como una obligación, frente al Estado, o como un verdadero derecho.

METODOLOGÍA

La metodología de mi TFG se puede desarrollar en las siguientes fases:

1. En primer lugar, gracias a las recomendaciones y propuestas del tutor de este trabajo, Miguel DÍAZ Y GARÍA CONLLEDO, se ha elegido el presente tema debido a mi interés personal, la controversia social, su difícil tratamiento jurídico-penal, y en definitiva por ser una materia que afecta a cuestiones éticas de máxima relevancia que exige de manera directa y concreta que el Derecho, como conjunto de normas que regulan la conducta de la sociedad con criterios de justicia y certezas jurídicas, y que desarrolla mediante las oportunas leyes los principios reguladores de las relaciones sociales, tenga en cuenta los valores individuales y personales que estando siempre presentes en los actos humanos tienen mayor relevancia en los relacionados con esta materia.

En el presente trabajo se ha intentado, desde el punto de vista de la metodología científica, combinar, al estilo que propone el maestro alemán Claus ROXIN y con las indicaciones de mi tutor Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el análisis jurídico-penal dogmático con las consideraciones de política criminal del tema central que abarca esta exposición: la eutanasia.

2. En cuanto al material manejado, me he guiado, como fuente de información y referencia, de manuales generales y específicos (ya aludidos en el apartado bibliográfico) que tratan los delitos contra la vida de las personas, de jurisprudencia y de casos reales para que sea más sencillo entender los problemas que abarca esta práctica en relación con la discusión de su posible legalización completa o por el contrario, del mantenimiento de la penalización de alguna de sus modalidades. He procurado estudiar las diferentes opiniones de penalistas y así llevar a cabo una comparación entre las mismas en base a la cual yo he dado mi punto de vista. Las opiniones de estos autores abarcan casi la totalidad de las fuentes de referencia e información. Respecto de estas, se pueden diferenciar dos enfoques o escuelas: una más cercana a la interpretación jurídico literaria, y otra tendente a la concepción filosófico moral.

3. En la sistemática expositiva del trabajo se ha buscado reflejar la claridad que en esta materia, de por sí compleja, es imprescindible para su desarrollo y comprensión. Como primer punto, consideré importante analizar el art. 15 de la CE interpretando no solo su sentido literal, sino también el racional y finalista, e incluso sociológico. Como segundo paso, he intentado establecer un concepto global de lo que se entiende por eutanasia, tarea que aunque parezca sencilla, no lo es, sino bien al contrario resulta compleja por factores como las críticas sociales, la difícil delimitación con respecto a figuras criminológicas distintas, pero al mismo tiempo cercanas, y porque, al fin y al cabo, es una materia que afecta a la conciencia individual, moral y ética de las personas y del conjunto social al que pertenecen.

Una vez definido este concepto, se estructuran las diferentes modalidades de la misma catalogando aquellas que sí están permitidas en España sin ser responsable penalmente el tercero que coopera y aquellas que si están tipificadas. Del análisis de los conceptos que no se pueden considerar eutanásicos (excluidos) se desprende la claridad y racionalidad general de los mismos, pero con la excepción de uno de ellos que implica mayor complejidad de la que de primeras puede parecer, la denominada eugenesia económica.

A continuación, se desarrollan los antecedentes jurídico penales de la eutanasia, ya que es de vital importancia para la comprensión de este trabajo, y creo yo de cualquier otro, retroceder a épocas pasadas para poder observar la evolución de su regulación y entender así el pensamiento de una sociedad anterior a la nuestra. Solo conociendo el pasado se puede desde el presente mejorar el futuro.

El siguiente paso fue el más complejo, el referido a la discusión doctrinal sobre si es recomendable o no, o más bien justo, la despenalización de la eutanasia activa directa. Para ello, he comparado diferentes posturas doctrinales.

Otro de los puntos importantes de esta materia es el referente al paternalismo estatal donde lo objetivo se contrapone con lo subjetivo.

Como quinto paso es tratada la figura de la eutanasia en comparación con otras acciones que atentan contra el bien jurídico protegido vida (delitos), y así se lleva a cabo un estudio de los requisitos para encontrarnos ante un supuesto eutanásico. Por último, se exponen una serie de casos que he considerado más controvertidos.

ABREVIATURAS

| | |
|-------------|--|
| Adm. | Administración |
| AP | Audiencia Provincial |
| Art./ Arts. | Artículo/s |
| BOCG | Boletín Oficial de las Cortes Generales |
| CC | Código Civil Español |
| CE | Constitución Española |
| Coaut. | Coautores |
| Coord. | Coordinador |
| CP | Código Penal Español |
| CS | Corte Suprema |
| Dir. | Director |
| Ed. | Editorial |
| EEUU | Estados Unidos |
| EVP | Estado Vegetativo Persistente |
| LAP | 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 |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LGS | Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. |
| LTO | Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplantes de órganos |
| Núm./ Núms. | Número/s |
| PIDCP | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos |

| | |
|----------|---------------------------------------|
| Ob. cit. | Obra citada |
| pp. | Páginas |
| RD | Real Decreto |
| RP | Reglamento Penitenciario de 1996 |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| Ss. | Siguientes |
| ST | Sentencia |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TS | Tribunal Supremo |

CAPÍTULO I: ¿DERECHO A LA VIDA O DEBER DE VIVIR?

1. Análisis del artículo 15 de la Constitución Española

El art. 15 de la CE establece lo siguiente: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”¹. Respecto a este precepto surgen varias dudas, entre las que destacan las siguientes: si se trata de un derecho a la vida o de un “deber de vivir” implantado por el Estado a las personas, como titulares del mismo, y si el bien jurídico vida se puede considerar disponible, centrandose tal discusión en los contextos eutanásicos.

La vida es un derecho fundamental de toda persona reconocido por la propia CE en su art. 15. De tal reconocimiento, podemos extraer que, desde un concepto de vida humana como la propia existencia físico-biológica del ser humano, este derecho no es susceptible de valoraciones normativas o sociales que impongan qué se considera vida humana y qué no lo es, ya que como dice Mendes de Carvalho “la mera existencia físico-biológica determina, de por sí, la presencia de este derecho”². El reconocimiento de este derecho a la vida desde una concepción meramente biológica no quiere decir que el legislador no pueda establecer un alcance diverso al ámbito de protección que merece este bien, ya que principalmente no existen derechos absolutos, y además, esto queda demostrado cuando el propio ordenamiento jurídico castiga con menor gravedad aquellos ataques contra la vida humana dependiente, o por ejemplo, con el simple reconocimiento de la legítima defensa como causa de justificación de los ataques contra vidas ajenas. Bajo Fernández manifestó, acerca de esta concepción físico-biológica, “que no pasa de ser una firme declaración de principios para evitar los abusos del Estado hacia la vida humana, admitiéndose contenidos valorativos en los supuestos extremos”³. Gómez Pavón, en referencia a que el derecho a la vida también tiene

¹ Constitución Española de 1978.

² MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art.143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Ed. Comares, 2009, pp. 128. ISBN 978-84-9836-618-1.

³ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal: parte especial: delitos contra las personas*, 2ª edición. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 5. ISBN 84-80004-002-5.

límites, trata el argumento de la tesis de la calidad de vida, la cual posibilita el debate político legislativo sobre la eutanasia. Opina que entender la vida como la tenencia de unas características bio-fisiológicas y admitir, además, que la misma puede atravesar diversas fases con unas características biológicas distintas que pueden ser valoradas ética y jurídicamente de forma diferenciada no supone una desprotección de este bien jurídico⁴.

Conseguir extraer a qué se quiere referir el art. 15 de la CE al establecer “todos tienen derecho a la vida” es una cuestión más que fundamental en el debate que engloba todo lo referido a la eutanasia. La interpretación del mismo suscita la discusión sobre un posible “deber de vivir”, entendida la vida como una obligación, o un derecho a vivir, que incluya implícitamente un posible “derecho a la muerte”. Del mencionado precepto podemos extraer dos clases de deberes para el Estado: por una parte, el respeto a la vida humana, y por otro, su protección frente a ataques homicidas de otros particulares. Concluir que dicha protección alcanza también a los ataques que uno mismo realiza sobre su vida supondría consagrar una especie de “deber de vivir”, por lo que si se tomase esta postura como la correcta se estaría implantando la penalización del suicidio⁵.

El contenido del mencionado artículo ha sido objeto de diferentes interpretaciones en relación a la disponibilidad de la vida. El problema fundamental está en establecer si el reconocimiento de esa disponibilidad es contraria o no a los preceptos constitucionales. La legalización de esta posible característica para el propio titular está más que asentada, puesto que sino el suicidio sería un acto punible. El problema está en establecer si terceras personas pueden disponer de la vida de los demás, siempre centrando tal estudio en contextos eutanásicos. La primera postura doctrinal defiende que el Estado debe proteger la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o morir que tenga esa persona, y por ello, para este sector, el reconocimiento de este derecho en la CE no supone la facultad de disposición por parte del titular respecto de su propia vida de forma que pueda consentir válidamente su muerte. Un segundo grupo

⁴ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3ª edición. Hospitalet de Llobregat: Ed. Bosch, 2010, pp. 19. ISBN 978-84-9790-961-7

⁵ GÓMEZ PAVÓN afirma que ni el art. 15, ni el resto del texto constitucional permiten tal conclusión que, además, llevaría de forma necesaria, a considerar punible cualquier clase de eutanasia, puesto que se parte, no del derecho a la vida que, como la mayoría de ellos puede ser renunciable por su titular, sino del deber de vivir. En: *Tratamientos médicos...* ob. cit.; pp. 21.

doctrinal, según Núñez Paz, considerado intermedio, opinan que dicho artículo no lleva implícito que la protección de este bien tenga que ser absoluta, y que por el contrario, el carácter disponible o renunciabile del derecho a la vida está unido al valor fundamental de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, por lo que al estar estos dos valores reconocidos constitucionalmente (art. 10 CE), esto supone la consiguiente verificación del carácter renunciabile por el propio titular de ese bien jurídico⁶. Una posición más radical sitúa el derecho al libre desarrollo de la personalidad o de la dignidad humana en la cúspide del ordenamiento jurídico. Por ello, cuando se habla de derecho a la vida para este sector solo la vida compatible con la libertad es objeto de reconocimiento constitucional. Con este pensamiento se estima que la despenalización de las conductas del art. 143 del CP no sería inconstitucional. En esta línea, Queralt Jiménez manifiesta que, debido a la primacía de la libertad y de la dignidad de las personas, que defiende sobre cualquier otra consideración jurídica, la antijuricidad de la conducta del tercero sobre la vida de la víctima, a petición de esta, debe quedar desplazada⁷.

Personalmente estoy más de acuerdo con la crítica que lleva a cabo Zugaldía Espinar que opina que la cuestión no está en decidir jerárquicamente si el derecho a la vida está por encima del derecho a la libertad o viceversa, sino en decidir si la vida es un bien jurídico del que se pueda disponer libremente. A opinión de este autor, teniendo en cuenta que el suicidio es un hecho atípico para la legislación española, no puede haber discusión, ya que a nadie se le puede obligar a vivir en contra de su voluntad⁸.

El propio art. 10.1 de la CE sirve como fundamento para la defensa de la disponibilidad de la vida y del propio cuerpo, ya que si estos derechos suponen el fundamento del

⁶ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte: el derecho a morir con dignidad*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 213-214. ISBN 8430943919.

⁷ QUERALT JIMÉNEZ optó porque la solución pudiese venir de la mano del conflicto de deberes, o sea entre el deber de respetar una vida y el de respetar la libertad, manifestando que “parece qe la vida deja de tener valor para su titular cuando considera que se le hace imposible vivir”. En: QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. *Derecho penal español: parte especial, 5ª ed.* Barcelona: Ed. Atelier, 2008, pp. 34. ISBN 978-84-96758-34-6

⁸ Según ZULGADÍA ESPINAR, del mandato establecido en la CE no se puede deducir necesariamente un mandato que obligue a la protección de la vida cuando es el titular quien rechaza la misma, pero tampoco lo contrario, es decir, la desaparición del precepto inculpativo. “El homicidio y sus formas”. En: José Miguel ZULGADÍA ESPINAR (dir.)/ Elena B. Marín de Espinosa Ceballos. *Derecho penal: parte especial: un estudio a través del sistema de casos resueltos, T. I, Delitos contra las personas: Libro II, Tit. I A XII CP*. 3ª edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp. 19-68. ISBN 978-84-9004-385-1.

orden político y de la paz social, no se puede entender la no disponibilidad de la vida⁹. Es decir, ese reconocimiento de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad conlleva a su vez el reconocimiento de una esfera donde debe comprenderse la libertad a disponer sobre el propio cuerpo. Además, me parece injusto que, siendo el suicidio un acto no punible, y por lo tanto, afirmando así la disponibilidad de la propia vida, no lo sea así para terceros que ayudan a otra persona a morir cuando cumple los requisitos de un supuesto eutanásico (activo directo). Es decir, para mí este último caso sigue tratándose de un supuesto de disponibilidad de la propia vida aunque sea ejecutada por un tercero, porque en muchas ocasiones si los actos para conseguir la muerte de esa persona son realizados por una persona distinta al titular de ese bien jurídico también se debe a la imposibilidad de causarse la muerte el mismo, imagínese una persona tetraplégica.

A continuación, me centraré en establecer qué se entiende por eutanasia, englobando una definición de cada una de las modalidades, y por el contrario, qué supuestos están excluidos de dicha definición.

⁹ El art. 10 de la CE señala “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

CAPÍTULO II: LA EUTANASIA, CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A MORIR

1. Concepto global de eutanasia

Como expliqué en la introducción, el catálogo de definiciones posibles de eutanasia es muy extenso. El concepto de eutanasia deriva de dos voces griegas; *eu*, que literalmente en griego significa <<bien>>, y *thanatos*, que quiere decir <<muerte>>. Por lo tanto, se refiere a la buena muerte, sin dolor ni sufrimiento¹⁰. Lo que sucede con esta definición es que resulta demasiado genérica puesto que no precisa sus modernos y diversos significados. El propio CP vigente en su art. 143.4 determina qué se tipifica como delito de eutanasia activa directa, única penada en España en la actualidad, estableciendo una atenuación respecto a las demás formas eutanásicas de participación de terceros en la muerte de otra persona¹¹.

En lo referido al vocablo eutanasia existen diferentes posturas acerca de qué se entiende por este concepto, más concretamente, qué pretende conseguirse mediante estos actos. En esta línea, Jiménez de Asúa acepta el término eutanasia más restringido y limitado que “consiste tan solo en la muerte tranquila y sin dolor, con fines liberadores de padecimientos intolerables y sin remedios, a petición del sujeto o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales”¹².

Serrano Ruiz-Calderón discrepa respecto a la definición dada por dos profesores de Filosofía del Derecho: Marcos del Cano que se refiere a la “acción u omisión que provoca la muerte de una forma indolora a quien, sufriendo una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos” y

¹⁰ Este concepto fue creado por el filósofo y canciller de Inglaterra, Sir Francis Bacon, refiriéndose a la eutanasia como la producción de la muerte de una persona para evitar sufrimientos físicos o psíquicos. Véase NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit; pp. 94.

¹¹ El art. 143.4 del CP establece “el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los núms 2 y 3 de este artículo”.

¹² JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*, 7ª ed. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1984, pp. 339. ISBN 9501402285.

Sánchez Jiménez que la define como “aquellas intervenciones, mediante acciones u omisiones, que en consideración a una persona, buscan causarle la muerte para evitar una situación de sufrimiento, bien a petición de este, bien al considerar que su vida carece de calidad mínima para que merezca el calificativo de digna”¹³. Para este autor este concepto se utiliza tanto para aspectos positivos como negativos, ya que por una parte se refiere a un ideal que resuelve los problemas finales del hombre, y por otro, para referirse a una amenaza precisamente en esos momentos finales¹⁴.

Por su parte, Díez Ripollés la considera en términos generales como un comportamiento que, de acuerdo con la voluntad o interés de otra persona que padece una lesión o enfermedad incurable, generalmente mortal, que le causa graves sufrimientos y afecta a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación o no aplazamiento de la muerte del afectado¹⁵.

La eutanasia en la actualidad no se refiere únicamente a los casos de pacientes terminales que quieren poner fin a sus sufrimientos a través de una muerte rápida e indolora, sino que también abarca hipótesis igualmente complejas, como las relativas a los recién nacidos con malformaciones congénitas, a los pacientes en estado vegetativo irreversible, pero no terminales, y a las víctimas de accidentes cuyos graves padecimientos les impiden causarse por sí mismas la propia muerte, entre otros¹⁶.

Para Díaz y García Conlledo, y Barber Burrusco el término eutanasia (buena muerte)

¹³ MARCOS DEL CANO, Ana M^a. *La eutanasia. Estudios filosófico-jurídico*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999, pp. 69. ISBN 8472487385/ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Enrique. *La eutanasia ante la moral y el derecho, con Prólogo de AE Pérez Luño*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, pp. 30. ISBN 9788447204373.

¹⁴ SERRANO RUIZ-CALDERÓN lo define como uno de los términos mas difíciles de determinar. En: SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *La eutanasia*, (1^a edición). Madrid: Internacionales Universitarias, 2007, pp. 88. ISBN 978-84-8469-207-2. Otros autores como QUINTANO RIPOLLÉS entienden la eutanasia como solamente “la que procura la muerte para evitar sufrimientos irremediables en la víctima que consiente y cuya vida no tenía posibilidad de salvación.” En: QUINTANO RIPOLLÉS Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal: infracciones contra las personas en su realidad física, Tomo I, Vol. I*. 2^a edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972, pp. 394. ISBN 9788471302656.

¹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Suicidio y homicidio consentido”. En: José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (dir.)/ Luis GRACIA MARTÍN (coautor.). *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1993, pp. 199-254. ISBN 84-8002-085-1. Por su parte, NÚÑEZ PAZ, coincidiendo con lo establecido por DÍEZ RIPOLLÉS, hace hincapié en que no debería dejar de considerarse la motivación humanitaria, junto a la petición del afectado, e incluso otros supuestos en los que esa petición no puede ser emitida por la víctima aunque sí suplida. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp.100.

¹⁶ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp.267.

está referido a los casos en que se da muerte a, o no se evita la muerte de un sujeto que sufre una enfermedad o un deterioro grave e incurable (o permanente) y, según una parte de las opiniones al respecto, conducentes a la muerte o, al menos, generadores de sufrimientos difíciles de soportar o una calidad de vida ínfima, existiendo, según algunos, consentimiento, y, según otros, petición libre y responsable de quien va a morir¹⁷.

1.1. Clasificación de la eutanasia

1.1.1. Eutanasia activa directa

Teniendo en cuenta las definiciones dadas por diferentes autores en el apartado anterior, se puede extraer la concurrencia de una serie de requisitos que se deben tener en cuenta para poder tipificar los hechos como un delito de eutanasia activa, penada y regulada en el art.143.4 del CP que establece: *“el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”*. Estos requisitos son: padecimiento de una enfermedad grave que conduzca necesariamente a la muerte o graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, que el sujeto pasivo solicite su muerte voluntariamente de forma expresa, seria e inequívoca y que el sujeto activo de manera activa realice actos necesarios y directos.

A continuación, mencionaré una serie de definiciones hechas por diferentes autores sobre la eutanasia activa indirecta y sobre la pasiva para así entender con más claridad, posteriormente, el porqué de la no punición de algunas y la penalización de la ya vista eutanasia activa directa.

¹⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / BARBER BURUSCO, S. “Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes”. En: Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ Soledad BARBER BURUSCO. *El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español. Una aproximación*. 2ª edición. Ed. Infojus: Sistema Argentino de Información Jurídica, pp.83-110. ISSN 2250-7558.

1.1.2. Eutanasia activa indirecta

Mendoza Buergo manifiesta que como eutanasia activa indirecta se califican aquellos actos del médico que están dirigidos a disminuir el dolor del paciente, y que tienen como efecto secundario un acortamiento de la vida de esa persona¹⁸. Es decir, lo que diferencia esta modalidad de eutanasia con la activa directa, y que es la causa por la que la primera no está prohibida penalmente, es el hecho de que en la eutanasia activa directa, el objetivo principal de esos actos es el fallecimiento de la persona enferma. Por su parte, Núñez Paz la define como la aplicación de analgésicos o lenitivos a una persona enferma próxima a la muerte patológica o traumática, que tiene como objetivo fundamental eliminar o atenuar los graves sufrimientos físicos, aunque esta primera acción tenga como segunda consecuencia la anticipación del momento de la muerte¹⁹.

Como se puede comprobar, ambos autores, al igual que la mayoría, coinciden en que el dolo principal de estos actos no es causarle la muerte a la persona enferma que la solicita, si no aliviar esos dolores asumiendo que mediante esas técnicas se adelanta el momento de fallecimiento del enfermo.

1.1.3. Eutanasia pasiva

En relación con la eutanasia pasiva, es definida por Núñez Paz como “la omisión del tratamiento en que se emplean medios que contribuyen a la prolongación de la vida del paciente cuando esta presenta ya un deterioro irreversible o una enfermedad incurable en fase terminal”²⁰. Gómez Pavón establece que mediante estos actos lo que se hace es dejar que la enfermedad transcurra sin ninguna intervención, es decir, que siga su curso natural, renunciando a alargar una existencia que ha llegado, irreversiblemente, a su final²¹. Por su parte, Álvarez Gálvez entiende dicha eutanasia como la omisión del sujeto activo a través de la cual se deja morir al sujeto pasivo.

¹⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas; Cuestiones éticas y jurídicas*, 1ª ed. Navarra: Ed. Aranzadi, 2010, pp. 398. ISBN 978-84-470-3404-8.

¹⁹ Veáse NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 139.

²⁰ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 105.

²¹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp.50. Otros autores como ÁLVAREZ GÁLVEZ entienden este tipo de eutanasia como la omisión del sujeto activo a través de la cual se deja morir al sujeto pasivo. En: ÁLVAREZ GÁLVEZ, / GARCÍA SAN MIGUEL, L. *La eutanasia voluntaria autónoma*. Madrid: Ed. Dykinson, 2002, pp. 68. ISBN 84-8155-940-7.

A diferencia de las dos anteriores, como bien coinciden estos tres autores, en la eutanasia pasiva la conducta consiste en no hacer nada, es decir, se puede decir que no hay ningún tipo de acto por parte del sujeto activo. La diferencia está en el verbo rector, ya que mientras que en este tipo se trata **de dejar morir** al sujeto pasivo, en la eutanasia activa directa **se da muerte** a esa persona que lo solicita. Es verdad que hay discusión sobre este “no hacer” en relación a la desconexión del aparato que mantiene a una persona con vida, pero este tema será tratado más adelante.

1.2. Supuestos excluidos del concepto de eutanasia

Las múltiples definiciones que se establecen sobre este tema tienen como consecuencia la gran problemática a la hora de establecer qué supuestos sí se consideran eutanásicos o por el contrario, aquellos que no son merecedores de esta atenuación, tratándose así de posible delitos de homicidio o asesinato. Esta no concreción de los requisitos de una manera más tajante puede provocar que ciertas circunstancias, que bajo ningún concepto pueden ser consideradas situaciones reguladas en el art. 143.4 del CP, y menos aún, calificadas como eutanasia pasiva o activa indirecta, se incluyan como tal.

En primer lugar, se analiza un supuesto excluido del concepto de eutanasia, pero que en la Alemania nazi si encontraba su justificación, la *eugenesis*: Cardona Torres define eugenesis como “la eliminación de individuos con deficiencias físicas o psíquicas con la finalidad de mejorar la raza”, calificándola como verdadero delito de homicidio o asesinato debido al móvil por el que se mueve y al menosprecio directo y general de la protección del bien jurídico vida, al igual que los supuestos de eugenesis económica, criminal y experimental. Esta autora define dichos supuestos de la siguiente manera: la “económica”, es decir, la eliminación de personas dependientes, ancianos, deficientes mentales... con la finalidad de evitar a la sociedad una carga económica en prestaciones sociales; la “criminal” que es la dirigida a personas socialmente peligrosas, y por último, la “experimental” que se trata de la provocación de muertes con una finalidad científico-experimental²².

La exclusión de estos tipos de actos tipificados como delitos de homicidio o asesinato no tiene lugar a dudas, ya que en todos ellos existe la ausencia del móvil humanitario y

²² CARDONA TORRES, Juan. *Derecho penal, parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. 1ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 2010, pp. 64. ISBN 978-84-9790-821-4.

piadoso de acabar con los sufrimientos inútiles y de balde de un ser humano, que sí concurre en aquellos supuestos de personas que se encuentra en situaciones irreversibles de enfermedad incurable y que tiene el deseo de morir, donde una prolongación de su estado de agonía supondría un grave perjuicio de la calidad de vida de la persona. El móvil en estos casos se relaciona con intereses que no encuentran ningún amparo legal. Como establece Núñez Paz, a pesar de que en estos supuestos la muerte se pueda llevar a cabo sin sufrimiento físico, esto no los incluye dentro de los supuestos de eutanasia, ya que principalmente falta la petición del interesado, y tampoco existe en todos los casos el padecimiento de una enfermedad o de dolores insoportables²³.

Especial consideración realiza Serrano Ruiz-Calderón respecto a la eutanasia y eugenesia. Es clara la distinción entre la eutanasia actual, de carácter humanitario, y la justificada en los años treinta en Alemania, la eugenésica. Esta era la totalitaria de la Alemania nazi. La discusión sobre la legalización de la eutanasia que tiene lugar hoy en día para nada tiene que ver con la eugenesia, ya que existe en la actualidad un unánime rechazo a la misma. Para desarrollar este supuesto es necesario retroceder a la época del Estado totalitario de la Alemania nazi, entre otros países, donde las instituciones eran manejadas con el objetivo final de la aniquilación de judíos y otras grupos étnicos considerados indeseables. Esta abolición del hombre tenía su justificación en la afirmación de la raza aria como la superior. La práctica de la eugenesia buscó fundamentarse en el argumento sentimental del bien del enfermo, lo que por una parte nos alerta sobre las diferencias entre propósito real y el argumento ideológico²⁴.

La referencia a la eugenesia económica tiene implícita más importancia de la que se puede pensar de primeras atendiendo a la definición dada por Cardona Torres. Existe un área de la medicina donde el peso económico va aumentando y donde, además, la

²³ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Ed. Tecnos, 1999, pp. 48. ISBN 8430933093.

²⁴ Se recomienda SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *La eutanasia...* ob. cit. Mucha importancia tuvo la obra de Binding y Hoche quienes establecieron tres supuestos en los que queda justificado la no continuidad de la existencia de vida: los que sufriendo una enfermedad o herida irremediable la solicitan, los idiotas y dementes incurables en los que la muerte no está presente en plazo breve, y los que al recuperar la consciencia demandarían dicha intervención para acabar con su vida. En: *Eutanasia y vida independiente: inconvenientes jurídicos y consecuencias sociales de la despenalización de la eutanasia*. 1ª edición. Madrid: Ed. Internacionales Universitarias, 2001, ISBN 8484690113.

presión se realiza sobre el conjunto de la población: el referido a las costosas atenciones de los enfermos terminales, a los tratamientos paliativos cuya rentabilidad económica desde una perspectiva productiva y social es inexistente. Es decir, en aquellos enfermos en los que sí existe una posibilidad de recuperación, aunque sea mínima, no hay ninguna limitación respecto a los recursos económicos, humanos ni terapéuticos, ya que en el caso de que no se interviniese cuando, además, dicha persona no ha manifestado su negativa a dicho tratamiento, supondría, desde mi punto de vista, un delito de homicidio o asesinato. Pero, ¿qué ocurre si dicho ciudadano es considerado incurable e irrecuperable, y, si además de dicha calificación, debido a la gran crisis que por ejemplo esta sufriendo España, existiese otra persona con posibilidades de curación y no tuviese plaza en el hospital por la gran demanda de personas enfermas en fase terminal? La respuesta no es nada fácil, porque de esta manera, la no intervención por parte del médico se justificaría en la ausencia total de esperanza de vida, aunque el enfermo no manifestase que no quiere seguir viviendo. Desde mi punto de vista, solo en estos casos de enfermos terminales, donde los recursos económicos son tan escasos que hacen necesario elegir el destino de estos entre esta persona y otra que sí tiene posibilidad de curación, pero esta es urgente, siempre y cuando la persona enferma, informada por el médico, dé su consentimiento se podría justificar esta eutanasia económica, pero también creo que la despenalización de esta eugenesia provocaría enormes riesgos respecto a muertes masivas en hospitales. Estoy haciendo referencia al estado de necesidad como eximente de responsabilidad criminal regulado en el art. 20.5º del CP²⁵. En estos casos que he explicado, el mal causado es menor que el mal que se está tratando de evitar mediante esa elección. Es decir, de esta manera, aunque siga siendo una solución pobre y no del todo justa, se evita que se puedan producir dos posibles muertes en vez de solo una, se salva una vida frente a otra que necesariamente iba a conducir a la muerte. A juicio de Mendes de Carvalho, el estado de necesidad podría constituir la vía más adecuada para controlar los eventuales riesgos que dicha despenalización podría conllevar para los intereses de terceros²⁶.

²⁵ El art. 20.5º del CP señala “están exentos de responsabilidad criminal: el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.

²⁶ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 318.

1.3. Análisis histórico y antecedentes jurídico penales del derecho a morir

El suicidio es algo diferente del homicidio consentido, pero junto a la eutanasia son cuestiones interrelacionadas. El suicidio, que hoy es impune, no lo fue en las legislaciones anteriores a la codificación, como se podrá deducir en este estudio de sus antecedentes históricos. Por ello, a continuación llevaré a cabo un breve desarrollo de la evolución de la eutanasia que ha sufrido grandes reformas a lo largo de la historia legislativa española²⁷.

1.3.1. Las Sietes Partidas de Alfonso X

En comparación con otras legislaciones europeas, en las Partidas, la pena para el suicidio en grado de tentativa era la confiscación de todos sus bienes a favor del Rey en aquellos supuestos en los que el móvil del suicida para acabar con su vida fuese el miedo a la pena que le correspondía o la vergüenza por la imposición de dicho castigo. Si el suicidio era consecuencia de la locura, dolor o enfermedad no se procedía a la medida anterior, sino que eran entregados sus bienes previamente a sus herederos en el caso de que el fallecido contase con estos sucesores. En todos los casos el cadáver del suicida que debiera ser condenado a muerte era colgado. Además, la Ley X del Título VIII de la Partida VII igualaba al homicidio la conducta de quien proporcionaba las armas o los objetos necesarios al suicida, siempre que este se encontrase en una situación pasional, grave enfermedad, embriagado o enajenado.

Podemos observar que ya desde el reinado de Alfonso X se tenía en cuenta la circunstancia de padecer una enfermedad por parte del suicida como atenuante, ya que no tenían la misma pena, siendo en el supuesto de que el suicida padeciese un trastorno mental, dolor o enfermedad, a mi parecer, menor. Por lo tanto, desde épocas muy lejanas se tenían en cuenta otras circunstancias a la hora de llevar a cabo la calificación jurídica. Además, se calificaban con mayor gravedad, hasta el punto de igualarlo al delito de homicidio, los actos de cooperación necesaria al suicidio. Podemos observar que en nuestro derecho penal se presencian características, aunque sean mínimas, del Derecho del siglo XIII.

²⁷ Para el desarrollo de los antecedentes jurídico penales de la eutanasia se ha utilizado como fuente principal, entre otras, de información y referencia: NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Historia del derecho a morir: análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*. Oviedo: Forum, 1999. ISBN 8487586384.

1.3.2. La Nueva y la Novísima Recopilación

Las Ordenanzas Reales de Castilla establecían la pena de confiscación en dos de sus leyes: la Ley 19, Título 19 del Libro VIII en la cual no existía ninguna excepción a esta medida, y aquella que tiene su origen en una Ley de Enrique III que pasó a la Nueva Recopilación y a la Novísima Recopilación (Libro XII, Título XXI, Ley 15), que solo procedía a dicho castigo cuando el suicida no tenía herederos descendientes.

Se puede observar un pequeño cambio con la Novísima Recopilación que supone la creación de una ley más moderna debido a que el suicidio, que en la actualidad es atípico, ya no se calificaba como tan grave puesto que tanto si el suicidio era consumado como si se quedaba en tentativa, en el caso de que la persona que lo llevaba a cabo tuviese a quien dejarle sus bienes en herencia, estos pasaban a ser propiedad de los herederos y no del Rey.

1.3.3. Evolución y reformas respecto a la eutanasia dentro de los códigos penales

1.3.3.1. El Código Penal de 1822, los proyectos del Código Criminal de 1830, 1831 y 1834 y el Código Penal de 1848

No había referencia alguna ni al suicidio intentado o consumado, ni a la participación en dicho acto en los CP de 1822, 1830 y 1831. Debido a esta falta de tipificación, la participación en el suicidio debía quedar impune, subsumiendo el delito de homicidio consentido en el tipo de homicidio simple o asesinato si concurrían las circunstancias agravatorias.

El Proyecto del Código Criminal de 1834 supuso un cambio respecto a los códigos anteriores. Este sancionaba con la pena de seis a ocho años de obras públicas el suicidio intentado. En relación con la participación de terceras personas en estos hechos, se acudía a la aplicación de las reglas generales estableciendo las dos terceras partes de la pena del suicidio frustrado a los cómplices y auxiliadores, y para el caso de suicidio consumado resulta dudoso, ya que no se establecía nada. En cuanto al delito de inducción al suicidio todavía no existía ningún tipo de regulación. Por último, respecto al homicidio consentido, que no era objeto de regulación, se aplicaba la misma regla que en el CP de 1822.

Tras este breve estudio de esta etapa, el Proyecto de 1834 supuso un gran avance en cuanto a la extensión de regulación del suicidio y a lo que su participación se refiere. A diferencia del CP actual, en este sí se castigaba el suicidio en grado de tentativa. Una característica de la regulación de esta época que me parece notoria es que se tipificaba los actos de participación en el suicidio ajeno con menor pena que para los autores de su propio suicidio intentado.

Los principales comentaristas del CP de 1848 justificaban la no punición de la conducta del suicida, aun cuando consideraban esta contraria a la razón y pecado contra la religión. En primer lugar, Pacheco no aprueba la punición del suicido, ya que pensaba que las penas serían siempre menores al mal que se impone a sí mismo, pero sí estaba a favor de la tipificación del auxilio al suicido, tanto necesario como ejecutivo. Respecto a la omisión del auxilio para evitar el suicidio, era partidario de su no punición²⁸. Por su parte, De Vizmanos y Álvarez coinciden con el autor anteriormente expuesto basando la no punición del suicidio, pero no estaban a favor de que esa no punición fuese aplicada a aquel que prestare el auxilio al suicida ni mucho menos al que llegase hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, considerándolo reo de homicidio. Vicente y Caravantes incluían la omisión en el auxilio al suicidio como una falta de omisión de socorro tipificada en el art. 486.2 del CP de 1848²⁹.

Este código establecía un cierto carácter atenuatorio del auxilio ejecutivo al suicidio respecto al delito de homicidio en sí, ya que este último era castigado con la pena de reclusión temporal de doce a veinte años, mientras que el auxilio ejecutivo al suicidio imponía una pena en su grado mínimo de doce a catorce años. Además, marca, a mi parecer, el inicio de la importancia de un punto de vista más subjetivo del Derecho, que tiene más en cuenta las razones que mueven a la persona a acabar con su propia vida, y no tanto, en comparación con otros códigos anteriores, cuestiones religiosas, la vida

²⁸ Manifiesta que “el que nada hace, quien se abstiene, no presta auxilio a ningún intento, aunque moralmente no obre bien, legalmente no podrá castigársele.” PACHECO, Joaquín. Capítulo. En: Joaquín PACHECO. *El código penal concordado y comentado: estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*. Madrid. Edisofer, 2000, pp. 35-36. ISBN 84-8949329-4. Al igual que PACHECO, DE VIZMANOS y ÁLVAREZ también son partidarios de la no punición del suicidio en base a tres razones: las pasiones son más fuertes que la autoridad de las leyes, la dificultad de elegir la pena y que la mayor parte tienen su causa en enfermedades cerebrales, en: NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Historia del derecho a morir: análisis histórico...* ob. cit., pp. 126.

²⁹ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, NUÑEZ PAZ. *Historia del derecho a morir: análisis histórico...* ob. cit., pp. 1269.

entendida solo como un ciclo biológico, el honor de la persona, entre otros muchas consideraciones.

1.3.3.2. El código penal de 1850 y de 1870

No existe modificación alguna en el CP de 1850.

El cambio mas notorio que introdujo el CP de 1870 en referencia al auxilio ejecutivo al suicidio fue la pérdida del carácter atenuatorio respecto del homicidio al equipararse las penas en ambos tipos delictivos. Este CP imponía la pena que le correspondía al cómplice de homicidio simple para el sujeto que ayudase a otro a quitarse la vida con previa petición, ya que no se le daba al requerido ningún derecho sobre la vida del requirente ni le libraba entonces de la responsabilidad penal. En el caso de que aquella llegase al punto de ejecutar el mismo la muerte del suicida la pena sería la correspondiente al homicidio. Es decir, la atenuación que se había conseguido con el CP de 1848 que castigaba en un grado mínimo el auxilio ejecutivo al suicidio desaparece, y pasa a igualarse al delito de homicidio con la pena anterior de doce a veinte años.

Comentaristas de la época como Groizard y Viada eran partidarios de la imputabilidad tanto del suicidio consumado en grado de tentativa como el delito frustrado de suicidio. Groizard consideraba como reo de homicidio a aquella persona que, tras la solicitud de otra para que le quitase la vida, ejecutaba tal petición, mientras que el auxilio al suicidio constituía un delito especial, ya que siendo el suicidio en nuestra legislación impune, tal acto habría de quedar impune. En el caso de que sí fuese punible consideraba que se debería hablarse de complicidad³⁰.

Algo que es importante destacar es que respecto a la persona que induce a otra a suicidarse no se hace todavía mención, más adelante como se podrá comprobar comienza a regularse este delito, exactamente en el CP de 1928.

1.3.3.3. El Código Penal de 1928

Se trata del primer Código que introduce, desde 1848, cambios sustanciales en la regulación jurídica respecto de la intervención de terceros en el suicidio. Se castigaba con la pena de prisión de cuatro a ocho años tanto la inducción como el auxilio al

³⁰ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Historia del derecho a morir...* ob. cit., pp. 132.

suicidio, mientras que para el auxilio ejecutivo esta era de seis a quince años. Al culpable de un delito de homicidio simple se le imponía una pena de prisión de ocho a veinte años. Por lo tanto, podemos observar que existe una atenuación del delito de cooperación ejecutiva al suicidio respecto al homicidio, teniéndose en cuenta el elemento de la petición de la víctima.

Este Código me parece muy importante en este estudio de los antecedentes jurídico-penales del tema de mi trabajo, ya que se le concedía la posibilidad a los Tribunales de imponer una pena inferior a los seis años de prisión cuando existiesen móviles piadosos en el sujeto activo junto a las condiciones personales y circunstanciales del hecho. Se le daba mucha importancia a la petición, puesto que sino concurriese tal elemento nos encontraríamos ante un homicidio, parricidio o asesinato en su caso. Además, se acaba con la laguna jurídica respecto a la figura de inducción al suicidio que contenía el Código anterior, ya que contiene la siguiente referencia: “el que indujere a otro para que se suicide.”

Respecto a muerte dada a los enfermos incurables, para Jiménez de Asúa el único criterio aceptable para declarar la impunidad es el móvil no egoísta que guía al homicida piadoso³¹. Distingue entre dos tipos de eutanasia: la “eutanasia médica” cuando un médico sabe que no puede sanar a su paciente le “cura” los dolores con una dosis de analgésicos y anestésicos que acaben produciéndole la muerte antes de lo previsto (la hoy conocida eutanasia pasiva) y la denominada “homicidio piadoso” que tiene lugar en las relaciones de un particular ligado al paciente por vínculos de familia y amor, y siempre que no haya un móvil egoísta, por ejemplo de recibir antes la herencia, está a favor del perdón judicial por parte del juez.

Con este Código se le permite a los jueces la posibilidad de atenuar considerablemente la pena, atendida la motivación del hecho y las circunstancias personales del agente. Es la primera vez que se tiene en cuenta la enfermedad del que solicita acabar con su vida, aparece entonces la figura de la eutanasia.

³¹ JIMÉNEZ DE ASÚA no cree que el móvil no egoísta tenga que ser una excusa absolutoria, sino que en los supuestos de la muerte dada por compasión al enfermo incurable y dolorido, consciente de su mal y de su estado que desea abreviar sus padecimientos debe ser resuelto con justicia y humanidad. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Libertad de amar y derecho a morir...* ob. cit., pp. 429.

1.3.3.4. El Código Penal de 1932

Este Código supuso un retroceso en los avances que se consiguieron con el anterior, ya que por una parte suprimía la facultad del juez para imponer una pena menor a las previstas con lo cual se puso fin a la regulación jurídico-penal de la eutanasia, y por otra, el delito de auxilio ejecutivo al suicidio perdía su carácter atenuatorio en relación al homicidio simple que se había conseguido con el CP del 1928. Se mantuvo la punición de la inducción al suicidio del art. 517 del anterior CP de 1928. Una característica que se mantuvo del Código anterior fue la punición de la inducción al suicidio³²

1.3.3.5. Del Código Penal de 1944 al texto renovado de 1973

Tanto los actos de simple complicidad como los de cooperación necesaria, además de la inducción al suicidio, eran equiparados en cuanto a su punición. El denominado auxilio ejecutivo era castigado con la misma pena que el homicidio simple. Según, Núñez Paz, este es el CP que más gravemente castigaba los citados comportamientos en relación con los Códigos precedentes. Se exige que la inducción sea directa, eficaz y fuese ejercitada sobre una persona determinada. En todos los códigos que anteriormente se han mencionado, es la primera vez que se exige una serie de requisitos respecto a cómo debe ser la inducción.

En esta época, se discutía, por parte de la doctrina, la posibilidad de la omisión simple o bien de la omisión impropia o comisión por omisión de este tipo de delitos de auxilio, y también, sobre el castigo de las formas imperfectas de ejecución siendo necesario según el art. 409 del CP la muerte del suicida para la consumación de todas las conductas tipificadas en el precepto citado³³.

Respecto al auxilio ejecutivo al suicidio, el art. 409.2 del CP de 1944 solo requería como elemento típico el consentimiento de la víctima. En mi opinión, de esta manera podría subsumirse en tal precepto muertes dadas a personas que sí consiente tal hecho, pero que aún así el móvil por el que actúa el autor no es humanitario. No existía un precepto específico sobre la regulación de los supuestos eutanásicos. En la doctrina

³² NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia...* ob. cit., pp. 362.

³³ Art. 409 del CP de 1944 establecía: “el que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor. Si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor”.

tradicional, Cuello Calón estimaba que para esta laguna jurídica respecto a contextos eutanásicos, esto podía encajar en un precepto del art. 409, el referido al auxilio prestado hasta el punto de ejecutar la muerte, ya que este no era sino un homicidio con consentimiento. Aunque establecía también dicho autor que se podría estimar las atenuantes de obrar por motivos altruista. Pero en ningún caso, admitía como eximente la justificación del ejercicio médico profesional³⁴. Para Cuello Calón la muerte eutanásica practicada sin la petición del paciente supondría la culpabilidad del médico por asesinato por la circunstancia de alevosía, debido a la situación del enfermo, y posible premeditación.

Cobo del Rosal, en contra del criterio para Cuello Calón correcto, sitúa la hipótesis de muerte eutanásica en el art. del 407 (delito de homicidio simple) aplicando después la atenuante de móviles altruistas del art. 9.7 del CP sin incurrir en incongruencias³⁵.

A mi parecer, la intención del legislador en estos momentos era negar todo valor a la petición de la víctima, ya que se igualaba la pena en el caso de homicidio. La doctrina tradicional dominante optaba por la impunidad de la actitud pasiva en contextos eutanásicos. En esta línea, autores como Quintano Ripollés refiriéndose a la ortotanasia, afirmaba la ausencia de un efectivo deber jurídico de prolongar la vida, la falta de intención de matar superada por la de no sobrevivir, y siempre que la muerte hubiera de producirse de todos modos y no determinada por la conducta del omitente³⁶. El concepto de eutanasia había evolucionado oscilando entre la prevalencia del móvil subjetivo de piedad y el objetivo del consentimiento, o bien conjugándose ambos. La doctrina había venido exigiendo que el consentimiento necesario para apreciar el último párrafo del art. 409 había de ser expreso y manifestado a través de una auténtica petición de la víctima³⁷.

³⁴ Según CUELLO CALÓN “el médico ejerce legítimamente su profesión cuando cura o alivia el sufrimiento, no cuando mata”. En: Miguel Ángel NUÑEZ PAZ. *Historia del derecho a morir...* ob. cit., pp. 152.

³⁵ “Resulta absolutamente absurdo calificar el homicidio piadoso como asesinato o parricidio, porque ello equivaldría a predicar de un mismo hecho que es más o menos reprochable a la vez, y no otra cosa se afirma cuando se intenta compatibilizar, por ejemplo, el parricidio con la atenuante de obrar por motivos altruistas de notoria importancia”. COBO DEL ROSAL. En: VIVES ANTÓN, T.S. (dir.)/ COBO DEL ROSAL, M. / BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal: parte especial*. 3ª edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1990, pp. 276. ISBN 84-8566-867-0.

³⁶ QUINTANO RIPOLLÉS Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal: infracciones contra las personas...* ob. cit., pp. 412.

³⁷ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Historia del derecho a morir...* ob. cit., pp. 159.

En cuanto a la eutanasia activa directa consentida estaba sin duda prohibida por el art. 409.2 de dicho código. No se le daba ninguna importancia a la petición, aunque sí podemos ver un tipo de atenuante teniendo en cuenta que si no se podría estar ante un posible asesinato o un parricidio que tenían penas muy elevadas. Se podría acudir, si acaso, a los estados emocionales de la circunstancia 8ª del artículo 9, o en caso extremos a la eximente incompleta del trastorno mental transitorio.

“Con todo, el criterio dominante consideró absolutamente insuficiente el recurso a las circunstancias atenuantes (eximentes incompletas, atenuantes pasionales o analógicas) para dar respuesta adecuadas a los problemas más controvertidos planteados particularmente por la eutanasia, especialmente la activa consentida. Se hacía, por todo ello, necesaria una reforma del art. 409 del CP de 1944”³⁸.

1.3.3.6. El Proyecto de Código Penal de 1980, la Propuesta del Anteproyecto de 1983 y las reformas al Código Penal de 1983 y 1989

El Proyecto del CP de 1980 propuso llevar a cabo una reforma del art. 409. El fin de la dictadura del general Franco en 1976 supuso para la legislación la necesidad de reforma para adecuarla al nuevo orden democrático y a la evolución social del momento.

El Proyecto publicado en el BOCG el 27 de enero de 1980, en su art. 160 imponía una pena de prisión de dos a cuatro años para los delitos de inducción y cooperación necesaria al suicidio, y la superior en grado cuando este auxilio fuese ejecutivo. Este Proyecto no fue aprobado, pero tuvo mucha incidencia en las posteriores Reformas de 1983 y 1989, ya que estas no incidieron en la participación en el suicidio ni en el homicidio consentido.

1.3.3.7. Del Proyecto de Código Penal de 1922 al Código Penal de 1995

Tuvo una gran importancia y papel el Grupo de Estudios de Política Criminal, que se manifestó a favor de la disponibilidad del derecho a la propia vida, basándose en que una interpretación a la luz del libre desarrollo de la personalidad de los arts. 10.1 y 15

³⁸ NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio consentido, eutanasia...* ob. cit., pp. 373.

de la CE de 1978 obligaba a aceptar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no podía merecer el calificativo de bien jurídico protegido. En junio de 1992 este Grupo presentó la Propuesta en la que se proponía modificar sustancialmente los arts. 408 y 409 del CP, edición revisada del 1973. La jurisprudencia dominante se inclinaba por la indisponibilidad de este bien jurídico y por la preeminencia de la vida frente a la libertad³⁹.

Torío López argumenta que la invocación al derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede legitimar la eutanasia activa⁴⁰. Algunos autores que sostenían la primacía del bien jurídico vida sobre la autonomía de la voluntad, admitieron la justificación de algunas conductas de eutanasia, que debían excluirse del ámbito de aplicación del art. 409.2 del CP entonces vigente⁴¹. Otro sector doctrinal estimaba que era necesaria una figura de homicidio consentido con una pena inferior al común, y además otros supuestos de eutanasia activa directa en los que se adelanta la muerte para evitar sufrimientos inútiles con un tipo más atenuado, incluso impunes según al arbitrio del Tribunal.

El Proyecto de 1994 establecía que la cooperación activa que conduzca necesariamente a la muerte de una persona a petición de esta, había de manifestarse mediante actos no solo necesarios, como determinaba el art. 149.4 del Proyecto de 1992, sino, además, directos. Por consiguiente, se despenalizaban los actos de eutanasia indirecta y por ello, la pasiva también. Respecto a las conductas de eutanasia de los arts. 149.4 y 143.3 de dichos Proyectos se permitía, para la mayoría de estos supuestos, la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por otras sanciones menos negativas como puede ser el arresto de fin de semana y la multa (art. 7º del Proyecto de CP de 1992 y de 1994). Estos proyectos supusieron un gran avance respecto de la vieja legislación anterior, no sólo por los grandes cambios en todo lo relativo a la participación de

³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis*. pp.47. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1988, núm. 1. ISSN 0211-2744.

⁴⁰ “Existente la prohibición de matar, la invocación a la libertad del hombre no posee virtualidad suficiente para erigirse en causa de justificación, menos todavía cabrá aludir al libre desarrollo de la personalidad, pues sería contradictorio hablar de éste cuando de lo que se trata realmente es de su extinción”. TORÍO LÓPEZ, Ángel. *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*. *Estudios Penales y Criminológicos XIV*. Santiago de Compostela: Cursos e Congresos nº 64 Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1991, pp. 240. ISBN 84-7191-731-9.

⁴¹ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal: parte especial...* ob. cit., , pp. 84-85.

terceras personas en acciones que tengan que ver con la vida, sino sobre todo porque se contemplaba por primera vez supuestos relativos a la eutanasia directa⁴².

2. La no punición de la activa indirecta y de la pasiva. La discusión sobre la legalización de la eutanasia activa directa

2.1. Eutanasia activa indirecta

Mendoza Buergo fundamenta la no punición de la eutanasia activa indirecta en que la conducta supone el ejercicio por el paciente de su derecho a la salud que se basa en el libre desarrollo de la personalidad⁴³. Lo que se defiende es que el paciente únicamente está ejerciendo su libertad, como en cualquier otro caso respecto de todos los tratamientos que tienen como objetivo paliar el dolor, solo que en estos supuestos, además, la vida de la persona acaba antes del tiempo que podría durar si se aplicase un tratamiento que le alargase la vida artificialmente.

Como bien dice Gómez Pavón, estamos ante una conducta atípica debido a que no se pone en peligro la vida o se atenta contra ella, entendiendo el atentar como la efectiva ejecución de la muerte⁴⁴. Desde mi punto de vista, lo que sí puede concebirse como una omisión del deber de socorro por parte del médico sería el hecho de que no actuase para lograr aliviar los dolores del enfermo, incurriendo así en tratos inhumanos y degradantes, incluso tortura, prohibidos por la propia CE.

Me parece muy esclarecedor el argumento que realiza Álvarez Gálvez que manifiesta que siempre que un mismo acto sea acorde con un deber moral, pero al mismo tiempo es contrario a otro deber del mismo tipo, será legal llevar a cabo tal acto siempre y cuando el fin principal del mismo sea el cumplimiento del primer deber y no la violación del segundo, y siempre que exista una proporción adecuada. Es decir, la conducta de, por ejemplo, darle calmantes para acabar con el dolor, no será atípica si teniendo dos efectos, uno bueno y otro malo, lo que se busca es el bueno, entendiendo bueno según criterios subjetivos del paciente o en su caso de terceras personas cuando

⁴² Tal reforma ha supuesto el primer paso para una adecuada regulación de los supuesto eutanásicos. Todo lo cual se corresponde con la reiterada y general demanda por parte de la doctrina científica de la necesidad de reforma de la legislación representada en el art. 409 del CP derogado. NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, título. *Historia del derecho a morir...* ob. cit., pp. 176.

⁴³ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Autonomía personal y decisiones médicas; Cuestiones éticas y jurídicas, 1ª edición*. Navarra: Aranzadi, 2010, pp. 308. ISBN 978-84-470-3404-8.

⁴⁴ GÓMEZ PAVÓN manifiesta que se trata de un auxilio *en* la muerte, no *a* la muerte. En: GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal...* ob. cit., pp. 33.

este no pueda manifestarse, aunque se conozca que se vaya a producirse el negativo. Todo esto siempre y cuando se cumplan todos los requisitos para encontrarnos ante un supuesto eutanásico. Este autor opina que la eutanasia indirecta y la directa son equivalentes, y merecen el mismo tipo de juicio moral debido a que desde el primer momento en el que el sujeto activo, sabiendo que necesariamente sucederá dicho resultado de muerte, aun así realiza tales actos, entonces conoce y quiere el resultado, es decir, causa intencionadamente⁴⁵.

Desde mi punto de vista, estoy a favor de esto último que opina Álvarez Gálvez cuando afirma que el sujeto activo quiere ese resultado, pero con ciertos matices. Opino que en ambas modalidades de eutanasia el sujeto activo sí quiere ese resultado, ya sea causándolo de forma directa o indirecta, pero en contextos eutanásicos esa muerte esta justificada por la situación personal del enfermo. Por ello, sí que es verdad que en ambas se causa intencionadamente, pero no porque el sujeto activo desee una muerte entendida como un acto de disposición de una vida ajena, como sucede en un homicidio, sino que lo que se desea es acabar con esos sufrimientos, aliviar el dolor, y la muerte es la única forma viable. Una cosa es querer vivir y otra hacerlo bajo cualquier condición, y esto es lo que tiene en cuenta dicho sujeto activo (siempre y cuando, repito, se cumplan los requisitos de la eutanasia).

Núñez Paz explica las diferentes posturas que existen sobre cuál es el fundamento jurídico sobre el que descansa la no punición de este tipo de eutanasia, ya que por lo general, no existe problema por parte de la doctrina en aceptar su licitud. Un sector doctrinal considera que esta impunidad se debe a la ausencia de imputación objetiva, ya que el peligro que se crea no es un riesgo no permitido. Se trata de una acción dirigida a evitar los dolores del paciente, no su fallecimiento. Otros autores aluden a la falta de tipo subjetivo, pero asumiendo a su vez la posibilidad de existencia de un dolo eventual dado los conocimientos del paciente sobre los efectos secundarios de ese suministro de medicamentos. Por último, otro sector doctrinal invoca el estado de necesidad del art. 20.5 del CP, argumentando que entre un conflicto entre el derecho a la vida y la dignidad de la persona debe resolverse a favor de esta última, teniendo en cuenta el

⁴⁵ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria...* ob. cit., pp. 85.

estado tan próximo a la muerte y los dolores insoportables del paciente⁴⁶. Además, hay que tener en cuenta que el derecho a la dignidad constitucionalmente reconocido puede entenderse que comprende el derecho a una muerte digna, por lo que a mi parecer, alargando el sufrimiento de estas personas, que no tienen ninguna esperanza de mejora, no se puede hablar de vida como tal, porque la vida en esas condiciones deja de ser vida propiamente dicha, siendo así un claro ejemplo de vulneración de dicho derecho fundamental.

Por otro lado, en un ámbito estrictamente médico-sanitario, hay que dejar claro una serie de supuestos en relación con la actuación de estos profesionales, que actúan en estos casos como sujetos activos⁴⁷:

- a) Si el paciente manifiesta que su voluntad es soportar esos dolores y rechazar los analgésicos, el deber del médico es respetar su voluntad, ya que en el caso contrario estaríamos ante un tratamiento médico arbitrario, y por lo tanto, sí estaría justificado su penalización, suponiendo así un delito de homicidio eutanásico por acción. Además, no se podría aplicar la atenuación del art. 143.4 por la ausencia de la petición expresa, seria e inequívoca del paciente. Este autor esta plenamente conforme con el sector de la doctrina que establece que la ausencia de los requisitos del art. 143.4 del CP impide que estemos en esta figura privilegiada.
- b) En el caso de que se aplique la sedación en contra de la voluntad del paciente y se cause la muerte del mismo, estaríamos ante un delito de homicidio imprudente del art. 142 CP.

⁴⁶ NÚÑEZ PAZ considera que “el ordenamiento jurídico no puede exigir en ningún caso al paciente un comportamiento sobrehumano y al médico la pasividad ante el dolor de ese paciente”. En: NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 141. En esta misma línea, VALLE MUÑIZ manifiesta bajo la vigencia del anterior código que “el ordenamiento jurídico no puede exigir del paciente un comportamiento sobrehumano, ni siquiera puede permitir el trato inhumano que supondría la negativa a un tratamiento mitigador del sufrimiento.” En: VALLE MUÑIZ, José Manuel. *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*. España: Cuadernos de Política Criminal, 1989, núm. 37, pp 182-183. ISSN 0210-4059.

⁴⁷ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 282. En la obra de esta autora es destacable el siguiente pensamiento: “el deber de paliar el dolor, como cualquier otro tipo de tratamiento médico, se subordina igualmente a una serie de normas de cuidado objetivo, relativas a la praxis médica, y tales normas se violan cuando el facultativo no las observa en la forma como suministra la sedación terminal, y no cuenta, además, con el consentimiento del enfermo o de sus representantes legales”.

De lo expuesto se puede concluir que no toda eutanasia activa indirecta queda automáticamente destipificada debido a la falta de los requisitos que caracterizan la misma.

2.2. Eutanasia pasiva

Puede consistir tanto en el no inicio de un tratamiento como en suspender uno que ya ha sido iniciado, y en donde existe discusión sobre si esto se puede calificar como tal. Como bien indica Gómez Pavón, la finalidad de este tipo de eutanasia no es terminar con la vida, sino no alargarla más allá de su final natural⁴⁸.

El problema principal de la eutanasia pasiva está en determinar qué se entiende por omisión y qué supuestos estarían calificados como acción⁴⁹. Hasta el año 1995, la doctrina consideraba bastante criticable la inexistencia de disposiciones en el CP que contemplasen una atenuación de la pena para las distintas formas de eutanasia, ya que estas no son idénticas, presentando muy diversas características. La doctrina mayoritaria estaba a favor de la despenalización de la eutanasia pasiva basándose en que en estos casos falta el dolo, la voluntad de la víctima de morir, por lo que no se podría hablar de delito de participación en el suicidio. Es decir, una cosa es que, debido a la situación en la que se encuentran estas personas donde vivir supone una agonía constante, la intención de los mismas sea la búsqueda de ese alivio y esto tenga como consecuencia final esa muerte, y otra muy distinta que su intención directa sea morir. Además, este sector argumentaba también, que no es lo mismo acción que omisión, dada la presencia del vocablo ejecutar en el propio art. 409 del anterior CP. El argumento estrella de dicha doctrina se basaba en que en estos casos es el propio paciente es que le solicita al sujeto activo la interrupción o no iniciación del tratamiento, asumiendo así la muerte, debido al futuro que le espera que es del todo menos esperanzador. La posición del médico, en un ámbito de eutanasia médica, estaría cancelada, ya que al hablar de un deber del médico, queda implícito que este esté condicionado a que dicha asistencia sea materialmente posible, y en estos supuestos no la es.

⁴⁸ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad...* ob. cit., pp. 50.

⁴⁹ Más adelante, en el apartado 5.3 del trabajo se desarrolla el debate sobre la calificación como acción u omisión de la práctica de desconectar el aparato que mantiene con vida a una persona artificialmente.

Pero, ¿dónde termina el deber facultativo de seguir con la terapia y empieza el deber de respetar la dignidad de la persona enferma y abstenerse de intervenir? Antes de la entrada en vigor del CP de 1995, ya había el consenso de que carecía de sentido el deber de continuar o iniciar un tratamiento que prolongaba sin sentido la vida de una persona, sin ninguna esperanza de mejora. La eutanasia pasiva por omisión de determinados procedimientos en la actualidad es atípica, ya que el médico no tiene la obligación de continuar o iniciar un determinado tratamiento vital en contra de la voluntad expresa del propio enfermo. El problema surge en una serie de supuestos que trataré más adelante.

De lo establecido en el art. 143.4 del CP, “el que cooperare o causare activamente con actos necesarios y directos”, podemos deducir directamente la atipicidad de esta modalidad pasiva. Es el propio término “activamente” el que excluye de dicha regulación los actos omisivos, es decir, los que caracterizan la eutanasia pasiva⁵⁰.

Existe una diferencia moralmente relevante entre matar y dejar morir, ya que mientras lo primero solo en caso muy excepcionales, como puede ser la legítima defensa, está permitida, lo segundo, a veces, no está prohibido moralmente. Este mismo autor nombra a Pollard quien manifestó que dentro de la definición de eutanasia pasiva se puede también de forma pasiva matar deliberadamente a una persona, “inducir deliberadamente a la muerte, mediante la supresión del tratamiento necesario para mantener la vida”⁵¹.

Por lo tanto, se entiende la eutanasia pasiva como aquella práctica que consiste en no aplicar o suspender aquellas medidas excepcionales en caso de enfermos irrecuperables o que necesariamente van a morir cuando estos lo solicitan. Como más adelante explico, la petición puede ser suplida por terceros, en cierto casos excepcionales. En conclusión, tanto la eutanasia pasiva como la activa indirecta no están prohibidas en España, por lo que la discusión principal gira en torno a la posible legalización de la activa directa, o

⁵⁰ Como establecen Barber Burusco, y Díaz y García Conlledo “conviene interpretar que con la introducción del adverbio “activamente” se ha querido excluir de este tipo el castigo de la eutanasia pasiva (en la cual han de incluirse también los supuestos de omisión por hacer) y abarcar los de eutanasia activa (en los que deberían incluirse posibles supuestos de comisión por omisión). DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ BARBER BURUSCO, Soledad. “Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes... ob. cit., pp. 110.

⁵¹ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria autónoma...* ob. cit., pp.69.

por el contrario, de la defensa de su simple atenuación frente a figuras como el homicidio consentido o cooperación en el suicidio del art.143.2 y 3 del CP.

2.3. Posturas doctrinales sobre la legalización de la eutanasia activa directa

En primer lugar, vamos a recordar el concepto de la eutanasia activa directa. El CP en su art. 143.4 establece que será autor de un delito de eutanasia activa directa aquel que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro por la petición expresa, seria e inequívoca de este cuando la víctima sufriera una enfermedad grave que llevase necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Respecto a los principales argumentos en contra de la permisión de esta eutanasia, Álvarez Gálvez diferencia cuatro posturas: un primer grupo sostiene que se trataría de una violación del derecho a la vida, y como titulares que somos del mismo, ni un tercero puede quitarnos la vida, ni nosotros mismos podemos autorizar o permitir que eso ocurra. Una segunda postura se basa en que, aunque pueda ser posible renunciar a la vida, la situación en la que se encuentra el sujeto pasivo hace de él un ser incapaz de tomar decisiones, puesto que en realidad su voluntad está viciada. Por ello, el deber del sujeto activo sería procurar su bien y respetar su vida, que es lo que en realidad, fuera de esa situación, pediría la persona enferma. Un tercer grupo hace referencia a las peligrosas consecuencias jurídicas, sociales y médicas que conllevaría. Nos encontramos ante los argumentos de la pendiente resbaladiza que desarrollo más adelante. Es decir, la legalización supondría abrir la puerta a abusos imprevisibles sobre la vida de los demás al admitir esta excepción en la participación de tercero en la vida de otras personas. Además, produciría un impacto social negativo, aumentando así el número de suicidios, hundiendo a la sociedad en la cultura de la muerte, como dijo en su momento Monge. Respecto a la consecuencias médicas, entendiendo que el sujeto activo fuese únicamente el profesional de la medicina, de esta manera se perdería la confianza depositada en la relación médico-paciente, puesto que aquellos se verían como unos perfectos “cirujanos-asesinos”. El último grupo opina que, antes que este tipo de modalidad, existen otras vías de actuación mucho más beneficiosas⁵².

⁵² Veáse ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria...* ob. cit., pp. 91-153.

Se ha establecido que uno de los requisitos dentro del tipo subjetivo para la tipicidad de la eutanasia sea que el dolo directo sea causar la muerte, y en esto precisamente se fundamenta la no punición de las dos modalidades permitidas de eutanasia, ya que en estas la intención es aliviar el dolor del enfermo primordialmente. Desde mi punto de vista, aunque en la eutanasia activa directa los actos realizados provocan directamente el fallecimiento de la persona, dicha muerte tiene su explicación también en esa voluntad de no alargar los sufrimientos del enfermo sin esperanza de mejora, por lo que la intención en las tres modalidades es la misma. Es más, también opino que muchas veces el dolor y malestar de la persona, y esa situación tan inhumana por la que está pasando se evita de una manera más rápida y sin menos sufrimiento mediante un acto activo y directo. En algunas ocasiones el suministro de fármacos que alivian el dolor del enfermo, como ejemplo de un acto de eutanasia activa indirecta, o la desconexión del ventilador como método de la eutanasia pasiva, las cuales no están prohibidas en España, dejan a las personas enfermas en un estado en el que cabe preguntarse: ¿qué es menos atentador contra la dignidad de una persona, esas conductas o, por ejemplo, el hecho de administrarle una inyección que provoque instantáneamente la muerte? No creo que la despenalización de una u otra eutanasia activa sea el hecho de que una directamente le cause ese fallecimiento y la otra de forma indirecta, ya que en muchos casos con la eutanasia activa directa se evita una prolongación de la agonía del paciente de forma más rápida y eficaz. Lo importante es en cada caso tener en cuenta la situación personal de cada paciente, y a partir de esto decidir con qué tratamiento se consigue no alargar esa situación de agonía y malestar, ya sea directa o indirectamente. Dependiendo de la persona y de su situación, en algunos casos, atenta más contra la dignidad de una persona el suministrarle unos fármacos que le alivian el dolor, pero le alargan una vida sin sentido que tarde o temprano va a terminar, que causarle la muerte mediante otros métodos más directos, siempre y cuando esa persona lo haya solicitado y se cumplan el resto de los requisitos de la eutanasia. Para entender mejor esta opinión véase el caso de la estadounidense Karen Ann Quinlan y la decisión del TS del Estado de Nueva Jersey: en 1975 Karen Ann Quinlan sufrió un paro cardíaco que le dejó en estado de coma. Inmediatamente fue conectada a la ventilación mecánica. Karen se encontraba en estado vegetativo persistente y su condición se deterioraba gradualmente, llegando a pesar 36 Kg. Solo se mantenía viva por la alimentación nasogástrica y por el apoyo del ventilador. Luego de varios meses, sus padres al observar el estado de su hija solicitaron la suspensión de la ventilación mecánica para que esta pudiese morir con dignidad.

Incluso explicaron que en alguna ocasión la propia Karen había manifestado que no quería vivir de esa manera en el supuesto de que en algún momento le pasase algo así. Ante la negativa de la desconexión de los medios que le mantenían con vida, los padres en 1976 llevaron su caso a la CS de New Jersey, que finalmente acogió la petición de los padres. Sin embargo, Karen continuó respirando de manera espontánea después del retiro del ventilador siendo alimentada mediante sonda nasogástrica por nueve años más. Finalmente, en 1985 falleció tras múltiples infecciones recurrentes⁵³.

3. El paternalismo estatal

En este apartado se hace referencia a dos principios fundamentales que son la base de la discusión sobre el fenómeno del paternalismo, el *principio de beneficencia* y el de *autonomía*, los cuales serán desarrollados en varias ocasiones a lo largo de la exposición. Estos dos principios engloban toda la discusión acerca de la legitimidad de la prohibición de la participación de terceros en actos que tengan que ver con la vida de otra persona, en concreto como objeto del trabajo, los referidos a contextos eutanásicos. Existe una tensión entre estos dos principios debido a que sirven como base y argumentación de las distintas posturas acerca de los principales problemas de la práctica médica actual. Estos integran la base argumentativa fundamental de la llamada Bioética, una ciencia reciente que nació como un intento de resolver los conflictos éticos resultantes de la rápida evolución llevada a cabo por las ciencias biomédicas en las última décadas.

El *principio de autonomía* es definido por Romeo Casabona como “el reconocimiento de la libre decisión individual sobre sus propios intereses siempre que no afecte a los intereses de un tercero, o en el respeto a la posibilidad de adopción por los sujetos de decisiones racionales no constreñidas”⁵⁴. Desde el ámbito de la medicina, supone la obligación por parte del profesional de tener en cuenta la voluntad e intereses del paciente como argumento principal a la hora de la toma de decisiones médicas. Es decir,

⁵³ Artículo sobre el caso Karen Ann Quinlan. FRANCISCO G. BASTERRA. *Falleció Karen Ann Quinlan, tras permanecer 10 años en estado de coma profundo*. Consultado el día 1/7/2015. En: http://elpais.com/diario/1985/06/13/sociedad/487461609_850215.html

⁵⁴ ROMEO CASABONA, Carlos M^a. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, 1994, pp.42. ISBN 84-8004-136-6.

se quieren evitar actos contrarios al pensamiento del enfermo basados en la posición de superioridad en la que se encuentra el médico frente al paciente en muchas ocasiones.

Por su parte, el *principio de beneficencia* busca autorizar actuaciones médicas contrarias al consentimiento del paciente justificadas en lo que se entiende desde un punto de vista objetivo como el “bien” del enfermo. En la práctica médica Mendes de Carvalho lo define como “la obligación moral de buscar el bien del paciente según este sea entendido por el propio actuante, y no por el enfermo”⁵⁵. Pero, ¿qué se entiende por el “bien” del paciente? El centro de la polémica está en que dicho concepto de “bien” puede ser diferente desde el punto de vista del enfermo, es decir, según sus convicciones subjetivas, que para terceros, desde un punto de vista objetivo y externo.

Entonces, ¿qué importancia tiene el paternalismo? El paternalismo supone la imposición por parte del Estado de lo que se debe entender por ese bien individual, por lo que entra en juego otro principio, el de *justicia*, que introduce en este “ambiente problemático” los valores y principios para evitar discriminaciones en materia de salud pública, por ejemplo, distribuyendo la cargas y recursos sanitarios entre las personas. Como modo de aclaración de estos tres principios, Gracia Guillén manifestó: “el enfermo actúa guiado por el principio moral de autonomía; el médico, por el de beneficencia, y la sociedad, por el de justicia”⁵⁶.

La delimitación de qué se entiende por paternalismo es una tarea muy complicada debido a la heterogeneidad que alberga este fenómeno. En conclusión, se puede definir en relación con los dos principios de la Bioética anteriormente explicados, como aquella práctica que, con el objetivo de causar algún bien o de evitar el sufrimiento de un mal por parte del enfermo, limita la autonomía de esa persona en contra de su voluntad o sin su consentimiento.

⁵⁵ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 5. Esta autora nombra a Beauchamp y a McCullough para explicar la relación tensa entre estos dos principios, manifestando que se presentan como “un conflicto generado entre los mejores intereses del paciente entendidos desde el punto de vista de la medicina y los mejores intereses del paciente entendidos desde el punto de vista del paciente”.

⁵⁶ GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de Bioética*. Madrid: Ed. Eudema, 1989, pp. 18-19. ISBN 84-7754-045-4.

3.1. Rasgos principales del paternalismo

Por lo tanto, de lo explicado precedentemente, podemos extraer como principal característica de este fenómeno el propósito beneficiante. Aunque como objetivo principal dicho propósito se identifique con la consecución del bien para el enfermo, en muchas ocasiones se transforma en la evitación de un mal, por ello, podemos hablar también de un propósito “no maleficiente”. Pero, ¿a qué clase de daños se refiere? ¿Daños causados a terceras personas, o, a los daños propios? En la respuesta a esta cuestión se encuentra el fundamento de los partidarios del paternalismo y de los antipaternalistas. Es decir, “mientras los paternalistas encuentran en el principio del daño a sí mismo la clave para la legitimación de algunas o de muchas clases de intervenciones estatales que limitan la autonomía del individuo con el fin de promover su bien, los antipaternalistas no admiten que la evitación de un daño a sí mismo pueda justificar ninguna medida coercitiva de esa naturaleza, ya que, según su punto de vista, tan solo el principio de daño a terceros podrá dar lugar a una limitación de la libertad individual”⁵⁷.

El segundo rasgo del paternalismo está efectivamente en esa limitación de la autonomía individual que conlleva el principio de beneficiencia, ya que en este último muchas veces la definición de “bien” no coincide con aquello que el mismo individuo considera mejor para él. Se considera limitación de la autonomía del individuo tanto la imposición de un determinado tratamiento, a pesar de la negativa del mismo por parte del enfermo, como cuando el consentimiento no es del todo libre ni informado. Pero, ¿qué sucede en los casos en que se lleva a cabo el inicio del tratamiento directamente sin la voluntad del sujeto, es decir, en los casos de personas inconscientes, menores de edad o incapaces, entre otros? Con esto me refiero, a los casos en los que aunque dichas personas puedan o no expresar su voluntad, esta no tenga ningún tipo de valor debido a que no pueden o no saben manifestar válidamente la misma como consecuencia de su estado, su corta edad o sus dificultades⁵⁸. Según Mendes de Carvalho, las intervenciones sobre este tipo de pacientes no se pueden concebir como paternalistas, ya que no se cuenta con la

⁵⁷ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 11.

⁵⁸ Más adelante, en el apartado 4.3.1.1 se desarrolla la validez de los testamentos vitales y de la representación por familiares o allegados como sustituto de la petición efectuada por el propio enfermo en estas situaciones nombradas.

oposición de esas personas ni tampoco el consentimiento ha sido obtenido inválidamente (por error, coerción...etc)⁵⁹.

3.2. Clases de paternalismo

3.2.1. Fuerte y débil

El paternalismo débil tiene lugar en aquellos casos en los que la voluntad de la persona enferma no se puede considerar del todo como válido, como pueden ser los menores de edad o incapaces, o que directamente no se pueda conseguir dicha manifestación, como es el caso de pacientes inconscientes. En estos casos se establece que dichas decisiones no se pueden considerar verdaderamente autónomas⁶⁰. Aunque en algunos casos ciertos individuos puedan considerarse autónomos, puede darse el supuesto de que no estén en condiciones de ejercer esa capacidad de autogobierno, ya sea por una serie de limitaciones temporales, como puede ser una depresión profunda, o porque simplemente no son capaces de decidir sobre una determinada materia. Este concepto de capacidad, en contextos biomédicos, hace referencia a que la persona pueda entender en qué consiste el tratamiento, los riesgos y beneficios, así como poder tomar una decisión ante ello. Por lo tanto, si nos encontramos ante un supuesto en el que la persona enferma carece de esa capacidad para comprender la trascendencia de sus decisiones, la imposición de la medida protectora contra su voluntad estaría justificada, según esta modalidad de paternalismo.

Por su parte, el paternalismo fuerte, a diferencia del anterior, justifica las intervenciones médicas en busca del “bien” del paciente tanto para los casos de sujetos capaces como incapaces. Conforme a este pensamiento se legalizarían las conductas activas por parte del equipo médico o sanitario encaminadas a evitar que el paciente rechace el tratamiento vital y se penalizarían las omisiones por parte del médico en tales supuestos⁶¹.

⁵⁹ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 16.

⁶⁰ Sobre el paternalismo débil GRACIA GUILLÉN establece que esta medida se aplica en los supuestos en los que se busca evitar que alguien se haga daño a sí mismo por defecto del consentimiento informado, sea por falta de la información misma, sea por incapacidad para otorgar el propio consentimiento. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de Bioética...* ob. cit., pp. 102.

⁶¹ Según MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 17-18.

En mi opinión, el paternalismo fuerte es una clara manifestación de ataque contra derechos constitucionales tales como la dignidad de la persona (art. 10 de la CE), la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes que conlleva la protección del derecho a la vida (art. 15 de la CE), pero no de cualquier tipo y calidad, sino a una vida digna que mediante actuaciones basadas en este paternalismo fuerte se vulnera completamente, el derecho a la libertad (art. 17 de la CE)... entre otros.

3.2.1.1. Directo e indirecto

Esta distinción depende del sujeto a quien se le impongan esa limitación de la libertad, ya que esta puede dirigirse al sujeto protegido (paternalismo directo) como al tercero que de alguna forma participe en la conducta autorreferente dañosa que el paternalismo pretende evitar (paternalismo indirecto). Para entenderlo mejor, un claro ejemplo de la modalidad indirecta es el art. 143 del CP que prohíbe la participación en el suicidio de otra persona.

El problema que surge respecto a esta clasificación está directamente relacionado con la petición de la propia “víctima”. Es decir, se cuestiona hasta qué punto el “daño” causado por ese tercero que cuenta con la petición de la persona enferma se puede identificar con el daño que pretende evitar el fenómeno del paternalismo. Existen varias posturas respecto a esta polémica, entre ellas, Mendes de Carvalho y Laporta San Miguel opinan que en un tema tan delicado como es la disponibilidad de la vida, el simple consentimiento de la víctima no puede servir como justificación para la negación de cualquier prohibición estatal de intervenir en estos casos⁶²

3.3. Justificaciones del paternalismo

En primer lugar, debe aclararse qué se entiende realmente por beneficioso para la persona enferma, y una vez averiguado esto, debe determinarse hasta qué punto el propósito beneficiante o no maleficente puede legitimar la restricción de la libertad de esa persona o del tercero que actúa en esa disponibilidad de la vida con la petición de aquel.

⁶² MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp.26.

Es casi unánime la postura que establece que las personas a las cuales se hizo referencia en el paternalismo débil deben ser protegidas de sus propias decisiones y por ello, este tipo de paternalismo no tiene casi problema. Sin embargo, el debate en torno al paternalismo fuerte es bastante problemático debido principalmente a que los sujetos sobre los que recae no tienen ningún tipo de “limitación”, por llamarlo de alguna manera, por lo que no cabría la justificación basada en la autonomía y capacidad de los mismos para tomar decisiones, como ocurre con el paternalismo débil.

Las principales teorías que tienen como propósito legitimar el fenómeno del paternalismo basan el mismo en la búsqueda del mejor interés del individuo que solo se podría lograr, según estos, mediante la imposición de esa medida médica. Pero, ya con el simple hecho de determinar el objetivo surge el primer problema: ¿qué se entiende por “bien” o “interés”? Dicho bien puede coincidir o ser completamente diferente si se estudia desde un punto de vista objetivo que desde uno subjetivo, es decir, basándose en las preferencias del propio enfermo. El paternalismo, precisamente, se relaciona con esa objetividad, por lo que la definición de “bien” atiende a criterios generales vigentes de forma estable en la sociedad, y no cabe duda de que, en lo que se refiere a actos de disponibilidad de la vida en los que actúen terceras personas, casi la totalidad de la población considera la vida como algo positivo, mientras que la muerte como algo no querido por nadie. Por ello, desde esta concepción, se justificaría la imposición de un tratamiento médico vital incluso en contra de la voluntad del enfermo. Respecto a esto, centrándonos en el paternalismo fuerte, existen dos posturas al respecto: una de ellas argumenta que un sujeto considerado capaz que opta por abandonar o no iniciar un tratamiento que le va a salvar la vida en realidad está tomando una decisión irracional que no se corresponde con lo que una persona capaz haría en ese momento. La otra estima que en el caso anterior no se puede considerar plenamente capaz a dicho individuo⁶³.

⁶³ Las dos posturas acerca del fenómeno del paternalismo fuerte son explicadas por MENDES DE CARVALHO en: *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 32.

En conclusión, “la incapacidad en dichos casos ya no vendría determinada por la falta de madurez o de discernimiento del sujeto para decidir por su propia vida, sino que sería resultado de una valoración objetiva del contenido mismo de su elección”⁶⁴.

A mi criterio, los fundamentos de estas teorías objetivas del bienestar no son aceptables, ya que, en primer lugar, el hecho de rechazar un determinado tratamiento vital no convierte a una persona en irracional ni en incapaz para tomar decisiones, ya que no solo debemos centrarnos en la literalidad de la decisión tomada, sino en las características de la enfermedad, del paciente, las ventajas e inconvenientes del tratamiento en concreto... etc., para así poder conocer de verdad qué es mejor para esa persona. No todas las personas son iguales, ni tampoco las enfermedades, al igual que tampoco el grado de esperanza de vida de dos personas con la misma enfermedad es el mismo. Por ello, no creo que la mejor manera de establecer qué se entiende por lo “beneficioso” para las personas enfermas sea puramente mediante criterios objetivos establecidos en una sociedad, sino que habría que acercarse más a la persona en sí. Esta argumentación se relaciona con las llamadas “teorías subjetivas del bienestar”.

Las teorías subjetivas del bienestar, en un primer momento, se relacionan completamente con lo opuesto al propio paternalismo, pero esto se debe a un intento de conciliación entre este y una concepción subjetiva de los intereses individuales. Según esta perspectiva, teniendo en cuenta el plan de vida de la persona enferma, sus intereses y deseos más o menos duraderos, consistentes y relevantes, se podrá aclarar si dicha decisión es acorde con los mismos, por lo que no se justificaría la medida en contra de su voluntad, o si por el contrario no tiene que ver con su forma de vivir si cabría dicha intervención vulnerando su propia libertad de decisión⁶⁵. Según estos criterios subjetivos, una decisión irracional, por lo tanto, sería aquella que contradijera los deseos que esa persona siempre ha considerado preferentes y valiosos, valorándolos positivamente, por lo que no desearía que fuesen atacados bajo ningún concepto. Respecto a esta idea, no me parece del todo correcta esta definición de irracionalidad,

⁶⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp.39. ISBN 84-340-1124-7.

⁶⁵ En esta línea, MENDES DE CARVALHO opina que “habría que respetar las decisiones personales siempre que estuviesen de acuerdo con los intereses individuales así interpretados, y sólo cuando el individuo actuase de forma incompatibles con dichos intereses, podría justificarse una intervención paternalista en contra de su voluntad”. MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 33.

ya que aunque una persona puede tener unos principios y valores más o menos estables acordes con su forma de vida, estos pueden cambiar según la circunstancia en la que se encuentre esta persona. Es decir, una persona puede haber valorado siempre su vida como algo positivo, sin desear que la misma acabe (es decir, no desear el suicidio ni la muerte en general), pero en el momento en el que padece una grave enfermedad dicha concepción puede que cambie, obligándole a ponderar entre la vida o la muerte, y en algunos casos, decidir por la segunda, debido al pronóstico médico poco esperanzador, aunque dicha decisión no guarde relación con ese “plan de vida”.

En la justificación de la imposición de medidas paternalistas juega un importante papel el principio *in dubio pro vita*. En aquellos casos en los que a consecuencia del poco tiempo que hay para decidir si la medida paternalista está justificada o no, ya que está en peligro un bien jurídico protegido de enorme valor, como es la vida, este principio permite la imposición de dicha medida. Esto no quiere decir que se esté actuando en contra de la voluntad de la persona, puesto que no existen elementos suficientes como para suponer que su comportamiento sea producto de una decisión racional y, a falta de prueba en contrario, habrá que imponer la intervención salvadora.

En este apartado sobre las justificaciones del paternalismo es de vital importancia lo referente a la proporcionalidad entre la magnitud de la intervención paternalista y la gravedad del daño a ser evitado, ya que de esta forma se impide que la imposición de la medida cause más daños que beneficios, que es a lo que se hizo referencia anteriormente en la valoración del concepto de irracionalidad. En estas cuestiones, donde la gravedad de los hechos es incalculable debido precisamente al bien jurídico que está en juego y a la irreversibilidad del daño que se puede causar, la toma de decisiones tiene que valorarse muy detenidamente. Gerald Dworkin propone que en el caso de que haya más de una alternativa paternalista se deberá elegir aquella que supusiera menos limitación de la autonomía individual del sujeto protegido. Pero este principio debe ser matizado, ya que no siempre la medida menos restrictiva es la más eficaz⁶⁶.

⁶⁶ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob.cit., pp. 72.

En conclusión, en función de este factor de proporcionalidad, se puede admitir la justificación ética de solo algunos actos de paternalismo fuerte, teniendo en cuenta, además, el principio *in dubio pro vita* y el factor de irracionalidad, según cierto autores como Tomás-Valiente Lanuza⁶⁷.

3.4. Fundamentos no paternalistas

El primero de los fundamentos es el referente al interés estatal en la protección de la vida según el cual este bien jurídico debe ser considerado como un bien colectivo, imponiendo así una especie de función social o incluso religiosa a la vida humana. Por lo tanto, este pensamiento está directamente relacionado con la afirmación de la indisponibilidad de la vida tanto por uno mismo como por terceros⁶⁸. Estos argumentos conducen al hecho de afirmar que la vida es un bien que pertenece al Estado y nada impediría acabar con la vida de una persona que para la comunidad en conjunto no es merecedor de este bien, por lo que estaríamos así ante una posible eugenesia económica, criminal o experimental.

Como segundo argumento encontramos la intangibilidad o santidad de la vida humana que se basa en un primer momento en el valor sagrado de este bien jurídico donde se justifica la indisponibilidad del derecho a la vida por un principio religioso básico: que solo Dios es quien tiene la facultad de acabar con ella. Lógicamente este primer razonamiento no tiene ninguna trascendencia, ya que solo tendría relevancia para las personas creyentes, y no para los no creyentes, además de que es materialmente imposible poder averiguar de algún modo la veracidad de ese carácter sagrado de la vida⁶⁹. Por ello, debido a esta limitación, los autores que defienden esta postura optan por la prohibición de vulnerar la protección de este bien jurídico basándose en la constitución de un verdadero “tabú” en la conducta de matar. Con este “tabú” lo que se quiere evitar es que una despenalización de los actos contra la vida tenga como consecuencia una pérdida general del respeto por este bien jurídico. Posee una función

⁶⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida...* ob. cit., pp. 72.

⁶⁸ Según MENDES DE CARVALHO, este primer fundamento referido al interés estatal supondría la imposición de un “deber de vivir”. MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob.cit., pp. 90.

⁶⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *Problemas de la eutanasia*, Madrid: Ed. Dykinson, 1999, pp. 94. ISBN 848155474x.

garantista del mismo que tiene como objetivo eludir una gran desprotección de la vida que esta posición más liberal podría conllevar.

Este temor hacia los riesgos de la despenalización de estos actos contra la vida de otras personas nos acerca al tercer argumento, la pendiente resbaladiza. Los riesgos a los que se refiere este razonamiento no son solo los señalados anteriormente, sino también supuestos como muertes eutanásicas en contra de la voluntad del paciente o basadas en un error en el diagnóstico de la enfermedad. Los partidarios de la explicación de la pendiente resbaladiza establecen que con la permisión de la formas activas de participación en homicidios a petición en contextos eutanásicos, lo que se consigue es la ejecución de comportamientos ajenos al principal no deseados.

Podemos distinguir dos grandes grupos de razonamientos: la pendiente resbaladiza en su vertiente empírica y en su vertiente lógica o puramente conceptual. La primera de ellas alude a los peligros de abuso donde se llevarían a cabo muertes eutanásicas que no estuviesen incluidas en los supuestos autorizados. Por ejemplo, podrían llevarse a cabo muertes masivas en hospitales encubriéndose en la justificación de la eutanasia legalmente permitida cuando en realidad no estuviésemos en esos casos, y simplemente hubiese otro tipo de interés, dándose casos como la llamada “eutanasia económica”.

Un caso muy polémico que tiene relación con este miedo a un descontrol en las muertes basadas en este derecho a la eutanasia fue el que tuvo lugar en el Hospital Severo Ocho de Leganés. Los hechos fueron los siguientes: la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid investigó a dos anestesiólogos, Luis Montes Mieza y Miguel Ángel López Varas, a causa de dos denuncias anónimas en las que se les acusaba de sedaciones en dosis elevadas en enfermos terminales en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa. Se decía que las muertes en esos momentos en dicho hospital triplicaban porcentualmente la media de los restantes hospitales madrileños. El informe presentado por la Consejería de Sanidad identificaba 73 casos de sedación realizados de forma incorrecta entre el 1 de septiembre de 2003 y el 8 de marzo de 2005. Ante estos hechos denunciados, el 20 de junio de 2007 se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción por el que se acordada el sobreseimiento provisional y archivo de la causa debido a que no quedaba probado que las muertes estuviesen provocadas por la mala praxis médica. Los motivos del Juez de Instrucción fueron que teniendo en cuenta las diligencias

practicadas, no se podía llegar a la conclusión de que los médicos imputados fuesen responsables de la muerte de sus pacientes, que no podía predicarse que los médicos, conscientemente, sedaran al paciente para causarle la muerte, ni tampoco que les prescribieran tales fármacos, sin conocer sus consecuencias letales, sino, entendiendo que los pacientes morirían en un muy corto espacio de tiempo y que debían mitigar sus dolores, decidieron la sedación. Ahora bien también mantiene el auto recurrido que no se sabe con certeza cuál fue la causa de las muertes, es decir, que los pacientes pudieron morir por la sedación indebida o por sus enfermedades, por lo tanto al no haber un nexo claro, no se puede exigir responsabilidad criminal. Contra este Auto los querellados presentaron recurso de apelación, que se admitió a trámite y se elevó a la AP de Madrid, atacando no la parte dispositiva del Auto que ordena el sobreseimiento de la causa, sino la fundamentación jurídica del mismo. La Sección 17ª de la AP de Madrid estimó el recurso de apelación y confirmó la resolución recurrida, pero teniendo por suprimida de su fundamentación jurídica toda mención realizada respecto a la mala praxis médica por parte de los querellados⁷⁰.

La segunda vertiente no apunta hacia los riesgos que he explicado, sino que insinúa la imposibilidad de distinción conceptual entre los supuestos autorizados y los rechazables en relación con la participación en la muerte de otra persona. Parece absurdo pensar en la imposibilidad de saber cuándo estamos antes un verdadero supuesto eutanásico y cuándo ante un homicidio o asesinato, ya que es el propio enfermo el que mediante su petición expresa, libre y inequívoca lo confirma. Pero, el problema surge cuando esa voluntad no se puede saber, pues entonces, ¿cómo podemos diferenciar esos dos conceptos sin caer así en los riesgos que esta pendiente resbaladiza precisamente quiere evitar? Lo que no cabría bajo ningún concepto, a mi parecer, sería aceptar la eutanasia a un paciente consciente con idénticos síntomas que otro del que no se puede conocer su voluntad, y a este último negarle esa oportunidad basándose únicamente en esa laguna. En estos casos en los que no se puede aludir a datos subjetivos, solamente nos quedará lo objetivo. Algunos autores proponen que bastará el consentimiento racional hipotético, es decir, lo que una persona racional haría en su lugar. Pero, esto no soluciona el problema al que hacen referencia los defensores de esta pendiente, ya que

⁷⁰ Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Consultado en aranzadi instituciones con fecha 20/06/2015. [<http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.catoute.unileon.es/maf/app/search/run>]. Auto 47/2008, de 21 de enero, de la AP de Madrid.

sigue subsistiendo el peligro de que bajo ese comportamiento hipotético se incluyan supuestos no autorizados⁷¹. Personalmente, no es a que esté en contra de dicho tipo de consentimiento, sino que el problema de los riesgos de dicha despenalización no puede ser solucionado de esta forma, ya que ese peligro sigue estando presente, puesto que el hecho de que no sea el sujeto el que directamente exprese su voluntad siempre va a suscitar dudas. Considero que en estos casos lo más acertado, sería en primer lugar basarse en el posible testamento vital que hubiese realizado el paciente, si es que este existiese. En el caso en que tampoco se contase con esta declaración escrita del enfermo, se tendría que tener en cuenta la opinión de los familiares y allegados, en conjunto con la del médico. Todo esto siempre y cuando se cumpliesen los requisitos para estar ante un supuestos eutanásico.

4. Otras figuras: cooperación al suicidio, homicidio consentido y eutanasia.

Requisitos de la atenuación de esta figura

4.1. Homicidio consentido y cooperación ejecutiva al suicidio

Respecto a la cooperación ejecutiva al suicidio existe una discusión sobre si encaja en este precepto los casos de homicidio consentido. Es decir, no hay acuerdo sobre si el homicidio consentido se trata de una forma de participación en el hecho de otro que acaba con su vida (el suicida) o si es un delito próximo al homicidio, solo que consentido. Muñoz Conde sostiene que no podemos hablar de homicidio consentido cuando hacemos referencia a la cooperación en el suicidio de otro con actos que llegan a producir la muerte. El argumento que establece es que el verdadero autor en sentido material sigue siendo el suicida, ya que es el que conserva el dominio del hecho, y que por lo tanto, el que produce la muerte a petición del otro es un mero partícipe⁷².

Al contrario que Muñoz Conde, Serrano Gómez y Serrano Maíllo opinan que se trata de un verdadero homicidio consentido debido a que la víctima no tiene participación en el resultado y por ello, quien tiene el dominio del hecho es el que da la muerte, que es a la

⁷¹ GÓMEZ PAVÓN define este consentimiento racional hipotético como una ficción que se basa en que si el sujeto enfermo pudiese conocer todos los datos de su situación, su voluntad coincidiría con la acción del sujeto activo. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 98.

⁷² MUÑOZ CONDE Francisco. *Derecho penal: parte especial*. 19ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp.60. ISBN 9788490534441.

fin y al cabo el tercero que coopera⁷³. Para Díaz y García Conlledo y Barber Burusco la palabra “cooperación” evoca la idea de participación, y al nombrarse dicho vocablo también en el apartado 2º del art.143, esto supone que estamos ante un suicidio, es decir, que el autor de la muerte es la propia persona que va a morir, siendo partícipe en ella el cooperador ejecutivo. El homicidio consentido se castigaría como homicidio en el art. 138 CP, teniendo en cuenta que el consentimiento excluiría la aplicación del tipo más grave de asesinato (pudiendo apreciarse en su caso circunstancias modificativas genéricas). Pero a pesar de este pensamiento, opinan que, debido a las dudas interpretativas del art.143.3 CP, parece preferible, pese a las dificultades que plantea su tenor literal, optar por una interpretación más benigna quedando incluidos en ese precepto los supuestos de dominio compartido o conjunto del hecho entre el tercero y el suicida y los supuestos de homicidio a petición de la víctima, siempre y cuando, no concurren las características propias de la eutanasia que recoge el art. 143.4 CP⁷⁴.

En mi opinión, a pesar de que puedo entender que ambas figuras se incluyan en el mismo precepto, ya que tienen muchos rasgos en común, lo correcto sería calificar cada una por separado, siendo así el homicidio consentido un delito próximo a homicidio simple solo que teniendo en cuenta el elemento del consentimiento para su no agravación. En la cooperación ejecutiva al suicidio la idea de acabar con su vida ya existe en el pensamiento del suicida, y el tercero únicamente se limita a cooperar, por lo que no tiene que darse un dolo de matar en el sujeto activo, mientras que en el homicidio consentido, no estamos hablando de suicidio, sino que la intención principal del sujeto activo sí es matar.

4.2. Diferencias de estas figuras con la eutanasia

Durante el desarrollo de este apartado haré brevemente una diferenciación básica entre estos supuestos. Aunque la consecuencia final de los mismos y en algunos casos los medios sean iguales, hay unos elementos que los diferencian sin ninguna duda, y son los que marcan la consecuente atenuación de los supuestos eutanásicos recogidos en el

⁷³ “Cosa distinta es, como se vio, el caso del cooperador necesario, donde el dominio del hecho era conjunto”. SERRANO GÓMEZ, Alfonso/ SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Inducción y cooperación al suicidio: homicidio-suicidio: eutanasia. En: Alfonso SERRANO GÓMEZ/ Alfonso SERRANO MAÍLLO. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Ed. Dykinson, 2012, pp. 34. ISBN 978-84-9031-080-9.

⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ BARBER BURUSCO, Soledad. “Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes”... en su obra: *El problema de la eutanasia...* ob. cit., pp. 83-110.

apartado 4º del art. 143 del CP, frente a los no eutanásicos, es decir, los referidos al delito de homicidio consentido y de cooperación al suicidio del art. 143.2 y 3 del CP⁷⁵.

De la primera parte de la redacción del art. 143.4 del CP podemos partir de que estamos ante el mismo supuesto que los recogidos en los preceptos 2º y 3º de dicho artículo, es decir, la muerte causada por terceros en contextos eutanásicos y los delitos de cooperación necesaria y la ejecutiva tienen en común los siguientes elementos:

- a) Que hay una cooperación activa con actos necesarios por parte del sujeto activo
- b) Que tienen como objetivo la muerte de otra persona, ya sea por cooperación necesaria como por ejecución directa.

El art. 143.2 del CP, que es el relativo al delito de cooperación necesaria al suicidio, dispone que “se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”. El núm. 3 de ese mismo artículo establece una pena de prisión de seis a diez años para aquellas personas que cooperasen en el suicidio de otro hasta el punto de ejecutar la muerte. Por lo tanto, el hecho de que esa participación en la muerte de otro sea hasta tal punto actúa como agravación respecto del precepto 2º del mismo artículo. Como establecen Díaz y García Conlledo y Barber Burusco, aquellos casos de cooperación al suicidio que, siendo necesarios, reúnen los requisitos establecidos en el núm. 4 del art.143 del CP, serán castigados más levemente debido a que se tratan de conductas eutanásicas⁷⁶. La diferencia que existe entre los núms. 2 y 3 de este artículo frente al art.143.4 del CP se trata para Álvarez Gálvez de la situación en la que se encuentra el sujeto pasivo, que como aclara el propio artículo, se refiere a una enfermedad que necesariamente conduzca a la muerte o que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar⁷⁷.

⁷⁵ El precepto 2º del art. 143 del CP establece que “se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”, y su precepto 3º, “será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.”

⁷⁶DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ BARBER BURUSCO, Soledad. Capítulo. “Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes”. En: *El problema de la eutanasia...* ob. cit., pp. 83-110.

⁷⁷ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria autónoma...* ob. cit., pp. 48. Respecto a este requisito de la enfermedad, como rasgo diferenciador de las conductas de los arts. 143. 2 y 3 del CP, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO opinan que “el deseo de morir mediante el suicidio no implicaba en sí la necesidad de que el sujeto sufriera una enfermedad incurable, que sí se precisa en la eutanasia”. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Inducción y cooperación al suicidio: homicidio-suicidio: eutanasia. En: Alfonso SERRANO GÓMEZ/ Alfonso SERRANO MAÍLLO. *Curso de derecho penal...* ob. cit., pp. 35.

Y, ¿qué ocurre con el segundo requisito de la petición seria, expresa e inequívoca por parte del sujeto pasivo? En mi opinión, el simple hecho de que en uno de los preceptos, el 4º, sí aparezca expresamente “por la petición expresa, seria e inequívoca de éste”, y en los otros dos números de dicho artículo no, tiene un significado importantísimo, que marca la diferencia, además de la situación de enfermedad, entre esas dos figuras y la eutanásica. Por lo tanto, son estos dos elementos los que diferencian una de otras. Así, lo indican también Díaz y García Conlledo, y Barber Burusco al manifestar: “requisito esencial es la situación de enfermedad que se señala (y que se aproxima bastante a la descripción general de la situación propia de la eutanasia antes realizada) y la existencia de una petición expresa, seria e inequívoca del que quiere morir (que deberá desde luego poseer una capacidad suficiente para realizarla)”⁷⁸.

Cardona Torres también hace referencia a la atenuación de los supuestos eutanásicos frente a la cooperación ejecutiva al suicidio. Manifiesta que esta figura de la eutanasia se trata de un concepto que está dentro de la tipificación de la cooperación al suicidio, pero debido a que esa persona suicida sufre una enfermedad grave e irreversible se explica la disminución de la pena⁷⁹.

Esta diferenciación no conlleva discusión doctrinal, ya que prácticamente toda la doctrina está a favor de atenuar una forma de participación en la muerte de otra persona donde se tiene en cuenta la situación por la que está pasando el enfermo, y aquella en la que la calidad de vida de la víctima no está por debajo de la legalmente exigida para que se de una “vida digna”. Como dice Muñoz Conde “en todo caso, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre los límites de la eutanasia y la ayuda a morir, siempre habrá una diferencia valorativa fundamental entre matar a alguien en contra de su voluntad y matarlo con su consentimiento”⁸⁰.

⁷⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ BARBER BURUSCO, Soledad. “Las conductas típicas: algunas cuestiones comunes”. En: *El problema de la eutanasia...* ob. cit., pp. 83-110.

⁷⁹ Para CARDONA TORRES el delito de la eutanasia activa directa de un supuesto atenuado de cooperación al suicidio cuando se dan las circunstancias específicas del art.143.4 del CP. CARDONA TORRES, Juan. *Derecho penal, parte especial...* ob. cit., pp. 64.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE Francisco. *Derecho penal: parte especial...* ob. cit., pp. 67.

4.3. Requisitos para la atenuación de la eutanasia activa directa

4.3.1. Requisitos relativos a la petición del enfermo

La petición, como ya expliqué anteriormente, juega un importantísimo papel en los delitos contra la vida humana independiente, principalmente porque este elemento, entre otros, nos marca la diferencia entre el delito de homicidio o asesinato y las figuras privilegiadas respecto a estos. Se trata de uno de los requisitos esenciales para la atenuación de la pena que, como ya hice mención, tiene que ser seria, expresa e inequívoca. En todo caso, el pensamiento mayoritario estima que esta no puede constituir causa de justificación en los delitos contra la vida, pero es evidente que en el homicidio consentido existe una diferencia valorativa esencial respecto al cometido sin la voluntad del sujeto pasivo. Existe una discusión doctrinal sobre si la voluntad de la víctima podría actuar como circunstancia eximente o tan solo como atenuante respecto del delito de homicidio o asesinato simple. Este problema está directamente relacionado con el de considerar la vida como un bien jurídico disponible o no, tema que fue tratado en el Capítulo I. Como dije anteriormente, el pensamiento mayoritario está en contra de que este elemento suponga la atipicidad absoluta de los delitos contra la vida. Otros puntos de vista más radicales son partidarios de que el consentimiento suponga la exclusión de la punibilidad del homicidio consentido, ya sea en contextos eutanásicos o no. Esta postura parte de la idea de la disponibilidad de la vida como emanación del libre desarrollo de la personalidad o de la dignidad de la persona. Se basa en que, además, a diferencia del delito de homicidio, en estos casos se lesiona el bien jurídico protegido vida, pero no la autodeterminación ni dignidad de la persona. Núñez Paz no está a favor de que “desde el plano constitucional se deduzca necesariamente la despenalización total sin más del homicidio consentido, aún cuando el reconocimiento del consentimiento, particularmente en los supuestos eutanásicos que puedan acompañar al homicidio consentido, pueda tener cabida en el ordenamiento jurídico penal”⁸¹.

Como opinión personal, el derecho a disponer de la propia vida, que hace impunes actos como el suicidio, no supone que la intervención activa de terceros esté justificada. Es verdad que el contenido del injusto es menor respecto al delito de homicidio, pero aun así no desaparece completamente tal injusto, aunque no lesione la autodeterminación de

⁸¹ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 271.

la persona. Por lo tanto, la petición de la víctima no supone la despenalización directa de la participación de terceros en la muerte de otras personas, sino que actúa como atenuante y junto a otros requisitos sí supondría la atipicidad de la conducta en los supuestos de eutanasia activa indirecta y pasiva, pero recalco en que esa no punición no se debe únicamente a que el enfermo solicite tal acto, sino en otros elementos que además tienen que concurrir junto a este. Además, es muy importante diferenciar consentimiento de petición. Una cosa es que el enfermo solicite voluntariamente, sin ningún tipo de influencia externa que le coaccione a hacerlo, y otra cosa que simplemente consienta, ya que en este último caso es posible que se haya producido el influjo de una tercera persona que hace que el enfermo consienta el final de su vida. Es decir, no se trata solo de consentir, sino de que haya una petición por parte del enfermo, en principio, y de que esta cumpla una serie de requisitos para que pueda ser válida y así poder encontrarnos ante supuestos eutanásicos. De lo establecido en el propio art. 143.4 del CP podemos observar ya la exigencia relativa al consentimiento que debe darse mediante la petición expresa, seria e inequívoca del enfermo. Serrano Gómez y Serrano Maíllo hacen una aclaración sobre las características exigidas a esta petición estableciendo que “expresa excluye la petición tácita, debiendo ser verbal o escrita, seria supone que ha de estar exenta de todo tipo de duda, e inequívoca equivale a que sea clara en cuanto a que el sujeto que desea morir esté perfectamente informado de su enfermedad, efectos, posibilidades de vida... etc.”⁸².

Si se prescinde de la voluntad y petición del paciente estaremos ante un posible homicidio e incluso asesinato, ya que la motivación del sujeto activo no está afectada por un móvil humanitario de acabar con una situación irreversible y agonizante que el mismo enfermo le ha solicitado, sino que tendrá que ver con otros intereses que no encajan en estos supuestos eutanásicos ni de participación en el suicidio de una persona. Esta calificación jurídica del sujeto activo en estos casos es apoyada también por Mendes de Carvalho, al tratar el tema de la petición expresa. En mi opinión, en el caso de que la persona enferma consienta dichos actos de acabar con su vida por parte de un tercero/s, pero solo consiente faltando el elemento de la petición, podríamos estar ante un posible caso de delito de inducción al suicidio, ya que el sujeto pasivo en este

⁸² SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Inducción y cooperación al suicidio: homicidio-suicidio: eutanasia. En: Alfonso SERRANO GÓMEZ/ Alfonso SERRANO MAÍLLO. *Curso de derecho penal...* ob. cit., pp.36.

caso se ve afectado por el influjo psíquico, eficaz y directo que realiza otra persona, siempre que se cumplan, como bien establece Cruz de Pablo, los siguientes requisitos: que la influencia del inductor sea sobre una persona con carácter previo a la misma no tenía esa voluntad de acabar con su vida, que la incitación sea intensa y adecuada, que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto y que el inductor tenga la intención de provocar la decisión criminal y que efectivamente se lleve a cabo⁸³. Además, debido a la situación en la que se encuentran estas personas que padecen una enfermedad grave que necesariamente le conduce a la muerte o que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, la inducción que se ejerza sobre las mismas es más susceptible de que efectivamente se lleve a cabo dicho objetivo, ya que son personas más vulnerables. Es decir, una persona a la que se le da la noticia de que es poco probable que el tratamiento vital le pueda curar, pero que puede haber una mínima esperanza de que se salve, el influjo negativo de otra persona le va a afectar más que a otra persona que no se encuentre en esa situación.

Sobre la petición del enfermo, es importante mencionar lo que desarrolla la autora Mendes de Carvalho respecto a la interpretación del art. 143.4 del CP. Según esta, el artículo quiere dejar constancia de que no se producirá la atenuación de la pena en el supuesto de que la práctica de la conducta sea producto de una simple anuencia del sujeto pasivo, es decir, que no cabe en esos casos la petición por representación, ya que es el propio artículo el que expresamente determina que la petición deber ser llevada a cabo por el enfermo al establecer “por la petición expresa, seria e inequívoca de este”⁸⁴. Por lo tanto, en una interpretación literal del artículo sólo sería válida la efectuada por el propio enfermo.

Además, la petición debe basarse en que previamente haya habido un consentimiento informado, es decir, el médico o el equipo sanitario, en un principio, ya que son los profesionales y los que tienen los conocimientos necesarios, están obligados a transmitir al enfermo la información necesaria acerca del tratamiento y que este lo comprenda y

⁸³ Se recomienda CRUZ DE PABLO para el estudio del delito de inducción al suicidio, en: CRUZ DE PABLO, José Antonio. *Comentarios al Código Penal: parte especial, arts. 138 a 639*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, pp. 55. ISBN. 9788496705913.

⁸⁴ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 323.

solicite válidamente⁸⁵. De lo anterior se desprende dos requisitos a mayores: por una parte la obligación del médico o del sujeto activo de informar al paciente, y por otra, el acto de solicitud por parte del sujeto pasivo.

En primer lugar, centrándonos en una eutanasia de ámbito médico-sanitario, respecto a la obligación de los profesionales de la medicina de informar, existe una discusión doctrinal acerca de los límites que deben regir en la revelación de esa información, es decir, hasta qué punto es necesario que el facultativo exponga todo lo que conozca sobre ese determinado paciente. Estos límites tienen mucha importancia, ya que dependiendo de la persona en concreto y de las circunstancias en las que se encuentre, su pensamiento hacia, por ejemplo, la aceptación del tratamiento o, por el contrario, el rechazo al mismo, va a ser muy diferente pudiendo en algunos casos influenciarle de manera negativa. Una postura más tradicional es partidaria del criterio basado en la práctica profesional y que por lo tanto, es el médico el que debe determinar la cantidad y el tipo de información que debe darse. Este pensamiento en la actualidad está abandonado, ya que se basa en una interpretación esencialmente paternalista de la relación médico-paciente. Un segundo criterio, el de la persona razonable, se basa en que la información se valora en función de la importancia que le daría una persona razonable a la hora de decidir el rechazo o no a un determinado tratamiento, pero a mi juicio y coincidiendo con Mendes de Carvalho, dicho criterio tiene un carácter abstracto sin especificar qué se entiende por las necesidades y preferencias de esa hipotética persona razonable. Según esta misma autora, el mejor criterio para la selección de esta información es el del modelo subjetivo. Este se basa en cada persona en concreto y en el tratamiento al que se va a someter⁸⁶. Por lo tanto, la poca información dada en supuestos de urgencia donde el tiempo es muy limitado estaría justificada de este modo.

Respecto al segundo requisito, el elemento de la petición, se hace referencia a la autonomía y capacidad de comprensión del paciente. La autonomía se interpreta como la capacidad del individuo de autogobernarse, lo que conlleva implícito que entienda esa información dada y sea capaz de decidir de acuerdo con la misma. Es decir, la petición

⁸⁵ Como dice Mendes de Carvalho este elemento “se ha transformado poco a poco en un importante instrumento de protección de la voluntad autónoma del paciente, hasta el punto de llegar a convertirse en requisito fundamental para la mayoría de las intervenciones terapéuticas”. En MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 45.

⁸⁶ “El deber del médico es inversamente proporcional a la urgencia y indicación terapéutica”. MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 77.

del sujeto pasivo debe ser dada por un individuo capaz de comprender la trascendencia de su actos. Respecto a esto, surge el problema de los menores de edad y de las personas con incapacidad, y su petición de rechazar o no un determinado tratamiento, tema que será tratado posteriormente. Además, se tiene que tener la certeza de que la decisión tomada sea producto de la propia voluntad del paciente, es decir, que la misma no esté viciada. Por ello, la petición no puede haber sido obtenida por medio de violencia, intimidación o engaño. No es válida una petición basada en un consentimiento obtenido mediante engaño sobre el diagnóstico o pronóstico del que consiente, o sobre el propio acto del consentimiento⁸⁷. De manera que si, por ejemplo, el enfermo solicita el rechazo del tratamiento debido a ese consentimiento viciado u obtenido mediante violencia o intimidación, habría autoría directa de homicidio o asesinato, ya que en este caso el tercero provoca la muerte de quien sólo aparentemente consiente. Debe existir un dolo por parte del enfermo de acabar con su vida, permitiéndose a opinión de Mendes de Carvalho la modalidad de dolo eventual desde el momento en que esta persona asume la probabilidad de su muerte por ejemplo en los casos de negativa a un tratamiento médico vital.

En una primera aproximación podemos distinguir dos tipos de eutanasia respecto a la petición del paciente, la voluntaria y la involuntaria, la cual no es aceptable. Lo que ocurre es que en la mayoría de los casos los enfermos se encuentran en un estado en el que no se puede conocer cuál es su voluntad ni si llevarían a cabo tal petición de acabar con su vida, pero esto no quiere decir que se tenga que descartar directamente la posibilidad de practicarles la eutanasia, ya que existen otros métodos para poder conocer, o más bien, presuponer si estando conscientes llevarían a cabo esa petición.

El tema de la petición del paciente en estos contextos eutanásicos es un elemento muy problemático debido sobre todo a los casos en que el enfermo se halle inconsciente, sea menor de edad, sea un sujeto con incapacidad, o el llamado “privilegio terapéutico”.

⁸⁷ Se recomienda ÁLVAREZ GÁLVEZ y su estudio sobre el consentimiento no válido, en: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria autónoma...* ob. cit., pp. 209.

4.3.1.1. Imposibilidad de realización de la petición

El problema en estos casos está en que no se cumple las exigencias del CP sobre los requisitos de la petición, ya que debido al estado de estas personas, dicha solicitud no puede ser expresa, y se pregunta también si podría tomarse como seria e inequívoca. Antes del desarrollo de esta cuestión, hay que aclarar que aunque no se tenga el consentimiento de estas personas a través de una petición seria, expresa e inequívoca, la eutanasia no se equipara a la muerte ejecutada en contra de su voluntad, en todos los casos.

En relación con la distinción entre la eutanasia voluntaria y la involuntaria, Serrano Ruiz-Calderón sostiene que “el concepto de no voluntario, aplicado de esta forma tan peculiar, prueba hasta qué punto la condición objetiva en la que se encuentra el paciente es más determinante que su voluntad a la hora de administrar la eutanasia”⁸⁸. Lo que se quiere decir con esto es que, en ciertos casos donde el paciente no puede manifestarse, podría presumirse que dadas las circunstancias en las que se encuentra, donde su calidad de vida está muy por debajo de la condiciones mínimas para poder hablar de esa misma “calidad” y donde su estado es irreversible, lo normal o razonable sería pedir la eutanasia y así, esta no se consideraría involuntaria.

Entonces, en un ámbito médico-sanitario, ¿en qué casos la actuación de los profesionales de la medicina no supondrían un acto penalmente responsable cuando no se conoce la petición del enfermo? En aquellos casos en los que debido al estado de inconsciencia del paciente y donde no pueda solicitar que se le practique la eutanasia, la medida del equipo sanitario o del sujeto activo, que tenga como resultado el fallecimiento de esa persona, no tiene porque suponer directamente que estemos ante un delito de homicidio o asesinato, ya que pueden existir otros elementos, que veremos a continuación como son la representación por medio de familiares o allegados, o los testamentos vitales, a través de los cuales se pueda extraer una “petición” válida. Es decir, a través de estos medios existe la discusión sobre si se podría conocer si el enfermo llevaría a cabo tal petición, y de este modo, la imposibilidad de recabar en el consentimiento de la persona no supondría directamente el rechazo de la práctica eutanásica, interpretando el art. 143.4 del CP de una manera más amplia, y no

⁸⁸ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Eutanasia y vida independiente...* ob. cit., pp. 70.

estrictamente literal. La obligación por parte del médico tiene lugar cuando en situaciones de urgencia no se puede saber cuál es la voluntad del paciente, y esta tampoco puede ser suplida por los familiares. Véase el caso en el que llegue a urgencias una persona inconsciente que necesita una transfusión de sangre para salvar su vida, en este caso al no poder saber cuál es su voluntad y al no estar acompañado de personas que puedan acreditar la misma el deber del médico es actuar, puesto que la negativa de este tiene como consecuencia una lesión irreversible que es la muerte. Es cuando entra en juego el principio *in dubio pro vita*. Según Núñez Paz se debe precisar las situaciones en las que se justifica la acción del médico sin contar con dicha petición⁸⁹. Estamos ante aquellos casos en los que la única forma de hacer valer el respeto a la dignidad de esa persona sería atenerse a criterios objetivos de valoración, ya que no contamos con la posibilidad de que el paciente manifieste su conformidad o rechazo con el tratamiento. Dichos criterios objetivos establecen que la dignidad de la vida no se reduce a la mera existencia física, sino que también se tienen que tener en cuenta ciertos niveles de calidad de la misma. La dificultad está en establecer qué se entiende por bueno y malo respecto a los pacientes inconscientes, ya que el simple hecho de que no sean ellos los que en primera persona pidan tales actos siempre va a traer dudas al respecto. Es decir, entran en juego aquí los argumentos paternalistas y no paternalistas ya explicados. Por ello, en mi opinión, estas dudas siempre van a estar presentes debido a la inconsciencia de los pacientes, por lo que los argumentos que niegan la posibilidad de acabar con una vida llena de dolor y angustia apoyándose en las dudas acerca de la validez de esa petición, que no se da expresamente como obliga el código, no me parecen suficientes, puesto que si se pudiese acabar con la inconsciencia de dichas personas, no existirían tales dudas, pero como no es así, habrá que atender a otros elementos.

En todos estos casos, estaríamos ante un estado de necesidad del art. 20.5º del CP en los que la situación de riesgo está caracterizada por la gravedad del menoscabo inminente de la salud, o por la muerte de esa persona, que solo puede ser evitada prescindiendo de la averiguación de su voluntad, que no es lo mismo que prescindir de su voluntad, sino que son las circunstancias las que obligan a actuar de otra manera indagando sobre su

⁸⁹ “Cuando el paciente no se encuentre en fase terminal y existan medios adecuados y proporcionados que permitan la mejora de la salud de aquel o en los casos de inconsciencia en que puedan existir probabilidades de salir de ese estado o de desarrollar su conciencia en el futuro (recién nacidos), existiría la obligación de tratamiento.” NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 111.

intención⁹⁰. De lo que se trata es de investigar hasta qué punto el bien jurídico vida es merecedor de esa protección en los casos de pacientes que haya perdido la conciencia de forma irreversible⁹¹. Cabe discutir si en casos como pacientes en EVP se permitiría la aplicación excepcional de la eutanasia activa, ya que en supuestos en que la muerte solo pueda causarse por deshidratación e inanición, lo que conlleva una omisión lenta y agónica, la eutanasia pasiva tan solo supondría un ataque contra su dignidad violando así la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes del art. 15 de la CE. “En este sentido, considera una parte de la doctrina que tampoco resulta típica la eutanasia pasiva perpetrada sin la petición del paciente, siendo suficiente la inexistencia de una oposición del afectado⁹². Esta es también la opinión que comparto, ya que de otra forma el médico sería responsable de su omisión incluso cuando ya no sea capaz de hacer nada más para salvar la vida del paciente.

Un claro ejemplo son los estados vegetativos irreversibles. Esta enfermedad se trata de un tipo de inconsciencia permanente durante la cual la persona que la padece no se da cuenta en absoluto de sí mismo ni de su entorno, a pesar de que mantiene los ojos abiertos, tiene ciclos sueños y vigilia. En estos casos, tal y como dice Núñez Paz “continuar con el tratamiento cuando carece de sentido, sin beneficio alguno para el paciente en cuanto que no existen expectativas de recuperación de la consciencia sino tan sólo de prolongación de la agonía, constituiría un ataque a la dignidad humana. Tales actos podrían incluso constituir tratos inhumanos o degradantes expresamente prohibidos en el art. 15 de la CE”⁹³. Prolongar la vida de estas personas por cualquier medio, sin tener en cuenta los perjuicios que puede conllevar para el paciente dicho acto, puede considerarse a juicio de muchos un supuesto de distanasia (del girego dis, malo, y thanatos, muerte).

Gracias a los avances médicos es verdad que se han conseguido grandes beneficios, aumentando así la esperanza de vida, pero también han tenido como consecuencia la prolongación del sufrimiento y la agonía del enfermo. En mi opinión, una cosa es que

⁹⁰ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 117.

⁹¹ Respecto a la protección legal de la vida, MENDES DE CARVALHO opina que una cosa es afirmar la existencia de vida en algunos supuestos, y otra muy diferente que la lesión a dicho bien jurídico deba ser penalmente castigada a lo largo de toda su existencia. MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 288.

⁹² MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 291.

⁹³ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 116.

la función del médico sea salvar vidas y tratar de curar las mismas, y otra muy distinta que los actos de estos profesionales sean llevados a cabo sin ningún tipo de límite, llegando incluso a dañar otro tipo de derechos fundamentales como puede ser la dignidad humana, o incluso lo establecido en el art. 15 de la CE que prohíbe cualquier tipo de trato inhumano que conlleva el reconocimiento del derecho a la vida⁹⁴.

Es ante esta imposibilidad de recabar sobre la voluntad del paciente enfermo donde surge la siguiente duda: ¿qué es más fiable si el consentimiento dado por familiares y allegados o los llamados testamentos vitales?

4.3.1.1.1. La representación por medio de familiares y los “testamentos vitales”

En un primer momento, la cuestión de los pacientes inconscientes podría solucionarse mediante la aplicación de las reglas del paternalismo débil indirecto y de este modo estaría justificado plenamente la imposición del tratamiento ante la completa ausencia de manifestación de voluntad del enfermo. Este argumento se apoya en el principio de *in dubio pro vita* y de esta manera podría llevarse a cabo el tratamiento tan sólo para que así en un futuro el paciente consciente pueda decidir libremente acerca de la conveniencia y oportunidad del tratamiento. Lo que ocurre es que esta solución sería perfectamente aceptable bajo la condición de que no existiese ningún indicio de un posible rechazo por su parte a la implantación de la medida en cuestión.

Romeo Casabona está a favor de que el médico, entendiéndolo como el adecuado para imponer la medida sanitaria, actúe basándose en criterios estrictamente médicos no subjetivos⁹⁵. Para este autor lo que opinen los familiares y allegados del enfermo servirá para corregir los excesos médicos cuando estos no tengan ningún beneficio para el paciente.

⁹⁴ “El deber de mantener la vida, en principio irrenunciable, terminará allí donde el ser humano esté privado de cualquier posibilidad de conciencia y autorrealización a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción.” NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 115.

⁹⁵ “Los objetivos que impongan el deber de cuidado, concretados en la *lex artis* y en lo que permitan los avances médicos y los medios disponibles en cada circunstancia que, por consiguiente, indicarán si el tratamiento debe o no ser continuado”. ROMEO CASABONA, Carlos M^a. *El Derecho y la Bioética...* ob. cit., pp. 487.

Por el contrario, Mendes de Carvalho es partidaria de que concurren ciertos matices relativos a la racionalidad misma de la imposición de la medida paternalista. Es decir, que dicho tratamiento tenga en cuenta también lo que supuestamente haría una persona hipotética racional, por lo que si dicha intervención no supone ningún beneficio para el enfermo sino que tan solo se alarga, sin ningún tipo de consecuencia positiva final, la agonía de la persona, no sería lógico iniciarla, ya que podríamos estar ante un caso de tratos inhumanos o degradantes prohibidos por la propia CE⁹⁶. Un claro ejemplo sobre el alargamiento ilógico y degradante de la vida es el caso de la norteamericana Nancy Cruzan que tras un accidente automovilístico se quedó en estado vegetativo persistente. Tras ocho años donde su vida estuvo mantenida mediante métodos artificiales, el TS del Estado de Missouri rechazó la solicitud de los padres de desconectarla quienes sabían que su esperanza de mejora era totalmente nula y mantenerla con vida solo aumentaba su agonía. Esta Corte concluyó que el Estado tiene un interés incondicional en preservar la vida, y que el soporte médico de un paciente incompetente podría ser suspendido solo si se cumple adecuadamente con el “estándar de evidencia clara y convincente”. Los Cruzan apelaron a la CS de los EEUU. En junio de 1990 la CS decidió, por 5 votos contra 4, que constitucionalmente la Corte de Missouri requería un alto estándar de evidencia de los deseos de Nancy Cruzan antes de permitir la suspensión del tratamiento. Varios allegados y los propios padres se presentaron en la Corte para testificar acerca de los deseos expresados antes del accidente por Nancy Cruzan que claramente presumían que ella misma hubiese solicitado la desconexión. En diciembre de 1990 la Corte Estatal de Missouri, que inicialmente había escuchado el caso de Nancy Cruzan, dictaminó que la alimentación artificial podía ser suspendida. Finalmente le confirieron el derecho a los padres de Nancy de concretar lo que ellos consideraban lo que era lo mejor para ella. La Corte basó su decisión final en el testimonio de un amigo cercano de Nancy, que dijo que ella había aclarado hace años que no le gustaría continuar viviendo con soporte artificial. En un primer momento, esta historia muestra como a pesar del expediente médico que mostraba la ausencia de esperanza de vida y mejora de Nancy y de la solicitud de los padres de acabar con esa situación inhumana, se impone el derecho a la vida como una obligación incluso cuando esta está muy por debajo de lo que se puede considerar calidad de vida, y donde el fallecimiento de la persona es la única vía posible de acabar con ese estado inhumano

⁹⁶ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 53.

debido a la irreversibilidad de su enfermedad. El caso de Nancy Cruzan fue el primer caso acerca del derecho a morir que apela a la CS de los EEUU (1990). Se trata de un claro ejemplo de como después de años de lucha por primera vez se le daba valor al testimonio de familiares y allegados de la víctima y del reconocimiento de un cierto derecho fundamental a rechazar tratamientos vitales.⁹⁷

En relación con el tema, tiene que dejarse claro que la manifestación del enfermo va a ser siempre la que decida si aplicar o no la medida benéfica según el contenido de la misma, a pesar de que los familiares o allegados, e incluso el médico estimen lo contrario. El problema está precisamente en la prueba de esta declaración de voluntad del paciente, previa al estado de inconsciencia. Es entonces donde tienen su importancia los llamados “testamentos vitales”. Estos documentos consisten en una “declaración escrita en la que una persona con plena capacidad de decisión pide que no se le prolongue la vida artificialmente cuando se halle padeciendo una enfermedad grave irreversible, renunciando al tratamiento médico, con el fin de evitar un sufrimiento sin sentido y sin esperanza alguna de vida, lo que coincide con lo que se denomina <<distanasia>>⁹⁸.

Respecto a los testamentos vitales existen dos posiciones, aquellos que aceptan su validez para afirmar la voluntad del paciente en los casos de inconsciencia, y aquellos que la rechazan. Estos últimos suelen basarse en la gran antelación al momento de disposición de la propia vida, ya que la opinión de esa persona puede haber cambiado. Serrano Gómez y Serrano Maíllo establecen que esta declaración *a priori* debe ser eficaz siempre que la misma haya sido emitida sin ningún vicio, y hacen referencia al problema relativo al cambio de opinión que puede darse en la persona enferma con el transcurso del tiempo. Como solución al mismo disponen que esto se puede salvar con una ratificación periódica del documento⁹⁹.

⁹⁷ SILVA RUIZ, Pedro F. *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*. Revista General de derecho, 1994, núm. 592, pp. 177-194. ISSN 0210-0401. [Fecha de consulta: 6/5/2015]. En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/23/pr/pr11.pdf>

⁹⁸ CARDONA TORRES, Juan. *Derecho penal, parte especial...* ob. cit., pp. 65.

⁹⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Inducción y cooperación al suicidio: homicidio-suicidio: eutanasia. En: Alfonso SERRANO GÓMEZ/ Alfonso SERRANO MAÍLLO. *Curso de derecho penal...* ob. cit., pp. 38.

En mi opinión, la renovación periódica del testamento vital que proponen estos autores no soluciona totalmente el problema expuesto por el mismo, ya que en el momento en el que la persona enferma cae en ese estado de inconsciencia sería imposible llevar a cabo esa ratificación, pero es verdad que, mediante esa propuesta, la voluntad del paciente sería más fiable, ya que es posterior en el tiempo y por lo tanto, más cercana a esa situación de inconsciencia que la voluntad dada en un primer momento que nunca haya sido actualizada.

Por su parte, Manzanares Samaniego es contrario a la validez de los testamentos vitales. Argumenta que estos no resuelven la incertidumbre de qué es lo correcto en los casos en que no se pueda conocer la voluntad del paciente enfermo debido a que este recurso suele limitarse al rechazo de la prolongación artificial de un proceso irreversible, dejando por lo tanto sin respuestas aquellos casos que no se traten de supuestos de esa índole, pero en los que también se tenga que decidir sobre alargar la vida de esa persona o por el contrario no aplicar dicho tratamiento. Además, pone en duda la eficacia de una declaración emitida con tanta antelación¹⁰⁰.

Álvarez Gálvez es consciente de que lo más aconsejable sería que la decisión autónoma del sujeto pasivo fuese lo más expresa y cercana al tiempo de su muerte, pero como dije anteriormente, esto a veces no es posible. Por ello, estima que los testamentos vitales pueden tener los mismos efectos que la voluntad expresada en el momento anterior a la práctica de la eutanasia. Eso sí, siempre que se cumplan los requisitos para que dicho documento sea auténtico. Es decir, el acto debe de ser: personalísimo, no delegable, individual, libre, es decir, que no concurra en su otorgamiento amenazas, violencia, dolo, engaño o fraude, dado en presencia de varios testigos idóneos y de un notario, con un contenido preciso y claro, con una validez temporal, ratificado cada cierto tiempo, y revocable, en cualquier momento y sin formalidad alguna¹⁰¹. Me posiciono totalmente a

¹⁰⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Código Penal: (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio): (comentarios y jurisprudencia). II, Parte especial. (artículos 138 a 639)*. 1ª edición. Granada: Ed. Comares, 2010, pp. 35. ISBN 978-84-9836-748-5. En esta línea, también son contrarios a la validez de los testamentos vitales, autores como SILVA SANCHEZ debido a que pone en duda si el consentimiento fue prestado en un momento en que la persona era consciente y si lo expresado en el mismo es coincidente con la voluntad actual del paciente. SILVA SÁNCHEZ Jesús M^a. *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*. Diario La Ley, 2003, núm.5.840, pp. 2. ISSN 0211-2744.

¹⁰¹ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria...* ob. cit., pp. 210.

favor de la opinión de Álvarez Gálvez, ya que mediante estas exigencias se acabaría más o menos, ya que totalmente, como ya expresé anteriormente, es imposible, con las dudas respecto a la validez de la voluntad del paciente inconciente.

Esta polémica ha sido resuelta en cierta medida por la LRAP. Su art. 11, que regula dichos testamentos, establece que mediante ellos una persona mayor de edad, capaz y libre, podrá manifestar con antelación su voluntad, para que esta sea cumplida cuando se encuentre en situaciones en las que, debido a su estado, no pueda manifestar la misma, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. Respecto a la solución que se da en esta Ley debemos destacar los siguientes puntos: no solo se refiere a casos de inconsciencia, sino también a aquellos en los que no sea posible expresar una voluntad libre y da la posibilidad de que la persona nombre un representante que se encargue de que dicha manifestación sea cumplida.

Respecto al ámbito de aplicación, este es limitado, ya que su art. 11.3 establece “no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas”. Por lo tanto, no sería válido ni legal cumplir la petición de la persona que solicita la práctica de la eutanasia activa directa debido a que esta no está permitida en nuestro ordenamiento.

En los casos en que en el testamento vital se solicite la omisión de medidas de prolongación artificial de la vida cuando todavía existan expectativas reales de recuperación de la persona enferma surge la duda de si debe dárseles el mismo valor que a la negativa expresada con actualidad por el paciente. La doctrina mayoritaria se refiere a los testamentos vitales como un ejemplo de consentimiento presunto, donde encontramos autores como Silva Sánchez. Pero por otro lado, hay autores como Requero Ibáñez que opinan que constituyen un verdadero consentimiento informado, prestado por el enfermo con antelación al momento en el que se debe tomar la decisión respecto de la continuación o interrupción de la terapia vital¹⁰². Por lo tanto, para este

¹⁰² REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. *El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español*. La ley, núm.4, 2002, pp.1899-1904. ISBN 0211-2744.

autor, entre otros, sí se les debe dar el mismo valor, ya que son una legítima manifestación del principio de autonomía, y no de beneficencia.

4.3.1.2. Menores de edad y sujetos con incapacidad

La solución en los casos de menores o incapacitados enfermos sobre cuál es su voluntad respecto al rechazo o no de un determinado tratamiento vital es muy difícil de determinar, ya que debido a su minoría de edad, en principio sus deseos y preferencias no se pueden tener en cuenta puesto que dichas preferencias se van formando conforme van creciendo y desarrollando su potencialidad intelectual.

Un tema muy debatido es el que hace referencia a la eutanasia precoz, es decir, la relacionada con niños nacidos con defectos congénitos que poseen una patología orgánica interrecurrente. Es cierto que los avances médicos han conseguido salvar muchas vidas tanto de fetos con anomalías y de recién nacidos discapacitados con unas condiciones físicas, que antes habrían resultado fatales, como del resto de personas, pero también han tenido otros efectos como una nefasta calidad de vida. Por ello, se plantea lo siguiente: ¿dichos tratamientos intensivos originan más beneficios o más perjuicios para estos pacientes? El problema que existe es que tales supuestos se acercan demasiado al concepto de eugenesia, que supone la eliminación de seres desprovistos de valor vital, pudiendo a mi parecer, sino se regula de una manera más detallada y precisa, argumentar ciertas deficiencias psíquicas, como puede ser el simple nacimiento de un niño con síndrome de Down, en esta supuesta eutanasia precoz. Por ello, hay que dejar bien claro que como eutanasia precoz se entiende aquella que está destinada a supuestos de recién nacidos con malformaciones incurables y mortales a corto plazo, o que conllevan a una vida sin ningún tipo de calidad y sin perspectiva de mejora. Lo que se plantea es si un tratamiento médico estaría justificado o como en los casos de coma irreversible, es considerado desproporcionado y que atenta contra otros derechos fundamentales. Requejo Conde establece que “ha de rechazarse el término de eugenesia, como lo califica Kaufmann, puesto que no es un proceso arbitrario de selección de raza al estilo del régimen nazi”¹⁰³.

¹⁰³ REQUEJO CONDE manifiesta que se debe evitar caer en una especie de eugenesia social a la que se puede llegar si nos apartamos del fin principal, el bien o interés del niño. Se trata de evitar al niño una vida que, por razones médicas, sociales o familiares, se estima sin sentido, objetivamente irrazonable o simplemente como imposible. REQUEJO CONDE, Carmen. *Protección penal de la vida humana*:

Además, este tema se complica aun más, ya que no es posible conocer, dada la edad de estas personas, cuál sería su voluntad, es decir, no tendría el elemento clave y fundamental de la petición. Como dice Núñez Paz, “si la finalidad de la actividad médica es mejorar la salud y mantener la vida del niño, y tal objetivo no es alcanzable, no existiría obligación de mejorar o continuar el tratamiento, aunque si existen dudas habrá de realizarse este, en virtud del principio *in dubio pro vita*”¹⁰⁴. Dentro de la gran complicación sobre qué se entiende beneficioso para los recién nacidos con estas dificultades con tanta trascendencia en su futuro, me parece que lo dicho por este autor sería la decisión más adecuada, ya que lo que no cabe bajo ningún concepto es que un médico permita la muerte, y más cuando un derecho fundamental como la vida está en juego, bajo la mínima duda, ya que el resultado de esto es irreversible.

Pero a pesar de los tantos intentos por dar una solución a estos supuestos, el problema de establecer los límites de actuación de los médicos cuando un derecho fundamental como la vida está en peligro, no resulta tarea fácil. En España, no existen disposiciones explícitas en el ámbito punitivo español sobre los recién nacido con malformaciones graves. La Propuesta de reforma de la Ley General de Salud establece que, dado que estos sujetos no pueden manifestar su voluntad, la decisión será tarea de los padres, y si existe discrepancia entre la opinión de estos y la del médico, este podrá actuar amparado en el estado de necesidad, en los casos de urgencia y cuando crea que la decisión de los padres es perjudicial para el niño. Se tiene que tener en cuenta si los objetivos médicos son alcanzables aunque con una calidad de vida reducida, o si directamente dichos objetivos no lo son, y por lo tanto, no tendría sentido esa intervención. En este segundo supuesto, el tratamiento lo único que conseguiría es atrasar una muerte segura a corto plazo.

Respecto a estos supuestos en los que es necesario la representación por otras personas de la voluntad y petición de estos sujetos es de gran importancia lo establecido en la LAP en su art. 9.3 regulado en el capítulo referente al respeto a la autonomía del

especial consideración de la eutanasia neonatal. Granada: Ed. Comares, 2008, pp. 68. ISBN 978-84-9836-371-5.

¹⁰⁴ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 121.

paciente¹⁰⁵. Este artículo indica en qué casos es necesario que la petición y consentimiento sean otorgados por representación, tratándose de los siguientes:

- a) Cuando el médico crea que el paciente no es capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no se lo permita. En el caso de que el paciente no tenga representante legal, dicho consentimiento será prestado por sus familiares o personas vinculadas a él por razones de hecho.
- b) Cuando la persona esté incapacitada legalmente.
- c) Respecto a los menores de edad, si este no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de esa decisión, será dado por su representante legal, escuchando previamente al menor si tiene doce años. Si dicho menor está emancipado o tiene dieciséis años no cabrá la representación de su consentimiento. Se tiene en cuenta una excepción cuando se trata de una actuación de grave riesgo, ya que una vez informados los padres, su opinión sí se tendrá en cuenta.

En principio, la decisión debe ser tomada por los padres o tutores, siempre que sea en su beneficio, pero ¿qué se entiende por el “bien” del menor de edad o incapaz? Cuando el médico considere que la decisión tomada por los padres o tutores es del todo menos ventajosa para estos pacientes, la decisión se lleva a la autoridad judicial. Pero si además, estamos ante un caso de extrema urgencia y vital donde el tiempo es un factor en contra, el médico podrá intervenir amparado en el estado de necesidad del art. 20.5 del CP.

En conclusión, al igual que los casos en los que es imposible conocer la voluntad de la persona, la decisión de actuar o no se valorará conforme a criterios estrictamente médicos objetivamente razonables, por lo que si los avances médicos determinan que es absurda dicha intervención, la misma no será aceptable aunque la voluntad de los padres o tutores sea contraria a esos principios médicos. “En el caso de que los padres o representantes del menor insistan en seguir con la terapia, el juez deberá tener la última

¹⁰⁵ Art. 9.3 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.

palabra, con independencia de que su decisión se corresponda o no con la voluntad de la familia”¹⁰⁶.

Más concretamente, en lo referente a los sujetos con incapacidad, existen opiniones diferentes, pero la doctrina dominante establece que cuando el enfermo llegue a la fase terminal donde una prolongación de la vida artificialmente solo supondría la vulneración de su dignidad como persona y aumentaría el sufrimiento sin ninguna razón, el deber jurídico garantista del médico cesaría. Lo difícil es tener una respuesta a qué se considera lícito y no en estas situaciones, es decir, hasta qué punto la intervención del médico con el propósito de salvar la vida a una persona que implique prolongarle la vida mediante equipos profesionales es considerada como un tratamiento inútil y desproporcionado o todo lo contrario. Según Núñez Paz nos explica en su libro, un sector doctrinal considera el encarnizamiento artificial, que es definido por el art. 20 del Código deontológico italiano de 15 de julio de 1989 como “la obstinación irracional en tratamiento de los cuales no se pueda, fundadamente, esperar un beneficio para el paciente o una mejora de la calidad de vida”, como un tratamiento inútil y desproporcionado respecto de unos resultados previsibles. “El problema radicaría entonces en establecer y precisar qué se entiende por medios necesarios y adecuados”. La doctrina dominante ha llegado a la conclusión de que, teniendo en cuenta las condiciones y el interés de la persona, en casos como el coma reversible, el médico tendrá la obligación de aplicar el tratamiento ordinario, pero no así en los casos en que sea irreversible.

Como bien dice el Consejo de Europa, la prolongación de la vida no puede considerarse como objetivo exclusivo de la práctica médica¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 65.

¹⁰⁷ Recomendación núm. 779 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 29 de enero de 1976, (párrafo 6º), consultada en: QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1988, vol. 41, núm. 1, pp. 115-136. ISSN 0210-3001. Respecto a los sujetos con incapacidad, se recomienda NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit. Este autor opina que si bien hay que resaltar tanto el deber de mantener la vida por parte del médico, como el de curar y aliviar el sufrimiento, aquel deber de mantener la vida, que es en principio irrenunciable, debe terminar allí donde el ser humano esté privado de toda posibilidad de conciencia y autorrealización.

Por lo tanto como modo de conclusión, tanto supuestos en que el afectado ha perdido irreversiblemente la conciencia, como en los casos en los que, según los conocimientos médicos, debido a la proximidad de la muerte y valorando el estado de sufrimiento de la persona y la inutilidad del mantenimiento artificial de la vida, todo tratamiento carecería de sentido, no será una acción punible la interrupción u omisión del mantenimiento de la misma.

4.3.2. Requisitos relativos a la enfermedad

Otro de los requisitos que tienen que concurrir para encontrarnos ante un supuesto eutanásico y así hallarnos ante una figura privilegiada respecto al homicidio simple vienen determinados en el propio art. 143.4 del CP, y es: que la víctima padezca una enfermedad grave que le conduzca necesariamente a la muerte, o que le produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. Por lo tanto, la primera conclusión que podemos extraer es la alternatividad entre estos dos requisitos, pudiéndose tratar de enfermos cuyo pronóstico médico no contemple el final de su vida, pero sí tenga como efectos graves dolores permanentes y complicados de soportar.

Pero, ¿qué se entiende por graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar? ¿Tan solo aquellos físicos o también los psicológicos? Según la doctrina mayoritaria deben descartarse los mentales debido a que, como requisito del consentimiento del paciente, su petición debe ser expresa, seria e inequívoca, y por lo tanto, las personas que sufren alguna enfermedad mental no lo cumplirían. “Impediría la aplicación de la pena atenuada y determinaría incluso la punición del autor de la conducta por un delito de homicidio, ya que en tales casos no es posible sostener que el suicidio fuese producto de una reflexión ponderada del sujeto pasivo”¹⁰⁸. Gómez Pavón manifiesta que es el propio CP el que no hace ninguna clasificación de las enfermedades que se pueden incluir, dejando así la duda de si solo estaríamos ante un caso de eutanasia, cuando hablamos de enfermedades físicas, o si se podrían incluir también las mentales¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Descarta la posibilidad de subsumir bajo la protección del art. 143.4 del CP los casos de enfermedades mentales autores como MENDES DE CARVALHO. MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 335.

¹⁰⁹ “No existe limitación legal alguna para considerar que esa grave enfermedad pueda ser de cualquiera de las dos clases, igual que los sufrimientos que ocasiona”. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 56.

Respecto a los pacientes que sufren alguna enfermedad mental me posiciono en el pensamiento de Mendes de Carvalho, no incluyéndolas como supuesto recogido de la eutanasia. Una de las características que suele, en la mayoría de los casos, ser típica de los enfermos mentales es su inestabilidad emocional, lo que conlleva que la decisión de querer morir no pueda ser del todo racional, ya que la misma puede variar en función del momento en que se encuentre dicha enfermedad. Es decir, puede que hoy su voluntad sea la de morir, voluntad que no puede ser fiable, ya que dicha persona está influenciada por un trastorno mental que no le deje ver más allá de la realidad que el cree, por complejos sociales...etc, y que en un futuro casi inmediato dicha decisión sea completamente la contraria. Véase por ejemplo, los casos de personas esquizofrénicas donde la realidad que ellos perciben se encuentran modificada por dicho trastorno mental crónico, que están caracterizados por la falta de percepción de la realidad o alteración en la percepción, si dicha realidad esta completamente alterada por los síntomas de esta enfermedad, ¿qué validez puede tener su consentimiento a la hora de solicitar su derecho a la muerte?

Cuando hago referencia a los problemas que existen en la validez de la petición de estas personas, tan solo me estoy refiriendo a supuestos de enfermedades mentales crónicas o graves, puesto que casos como depresiones temporales están lógicamente fuera de toda discusión. Pero, el problema más importante está en los casos en que además de esa enfermedad mental crónica, dicha persona también padece una enfermedad grave, que le conduzca necesariamente a la muerte o que le produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, y solicita que se le practique la eutanasia. Entonces, ¿a qué nos tendríamos que apoyar a la hora de tomar un decisión, en el cumplimiento de los requisitos de la enfermedad física o en la no validez de su petición debido a esa segunda enfermedad mental? Desde mi punto de vista, si mediante un informe médico se demuestra que dicha enfermedad grave cumple los requisitos exigidos por el art. 143.4 del CP y además, se le somete a dicho sujeto a un tratamiento psiquiátrico que demuestra que durante un periodo de tiempo considerable su voluntad ha sido siempre la misma, me parece que lo más correcto sería equipararlo a los supuestos de personas racionales que se encuentran en esa misma situación, puesto que para ambos casos la continuación del tratamiento, por ejemplo, solo supondría un aumento de la agonía de dicha persona sin ningún tipo de esperanza.

Existen diferentes posturas acerca de otros supuestos asimilables a estas situaciones como son los casos de padecimientos postraumáticos en las personas tetraplégicas. Por un lado, hay quien sostiene que estos casos deben quedar fuera de la atenuación de la eutanasia, mientras que otros están a favor de una interpretación extensiva del término “enfermedad” incluyéndolo así como supuestos eutanásicos. Me parece de una especial importancia lo desarrollado en el libro *Eutanasia y cine* donde se discute si son casos de eutanasia los narrados en películas como *Mar adentro*, *Million Dollar Baby...etc.*, donde todos tratan sobre personas tetraplégicas que solicitan esta práctica. El autor de este libro establece que esta inclusión depende de si se toma un concepto estrecho o amplio del término eutanasia. En su opinión, “en ambos casos es patente de forma tácita que los enfermos piden que se les ayude a morir y, por tanto, estamos ante supuestos de eutanasia”, ya que además, los dos protagonistas sufren una enfermedad irreversible¹¹⁰.

Desde un punto de vista personal y coincidiendo con lo manifestado por Álvarez Gálvez, todas estas incertidumbres sobre qué enfermedades sí están incluidas en estos supuestos, sobre cuáles no, si debe entenderse solo aquellas meramente físicas o también mentales...etc., se debe precisamente a la poca claridad del art. 143.4 del CP que conlleva más dudas que soluciones. La ley no indica qué enfermedades se deben considerar graves, no existe un listado de estas. No basta con que necesariamente conduzca a la muerte, de esta manera se aclararían muchas dudas, ya que eso si es una consecuencia que se pueda conocer por parte de los profesionales de la medicina, sino que exige que sea grave, sin indicar qué se debe entender por este concepto. Es verdad que toda enfermedad que conduzca a la muerte lleva la característica de grave implícita, entonces, ¿para qué se menciona dicho vocablo a parte?¹¹¹. Además, con los avances de la medicina con los que cada vez se descubren nuevos métodos, el segundo requisito, que obliga a que esa enfermedad grave produzca unos padecimientos permanentes y difíciles de soportar, dejaría de concurrir por ejemplo para aquellos casos en los que mediante métodos sanitarios esos dolores pudieran ser aliviados, y por ello, ¿ya no estaríamos ante un supuestos eutanásico?

¹¹⁰ RIVAYA GARCÍA, Benjamín. Trilogía cinematográfica de la eutanasia: Las invasiones bárbaras, *Mar adentro*, *Million Dollar Baby*. En: Benjamín RIVAYA GARCÍA/ Ricardo GARCÍA MANRIQUE/ Víctor MÉNDEZ BAIGES. *Eutanasia y cine*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 14-64. ISBN 978-84-9876-020-0.

¹¹¹ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo. *La eutanasia voluntaria...* ob. cit., pp. 257.

Un caso muy mediático y de mucha trascendencia en el ámbito de los supuestos eutanásicos de personas tetrapléjicas fue el de Ramón Sampedro y el posterior auto 242/1998, de 11 de noviembre de 1998 presentado ante el TC por Manuela Sanlés, heredera del fallecido, que solicitaba a tenor del art. 61 del CC como del art. 9.7 de la LEC su derecho a suceder al difunto por el hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y así poder seguir con el procedimiento iniciado por Ramón Sampedro. Los hechos fueron los siguientes: el 23 de agosto de 1968, Ramón Sampedro Cameán sufrió un accidente que le produjo una tetraplejía irreversible. El 12 de julio de 1995 inició una acción de jurisdicción voluntaria ante el Juzgado de Primera Instancia de Noia, A Coruña, alegando el derecho a morir con dignidad mediante la administración de las sustancias necesarias para poner fin a su vida, sin que por ello pudiera ser perseguido penalmente. Dicha petición fue denegada aduciendo que el art. 143 del CP sancionaba este hecho como delito de auxilio al suicidio. Ramón Sampedro apeló ante la AP de A Coruña, la cual rechazó el recurso, confirmando la decisión del Juzgado de primera instancia. El 16 de diciembre de ese mismo año Ramón Sampedro interpuso recurso de amparo ante el TC, basando el mismo en una violación a su dignidad y a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física y moral así como a un proceso con equidad, recurso que fue admitido a trámite el 27 de enero de 1997. Finalmente, en 1998 Ramón Sampedro contando con la ayuda anónima de otra persona se suicidó. Debido a la falta de prueba de quién había cometido tales hechos, el caso fue sobreseído. La heredera de Ramón Sampedro en 1999 acudió al TEDH alegando la violación del derecho a una vida y a una muerte dignas respecto de Ramón Sampedro; a la no ingerencia del Estado en el ejercicio de su libertad, así como de su derecho a la igualdad. El TEDH declaró inadmisibile la demanda. La autora alegó que dicha decisión viola una serie de preceptos del PIDCP, que son los siguientes: la consideración como delito de auxilio al suicidio supone una vulneración de su art.17 que contempla el derecho de las personas a una vida privada sin injerencias externas arbitrarias, no se respeta su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes contemplado en el art.7 del Pacto, ya que la tetraplejía que este padecía tenía una considerable repercusión cotidiana y la inmovilidad significaba para él un sufrimiento acumulado e irresistible, se viola el art.6 del mismo pacto, ya que el derecho a la vida que recoge dicho precepto no se refiere exclusivamente a concepción biológica, sino que esta debe ser una vida digna, opuesta a la situación humillante que padeció el señor Sampedro durante más de 29 años. La autora sostiene una violación del párrafo 1 del

art. 18 del Pacto, afirmando que la decisión de Ramón Sampedro emanaba de la libertad de pensamiento y de conciencia, y del derecho a manifestar sus convicciones individuales a través de prácticas o hechos. Además, alega una violación del art. 9 argumentando que el derecho a la libertad debe ser concebido como el derecho a hacer todo aquello que no perjudique los derechos de los demás, y que la presunta víctima solo pedía la eutanasia para él y no para otros, por lo que la injerencia del Estado en su decisión no está justificada. Se viola el derecho a la igualdad comparándolo con las personas suicidas que no son responsables criminales, mientras que personas impedidas completamente para conseguir ese mismo fin, no puede contar con la ayuda necesaria de terceras personas¹¹².

Respecto al caso de Ramón Sampedro, me parece que la decisión tomada por los diferentes Juzgados de negarle la posibilidad de acabar con su sufrimiento y su vida traumática y no querida por el propio sujeto es un acto que completamente atenta contra derechos fundamentales tan importantes como la dignidad de la persona, la libertad, el derecho a una vida que no suponga tratos inhumanos ni degradantes... etc. Además, en este caso se contaba con la petición expresa, seria e inequívoca del propio paciente que suplicaba acabar con esa vida que para su punto de vista no tenía la calidad mínima, deseada y exigible, por lo tanto, se cumplían los requisitos relativos a la petición como a la enfermedad. La eutanasia exige que la persona padezca dolores permanentes y difíciles de soportar, y al contrario de lo que muchas personas piensan, la tetraplejia tiene consecuencias muy catastróficas, además de toda la carga mental debido a que su recuperación es nula prácticamente, también pueden padecer infecciones intrahospitalarias, espasmos musculares, la función respiratoria deteriorada... entre muchas otras, por lo que no cabe duda de que dicho requisito sí se cumple. Además, en casos de tetraplejia, donde la única manera de conseguir el fin que se solicita, es decir, la muerte o mejor dicho el fin de esa tortura, si la única solución para conseguirlo es mediante la eutanasia activa directa, como ya dije anteriormente, estoy a favor, ya que en muchos casos resulta menos atentador contra los derechos fundamentales de una persona que las modalidades de eutanasia pasiva y activa indirecta que si están permitidas.

¹¹² Auto 242/1998 del TC. Consultado en la página web del Tribunal Constitucional de España, el día 20/06/2015. [<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/AUTO/1998/242>]. Fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª). Consultado en: <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.catoute.unileon.es>.

4.3.3. Requisitos relativos al sujeto activo

Se debe aclarar que como requisitos del sujeto activo de este delito solamente estoy haciendo referencia a la eutanasia activa directa, ya que la pasiva y activa indirecta no están penadas por nuestro ordenamiento jurídico.

El delito de la eutanasia activa directa es un delito común, por lo que no es necesario ninguna característica especial referente a las personas que lo pueden llevar a cabo. Se da una discrepancia entre los que creen que la atenuación de la pena debe darse en los casos en los que la eutanasia activa directa sea efectuada por una familiar del enfermo, opción que es aplaudida por una buena parte de la doctrina, y los que opinan que hubiese sido mejor que dicho privilegio de reducción de la pena se limitase a los supuestos perpetrados en el ámbito médico-asistencial, ciñéndose el círculo de sujetos activos al personal médico. La segunda hipótesis es defendida por autores como Mendes de Carvalho que opina que “en el caso de que se aprobara una completa despenalización de este delito, habría que plantear si, por razones de seguridad jurídica y con el fin de evitar los peligros de la llamada pendiente resbaladiza, no sería más conveniente que la práctica de la eutanasia activa quedase reservada a la profesión médica”¹¹³. Al contrario, Serrano Ruiz-Calderón considera que no debe haber una agravación de la pena basándose en si los actos de este delito fueron realizados por un cercano, pariente o un amigo, o por un médico o enfermero¹¹⁴.

En cuanto a los motivos que deben concurrir en el sujeto activo para llevar a cabo esos actos, el precepto del CP no dice nada expresamente, lo que es muy criticado por una gran parte de la doctrina. Dicha omisión legislativa, sin embargo, es “defendida” por un sector que argumenta que el móvil humanitario estaría implícito o se deduce del propio contexto, y esta es considerada la interpretación correcta¹¹⁵.

Personalmente, me parece que respecto al sujeto activo, la atenuación del delito de eutanasia activa directa no se debe basar en quién lo ha realizado, si el equipo médico-

¹¹³ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 337.

¹¹⁴ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Eutanasia y vida independiente...* ob. cit., pp. 51.

¹¹⁵ En esta posición, González Rus establece que “el ánimo de procurar una muerte dulce, sin dolor, y para poner fin con ella a la dramática situación del sujeto, ha de ser motivo determinante del actuar”. GONZÁLEZ RUS, Juan José. “El homicidio y sus formas (II): Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia”. En: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (coord.)/ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (aut.)/ GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Sistema de derecho penal español: parte especial*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, pp. 27-56. ISBN 978-84-9982-813-8.

sanitario o los familiares y allegados, sino que para mí el hecho de que sea una razón humanitaria la que pretende acabar con una vida llena de agonía y sufrimiento no querida por el propio titular tiene que ser lo que explique dicha atenuación. También es verdad, como dice Mendes de Carvalho, que ante una posible legalización de este tipo de eutanasia es más recomendable que se imponga que el sujeto activo sean los profesionales de la medicina, ya que de esta manera se evitan riesgos e inseguridades de que se realicen muertes que no estén contempladas como supuestos eutanásicos. Pero, repito que no creo que la atenuación de esta modalidad tenga que basarse en quién debe ser el sujeto activo, sino más bien en el móvil humanitario y piadoso que le mueve a este sujeto de acabar con ese sufrimiento que expresa o presuntamente solicita el enfermo.

5. Supuestos problemáticos en el contexto eutanásico

Los siguientes supuestos no está tan claro que se pueda hablar de atipicidad debido a la falta de algunos de los presupuestos exigibles para encontrarnos ante ese privilegio que establece la ley.

5.1. El rechazo al tratamiento vital

Es de especial importancia en lo relativo a este tema tan controvertido la interpretación de los arts. 1.1, 10 y 15 de la CE¹¹⁶. La LGS de 25 de abril de 1986 por una parte afirma que el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, pero a su vez, en su art. 10.6 establecía una serie de limitaciones en las que la petición del paciente no tiene la suficiente validez como para cumplir con aquello que el enfermo solicita en lo referido a la no aplicación del tratamiento. Estos supuestos se dan cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, cuando el enfermo no esté capacitado para tomar decisiones y en los casos de urgencia¹¹⁷. Este art. 10.6 fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002 que en su art. 9.2 establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes

¹¹⁶ Dichos artículos establecen lo siguiente: art. 1.1 “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, art. 10 “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” y art.15 ““todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

¹¹⁷ *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.*

casos: cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, y cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él¹¹⁸. Salvo estos casos, si el sujeto está en las condiciones exigidas para manifestar cuál es su voluntad, aunque esta fuese, desde un punto de vista objetivo, negativa y pusiese en riesgo su vida, dicha decisión tendría que llevarse a efecto¹¹⁹.

Al igual que no se puede obligar a una persona a que acuda al médico porque tiene síntomas de padecer una enfermedad, opino que tampoco se le puede obligar a someterse a un tratamiento, ya que si fuese una obligación por parte del médico actuar en contra de la voluntad de la persona enferma que rechaza un tratamiento vital, también lo sería el hecho de obligar a alguien que parece estar enfermo a acudir al hospital, y esto último es materialmente imposible. Pero a mi parecer, toda regla pueda tener una serie de excepciones como son estos casos explicados, donde existe otros elementos de mayor peso que obligan a actuar como son los intereses colectivos, la falta de capacidad de ciertas personas para tomar decisiones coherentes y racionales, y el principio *in dubio pro vita* en los pacientes inconscientes de supuestos de urgencia.

5.2. El “encarnizamiento terapéutico”

El encarnizamiento terapéutico se refiere a aquellas prácticas médicas, surgidas de la mentalidad tecnológica y productiva de esta ciencia, que tienen como objetivo la duración máxima de vida del enfermo terminal. Es decir, se trata de la abusividad por parte del médico de la aplicación de ciertos tratamientos vitales que prolongan la situación de agonía del enfermo hasta extremos difícilmente justificables¹²⁰.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ “Por consiguiente, según este punto de vista, el paciente capaz mentalmente podría, en principio, negarse al tratamiento siempre que su decisión sea seria e informada, aunque al rechazarlo ponga en peligro su vida”. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 109.

¹²⁰ “El resultado es que al paciente se le trata como objeto, más que como sujeto”. RIVAYA GARCÍA, Benjamín. “Trilogía cinematográfica de la eutanasia: Las invasiones bárbaras, Mar adentro, Million Dollar Baby”. En: Benjamín RIVAYA GARCÍA/ Ricardo GARCÍA MANRIQUE/ Víctor MÉNDEZ BAIGES. *Eutanasia y cine*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. ISBN 978-84-9876-020-0. ob. cit., pp. 14-64.

Los avances tecnológicos han conllevado muchas ventajas en el mundo de la medicina como pueden ser el descubrimiento de curas de ciertas enfermedades, entre muchas otras, pero al mismo tiempo, debido a la creación de máquinas que mantienen a una persona con vida artificialmente, también han tenido sus grandes inconvenientes como es la prolongación de la una vida sin sentido, llegando al punto de encontrarnos ante tratos inhumanos y degradantes. Tal y como dice Mendes de Carvalho, si el médico insiste en seguir o iniciar un tratamiento que objetivamente resulta inútil para la protección del bien jurídico vida porque el paciente no presenta perspectivas de recuperación, este podrá ser responsable de una falta de malos tratos de obra o incluso de un delito de torturas¹²¹.

Según Núñez Paz, la eutanasia implica en todas sus vertientes la previa supervivencia de todas las funciones vitales. Por lo tanto, cuando el paciente solo conserva algunas funciones vitales de forma artificial, el tratamiento debe suspenderse. Hay que tener en cuenta que se está dejando atrás el concepto de muerte como paralización irreversible de la actividad respiratoria y circulatoria, dando paso a la identificación de ese concepto como la cesación definitiva de las funciones cerebrales (muerte cerebral). Respecto a cuándo se considera que un individuo en estos casos tan problemáticos se puede considerar que ya ha muerto, ha existido y existe una gran polémica. En definitiva, tal y como establece Núñez Paz, “es posible afirmar que la muerte clínica del hombre coincide con la de su encéfalo; por consiguiente, con la cesación total de la actividad del sistema nervioso central, lo cual sintoniza con la concepción personalista que considera el sistema nervioso central la base de la personalidad.”¹²² Además, el problema de la muerte cerebral tiene mucho hincapié respecto al trasplante de órganos de pacientes que mantienen sus órganos vitales en funcionamiento por mecanismo artificiales. La LTO¹²³ (art. 5) y el RD 426/1980, de 22 de febrero de 1980 (art. 10) establecen que una vez que se ha comprobado que efectivamente se ha producido la muerte cerebral el cirujano está autorizado para extraer los órganos necesarios para el trasplante.¹²⁴ “El concepto de

¹²¹ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 290. Serrano Ruiz-Calderón entiende que de esta manera “el hombre se mecaniza en su definitiva supeditación a la máquina, cuyo cometido ya no es curar o mejorar, sino tan solo prolongar” SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Eutanasia y vida independiente...* ob. cit., pp. 122.

¹²² NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 112.

¹²³ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplantes de órganos.

¹²⁴ La LTO establece en su art. 5. 1º y 2º lo siguiente: “1. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con

muerte cerebral constituye hoy el momento a partir del que no se puede hablar ya de homicidio o de eutanasia, y existiría la obligación para el médico de poner fin a toda actividad terapéutica”¹²⁵.

5.3. La desconexión del reanimador

Como ya dije anteriormente, la eutanasia pasiva, permitida en España, puede tratarse tanto de la no iniciación de un tratamiento como la suspensión del mismo. Respecto a la desconexión de aparatos técnicos que mantienen al paciente con vida o alguna de sus funciones vitales, se discute por la doctrina si esto supone un conducta activa o si se trataría de una omisión. Es decir, en la esfera del comportamiento punible surge la duda de si hay que concebir siempre *el hacer* como delito de comisión y, al contrario, hay que subsumir *el dejar* en el tipo de un delito de omisión. En resumidas cuentas, ¿necesariamente corresponde la calificación jurídica a la forma de comportamiento humano hallada previamente? o ¿también hay «delitos de comisión por omisión» y «delitos de omisión por hacer»? En primer lugar, es importante distinguir entre la no iniciación de un tratamiento, lo cual no cabe discusión de que se trata de un acto puramente omisivo, ya que el médico se limita a no hacer “nada”, simplemente que el curso normal de la vida siga su camino, de la interrupción de uno ya iniciado que es donde podemos apreciar discrepancias en la doctrina. Para el sector que defiende el carácter omisivo de dicho “acto” la desconexión del aparato debe entenderse como la omisión de continuar con el tratamiento, donde encontramos autores como Díez Ripollés¹²⁶. En la postura contraria se defiende que la retirada del aparato supone unos efectos que sin ese obrar activo no se hubiesen producido, como manifiesta Torío. Personalmente, considero que la base de esta discusión no está en decidir si el hecho concreto de “desenchufar” un aparato que mantiene con vida a una persona debe considerarse acción u omisión, sino que lo determinante debe ser si se está adelantando

la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres Médicos, entre los que deberán figurar, un Neurólogo o Neurocirujano y el Jefe del Servicio de la Unidad médica correspondiente, o su sustituto; ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante. 2. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.”

¹²⁵ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 114.

¹²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “Suicidio y homicidio consentido”. En: José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (dir.)/ Luis GRACIA MARTÍN (coaut.). *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 199-257. ISBN 84-8002-085-1.

de esa manera la muerte de esa persona (pudiendo considerarlo así como acción) o se considera que se está dejando transcurrir el curso normal de la vida (pudiendo tratarse de una mera omisión). Parto de la idea de que es el hecho de mantener la vida de un paciente artificialmente lo que hace que el curso de la vida de una persona no siga su camino normal, alargando una vida que sin esos aparatos no tendría esa duración, por lo que podemos asimilar el hecho de “adelantar la muerte” mediante esa desconexión con “la prologación de la vida” de forma artificial. Es decir, con la desconexión del aparato lo que se está haciendo es devolver al paciente a su curso causal normal y dejando que mediante sus propios órganos vitales sobreviva el tiempo que estos mismos puedan, tratándose así de una mera omisión¹²⁷. Coincido así con Núñez Paz que considera ambas conductas como omisivas en cuanto que consisten en la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico-quirúrgico, constituyendo los aparatos una prolongación de la actividad del médico.

Un sector científico distingue la eutanasia pasiva por omisión y la eutanasia pasiva por acción. Ambos supuestos son considerados lícitos, ya que por una parte, en referencia al primero, el médico no está obligado ni a prolongar la vida en contra la voluntad del propio enfermo ni, cuando no siendo posible recabar en el consentimiento, de mantener la agonía de una persona sin ninguna esperanza de recuperación, y respecto a la eutanasia pasiva por acción, esa licitud se debe a la falta de imputación objetiva, ya que el riesgo de muerte que se acaba ocasionando debido a esta desconexión no es un riesgo que la norma quería evitar, sino que la persona muere debido a que sus órganos vitales por sí solos no son capaces de mantenerlo con vida. Por lo tanto, “la desconexión de un reanimador por un médico o persona autorizada, no por un tercero, deber ser considerada como omisión para proseguir un tratamiento, ya que tales tratamientos se consideran una prolongación de la actividad del médico que se subsume en el concepto de eutanasia pasiva”¹²⁸.

Roxin¹²⁹ trata este tema del límite entre comisión y omisión destacando los siguientes

¹²⁷ En esta línea me parece importante lo manifestado por Gómez Pavón: “la cadena causal no se impulsa por la desconexión, al contrario, lo que se hace es renunciar a interrumpirla”. GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 53.

¹²⁸ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 125.

¹²⁹ Para el desarrollo de los problemas que conllevan la diferenciación entre comisión y omisión se recomienda ROXIN. Claus. “En el límite entre comisión y omisión. En: Claus ROXIN/ Diego Manuel

autores: Grünwald y Armin Kaufmann afirman con diversas fundamentaciones que los delitos impropios de omisión no se pueden subsumir en el tipo de los delitos de comisión, sino en un tipo, autónomo y no escrito, del imperativo al garante, y esto no significa sino que los delitos impropios de omisión no son delitos de comisión por omisión, sino puros delitos de omisión. Por otra parte, tratan la figura jurídica de la omisión por hacer, ganando terreno la posibilidad de que no existan delitos de comisión por omisión y sí, en cambio, delitos de omisión por comisión.

En muchos casos, después de un cierto tiempo, se observa que seguir aplicando la máquina cardio-pulmonar no promete tener éxito por mucho más tiempo, porque, por ejemplo, el cerebro del paciente ha quedado irreparablemente dañado y nunca recuperará la consciencia ni la capacidad de seguir viviendo sin el reanimado, entonces ¿puede el médico en ese caso parar el respirador, o sería culpable de un homicidio si lo hace? Las manifestaciones que los autores han hecho hasta el momento sostienen puntos de vista opuestos y son explicadas por el propio Roxin: Geilen opina que “si el cerebro aparece irreversiblemente dañado y, en consecuencia, ya no existe ninguna posibilidad de que el paciente recobre alguna función vital espontánea o, al menos, la conciencia, entonces terminar con los intentos de reanimación es una forma permitida de la eutanasia pasiva pese a la actividad desplegada fenotípicamente en ella. El médico tendrá que desconectar el aparato y, en tanto en cuanto, intervendrá activamente en un proceso causal en marcha. Este caso no puede recibir calificación distinta del de la interrupción de un tratamiento manual”. Por su parte, Bockelmann, en contra de Geilen, opina que este, al hablar de intervención activa en el curso causal, ha mencionado precisamente el elemento en el que se pone de manifiesto que el comportamiento del médico es acción y no sólo omisión.

Para Roxin este es un caso claro de omisión impune por hacer, que estructuralmente es exactamente comparable a la tan discutida detención de una cadena causal salvadora que no era obligatoria legalmente. El mismo Bockelmann ve que ese caso no se puede comparar al de una muerte cometida mediante «veneno, punción o corte», pues mientras que en dichas acciones se crea una nueva causa de muerte y son, por supuesto, punibles,

LUZÓN PEÑA. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976, pp. 226-248. ISBN 84-290-1243-5.

en este otro caso al parar el aparato sólo se reproduce el statu quo anterior.

Pues bien, lo realizado por el tercero es impune sólo si se para la máquina por orden del médico legitimado para ello, pero la misma conducta es punible siempre que el tercero por propia iniciativa anula la acción de otro tendente a mantener aquella vida.

Para Roxin el desistimiento mediante un hacer «positivo» también queda fuera del tipo comisivo y es además impune si el deber de acción existente al principio desaparece posteriormente debido a un cambio de la situación, por ejemplo, si posteriormente empeora tanto el estado del paciente que no tenga solución y ya no tenga razón alguna el empleo de medidas para prolongar artificialmente su vida. En cambio, naturalmente existe un homicidio si se para la máquina en un momento en que el paciente tenía una probabilidad (aunque fuera escasa) de sobrevivir o en el que su estado presentaba incluso síntomas de mejoría, del mismo modo que sería punible la conducta del médico que en tales circunstancias omitiera emplear la respiración artificial.

Coincido con Roxin cuando dice que la opinión sustentada por Geinlen es la acertada cuando este autor establece que con el rápido crecimiento de lo «factible» en medicina también tienen que desplazarse los límites de lo que el médico no tiene por qué «hacer» en determinadas circunstancias. Considero que es correcto que el médico debe hacer lo máximo posible por mantener y prolongar una vida consciente y apta para seguir viviendo, siempre que su titular lo desee, y dentro de unos límites en el respeto de los demás derechos de la persona, pero ni médica ni humanamente tendría el menor sentido imponer el deber de prolongar de modo exclusivamente artificial una vida que se va a extinguir con seguridad y en la que no es posible volver a despertar sus funciones mentales, es decir, como hice mención en el Capítulo I no existe un “deber de vivir”, sino un derecho.

Según la opinión ampliamente dominante, el médico no tiene el deber jurídico de prolongar por medios artificiales una vida que se extingue de modo inevitable, por lo cual no habría homicidio por omisión si el médico permanece inactivo en un caso así.

5.4. El caso de los testigos de Jehová

Los testigos de Jehová, debido a sus creencias religiosas, están en contra de las transfusiones de sangre, incluso aunque esto suponga un grave peligro para su vida, hasta el punto de aceptar un posible fallecimiento. En este apartado se hace referencia a aquellos supuestos en los que se discute qué es lo correcto respecto a las personas pertenecientes al grupo religioso conocido como Testigos de Jehová que necesitan una transfusión de sangre para su supervivencia y debido a la inconsciencia en la que se encuentran en determinadas circunstancias no se puede saber cuál es su voluntad, si aplicar el tratamiento o asumir su muerte. El conflicto de deberes entre el deber de proteger la vida del paciente y el de respetar su libertad religiosa, reconocido en la CE en su art. 16, en estos casos plantea situaciones extraordinariamente conflictivas, ya que el médico, como profesional a la hora de realizar esa transfusión vital, se encuentra con el problema de tener que barajar qué deber prevalece.

En un ámbito médico-sanitario, se plantea la posible responsabilidad del médico que actúa de manera forzosa imponiéndole dicho tratamiento en busca de lo que él mismo considera más beneficioso para esta persona, pero que en cambio para la misma supone una vulneración de su derecho a la libertad religiosa. Núñez Paz desarrolla las diferentes posturas que existen respecto a este tema: un sector doctrinal considera que estaremos ante un posible delito de coacciones del art. 172 del CP o de malos tratos de obra no amparados en el estado de necesidad en el caso de que el equipo médico actúe sin la voluntad de este tipo de pacientes. Por otra parte, existe la posibilidad de que se pueda calificar como delito de auxilio omisivo al suicidio, pero dicha calificación debe ser descartada en el caso de que se coincida en que no se trata de una persona suicida. Para Núñez Paz el testigo de Jehová no pretende su muerte, solo que antepone sus creencias y hábitos religiosos a su propia vida, asumiendo el mismo las consecuencias de esta balanza de intereses, como puede ser su propia muerte¹³⁰. Sin embargo, este mismo autor hace una excepción a la no consideración de suicida de un testigo de Jehová que rechaza una transfusión que es la única vía posible de salvarle la vida, aún siendo consciente de que esta negativa le va a causar la muerte. Argumenta que, al menos indirectamente, dicha persona tiene una voluntad de morir, ya que la muerte se presenta

¹³⁰ Así manifiesta que “no nos encontramos ante un suicida, sino ante una persona que quiere vivir, aunque no a toda costa ni a cualquier precio”. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 131.

como consecuencia necesaria y directa de su rechazo. Esta calificación como suicida no significa para este autor que el rechazo a este tratamiento no deba ser respetado como comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica.

La consideración de suicida puede tener su explicación tanto en base al dolo directo de segundo grado como en el eventual, ya que aunque su propósito no es morir, conoce que mediante sus actos va a causar ese resultado, asumiendo así el mismo.

El médico no se encuentra en la posición de garante desde el mismo momento en que este ha informado de los riesgos de la ausencia de dicho tratamiento al enfermo y, a pesar de ello, el paciente insiste en rechazar dicha transfusión¹³¹. Teniendo en cuenta esta opinión, en los casos en que se supiese cuál es la voluntad del testigo de Jehová que llega en estado inconsciente al hospital, habría que acatar la misma, pero en ningún caso se podrá admitir el rechazo a la transfusión por parte de familiares, allegados o representantes cuando no hay forma de comprobar dicha voluntad. Esta voluntad se podrá acreditar en un una declaración escrita del mismo o mediante el llamado testamento biológico, pero esta cuestión suscita muchas más dudas.

Muchos autores amparan la legalización de la imposición del tratamiento médico en estos casos de testigos de Jehová en el estado de necesidad del art. 20.5º del CP. Gómez Pavón dice que cuando se pueda presumir la oposición al transfusión de sangre la actuación médica no podrá ampararse por un estado de necesidad justificante. En su opinión, el consentimiento presunto no se trata de establecer lo que hubiera hecho el llamado “hombre medio”, ni de sustituir la voluntad del enfermo por la propia, sino de, en base a datos objetivos y manifestaciones previas, llegar a establecer el contenido de la voluntad del propio enfermo. Para que pueda ser válida la exención de responsabilidad por parte del equipo médico, la acción salvadora debe ser adecuada para esa finalidad, tanto en sentido médico como la socialmente adecuada¹³².

Bidasolo Corcoy, respecto a un supuesto que tuvo lugar en el que una persona adulta, testigo de Jehová, se negó a una transfusión de sangre vital, desarrolla lo manifestado por la doctrina. Según esta autora, la doctrina minoritaria no ve que haya diferencia en

¹³¹ Núñez Paz opina que “una persona capaz y mentalmente sana puede rechazar el tratamiento aunque su decisión ponga en peligro su vida”. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 128.

¹³² Véase GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 224.

cuanto al tratamiento jurídico respecto al de los casos de huelgas de hambre penitenciarias que trataré en el siguiente apartado. Por su parte, la doctrina mayoritaria opina que, en estos casos de negativa al tratamiento por convicciones religiosas, el médico no se encuentra en una posición de garante, y por ello, una aplicación forzosa del tratamiento no se podría justificar en un estado de necesidad¹³³. Mayores problemas conlleva el siguiente caso de un testigo de Jehová de trece años y sus padres que se negaron a una transfusión de sangre salvadora. La SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1996, absolvió a los padres, también testigos, que no convencieron al menor. El TS casó la sentencia, STS de 27 de junio de 1997, y les condenó por homicidio imprudente, en comisión por omisión con la atenuante de obcecación del art. 21.3ª. Por su parte, la STC 154/2002 estimó el recurso de inconstitucionalidad, por lo siguientes motivos: el paciente, de trece años, podía ser considerado titular del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE); el ejercicio de ese derecho mediante la negativa a la transfusión no es contrario a la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, y obligar a los padres a un comportamiento distinto del observado vulneraría el derecho fundamental del art.16.1 CE¹³⁴.

Respecto a estos supuestos tan complicados, no tengo una posición del todo clara. Es verdad que se debe respetar la decisión de un paciente enfermo que se niega a un determinado tratamiento vital, por ejemplo, siempre que se trate de una persona capaz y cuya decisión sea racional consigo mismo, pero aquí está donde quiero hacer hincapié, en esa racionalidad de la decisión tomada. Teniendo en cuenta a Mendes de Carvalho cuando hace referencia a que se podría justificar una intervención paternalista fuerte cuando sujetos capaces toman decisiones consideradas irracionales, en concreto cuando trata los supuestos de suicidios colectivos, generalmente inducidos por líderes de sectas religiosas, me decanto por lo siguiente: Mendes de Carvalho opina que en los llamados suicidios colectivos, generalmente la decisión del sujeto de acabar con su vida no se

¹³³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011, pp.53. ISBN 9788490043462.

¹³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M. *Respeto a la libertad del paciente: la eutanasia y las legislaciones sanitarias autonómicas* [<http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-extra2-5100>]. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, 2004: Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, n. extra (2), 2004, p. 317-329. [consultado el día 5/7/2015]. ISSN: 1132-9955. Sentencia 950/1997 de 27 de junio del TS (Sala de lo Penal) y STC, núm. 154/2002 de 18 de Julio (Pleno). Consultadas en : <http://0-aranzadi.aranzadidigital.es.catoute.unileon.es>, [el día 5/07/2015].

trata de una decisión enteramente libre, en virtud de la influencia ejercida por el partícipe en el proceso de formación de la voluntad suicida. Es más, esta misma autora cree que no se trataría de un paternalismo fuerte justificado, sino más bien de una muestra de paternalismo débil indirecto¹³⁵. Con esto quiero explicar que desde mi punto de vista una cosa es la libertad religiosa, que debe ser respetada como derecho consitutionalmente reconocido, y otra cosa que la influencia de dichas creencias religiosas llegue hasta el punto que se ponga en juego la vida de una persona que realmente no desea morir ni lo esta pidiendo, al contrario que casos de eutanasia donde se cumplen esos requisitos de la enfermedad y de petición. Es decir, como bien dijo Núñez Paz el testigo de Jehová no desea la muerte, por lo tanto en mi opinión, creo que la decisión de aceptar la muerte por la negativa a la trasfusión de sangre basada en sus creencia religiosas es irracional, y que su voluntad está viciada por el influjo externo, al igual que los casos de sectas religiosas que ordenan la inmólación alterando la percepción de la realidad. Pero dejando a un lado esta consideración de una posible inducción al suicidio de este grupo religioso, para los casos de inconsciencia de estas determinadas personas, en mi opinión, la actuación médica está amparada en el estado de necesidad y consiguiente principio *in dubio pro vita*.

5.5. La huelga de hambre penitenciaria reivindicativa

En primer lugar, hay que aclarar que como huelga de hambre penitenciaria reivindicativa se entiende el instrumento de presión política mediante el cual los presos pretenden conseguir diversas exigencias políticas, ideológicas, sociales o personales. Esta plantea varios problemas importantes en relación con la Administración penitenciaria debido a los bienes tan fundamentales que se ponen en peligro mediante esta protesta como son la salud e incluso la vida de estas personas. El problema está en decidir qué se entiende como lo correcto respecto a la conducta del funcionario penitenciario, si la alimentación forzosa o la abstención ante estos supuestos aunque la misma pueda suponer lesiones irreversibles o incluso la muerte del recluso. Este problema surge en la segunda fase de este tipo de huelgas donde no se puede conocer debido a la inconsciencia del preso si el objetivo que se quiere alcanzar por este es tan solo la mera protesta, o que si este para llegar a ese objetivo reivindicativo asume, al

¹³⁵ MENDES DE CARVALHO, Gisele. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal...* ob. cit., pp. 41.

igual que los testigos de Jehová, la posible pérdida de su vida. Existe discrepancia ante esto, ya que por una parte, un determinado sector doctrinal está a favor de la intervención por parte del funcionario para llevar a cabo la alimentación forzosa bien desde el momento en que se pone en peligro la vida de los reclusos o cuando pueden causarse lesiones irreversibles, como cuando el huelguista entra en estado de inconsciencia. Por otra parte, otro sector doctrinal minoritario considera que la voluntad del huelguista debe estar siempre por delante de todo¹³⁶. Pero, la duda que me surge respecto al pensamiento de este sector minoritario es qué se entiende por voluntad del preso, ¿la mera reivindicación o la muerte?, y en el caso de que este asumiese la muerte como consecuencia, ¿podríamos hablar de un suicida más que de un huelguista?

Respecto a lo anterior, se ha venido considerando por parte de la doctrina y jurisprudencia que la intención del huelguista no es morir, sino la modificación de una decisión política penitenciaria, por lo que no podemos hablar de un supuesto suicida, sino que al igual que en los casos de los testigos de Jehová, se trata de ciudadanos que quieren vivir, pero no a toda costa ni a cualquier precio. Nuñez Paz opina que una vez que la huelga avanza hasta el punto en el que hay una probabilidad altísima de causación de la muerte, entonces sí puede hablarse de una posible voluntad suicida.

Como en el supuesto de los Testigos de Jehová, existe también una colisión de deberes entre el deber de la Administración Penitenciaria de velar por la vida, integridad y salud de los reclusos deducido del art. 3.4 de la LGS, así como del art. 15 de la CE, frente al deber de respetar ciertos derechos fundamentales recogidos en la CE como son la libertad de expresión unido a la dignidad de la persona y libertad ideológica. Es destacable la STC de 27 de junio de 1990 de la que se deduce que un tratamiento adecuado para mantener la vida no supone, sin más, un trato inhumano o degradante, pero sí lo sería si el sufrimiento se prolonga sin impedir la muerte. Dicha ST fue muy criticada por un importante sector de la doctrina científica, pero encontró el apoyo de un sector doctrinal que a pesar de que mediante este forzamiento se estaban lesionando derechos fundamentales, esto tenía su amparo en la protección de un interés superior como es la vida¹³⁷.

¹³⁶ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. ci., pp. 135.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio de 1990. [consultado el día 7/7/2015]. [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1990/120>].

Núñez Paz considera que no se puede justificar la alimentación forzosa en el ejercicio de un deber o derecho, puesto que no existe el deber de garante por parte de la Administración Penitenciaria contra la voluntad del recluso huelguista en desacuerdo con el ejercicio de sus libertades ideológicas y de expresión, lo que puede constituir, en su caso, un trato inhumano y degradante¹³⁸.

Respecto a la alusión al estado de necesidad como justificante de esta intervención, Nuñez Paz opina que si el mal causado mediante esta es menor del que se quiere evitar, la muerte, pero aun así se comete una grave infracción de la dignidad de la persona, la conducta no sería lícita y el estado de necesidad solo podría ser, en su caso, causa de exculpación. Gómez Pavón es partidario de amparar dicha actividad médica en este estado de necesidad del art. 20.5º del CP¹³⁹. Por lo tanto, teniendo en cuenta la posibilidad de muerte o de lesiones irreversibles y siempre que se utilicen los medios proporcionados para evitar esas terribles consecuencias, podría tratarse la intervención del médico como una causa de exculpación siempre que previa autorización judicial se estime que dicha conducta no supone un trato inhumano y degradante. Respecto a esto, el RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el RP de 1996 modificó su art. 210.1 permitiendo una actuación por parte de la administración en contra de la voluntad del recluso siendo solo necesaria la autorización judicial en situaciones de peligro inminente para vida y siempre que se trate de situaciones de inconsciencia, a lo que se adhiere Núñez Paz.¹⁴⁰

Creo que lo correcto es que desde el momento en que el huelguista no puede expresar su voluntad y solo se puede presumir qué es lo que quiere, sin saber si ha cambiado o no de

¹³⁸ “La constatación de un peligro manifiesto y grave para la vida y la salud no supone, sin más, la existencia de un bien jurídico de mayor valor sobre los demás derechos garantizados por la CE”. NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 136.

¹³⁹ Como partidarios de la justificación del estado de necesidad como eximente en estos casos encontramos autores como GÓMEZ PAVÓN, en: GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos...* ob. cit., pp. 198.

¹⁴⁰ Art. 210.1 y 2 del RP de 1996: “el tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial. 2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.”

opinión, habrá que resolver a favor de la vida en base al principio *in dubio pro vita*, al igual que en el caso de los testigos de jehová inconscientes. Además, consideraciones político criminales y humanitarias establecen que las razones del Estado para no intervenir en estos supuestos de inconsciencia pueden servir para eliminar reclusos indeseables o conflictivos, la ya nombrada eugenesia criminal¹⁴¹. Es importante lo establecido en el art. 10.6 c) de la LGS que contempla la posibilidad de prescindir del consentimiento del paciente cuando este no pueda emitir su conformidad y cuando la urgencia no permita demoras debido al riesgo de ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. En estos casos, la imposibilidad de recabar el consentimiento, ante la urgencia de la situación, hace que se otorgue mayor valor a la vida y salud, sacrificando una hipotética voluntad contraria.

Mirentxu Corcoy establece que, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, la Administración Penitenciaria deberá responder, en caso de negativa a actuar, por homicidio en comisión por omisión cuando se den los siguientes elementos: situación de completa dependencia del recluso con respecto a la Administración Penitenciaria, peligro inminente de muerte, propósito del recluso de llevar la huelga hasta el final y estado de pérdida de la consciencia o de extremo debilitamiento del recluso del que sea deducible que no se encuentra en condiciones de decidir libremente sobre su vida. Al contrario, la doctrina minoritaria opina que la Administración Penitenciaria no se encuentra en posición de garante con respecto a la vida. No obstante, si interviniese coactivamente para salvar la vida de quien se encuentra en situación de peligro manifiesto y grave de morir de forma inminente, la conducta no será antijurídica por concurrir los presupuestos del estado de necesidad justificante respecto de la afectación de la libertad¹⁴². Muñoz Conde coincide con la anterior autora respecto de la responsabilidad de la Administración Penitenciaria cuando esta no actúe en estos casos, estableciendo los mismos requisitos, además de destacar también la posición de garante derivada de la situación en la que se encuentra el propio huelguista frente a la Administración Penitenciaria. Para este autor es un error equiparar este supuesto con un intento de suicidio, ya que no existe una voluntad de morir, sino de reivindicarse y esto se tiene que respetar mientras que el huelguista esté consciente, al contrario estaríamos

¹⁴¹ “Respetar a toda costa su voluntad, aunque haya perdido la consciencia, puede ser un cómodo expediente para desembarazarse de su más temido adversarios” NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel. *La buena muerte...* ob. cit., pp. 138.

¹⁴² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Derecho Penal: parte especial. Tomo I...* ob. cit., pp. 53.

ante un posible delito contra su libertad. Pero, cuando ya no se puede conocer qué es lo que realmente quiere, se debe solucionar siempre a favor de la vida en base al principio *in dubio pro vita*¹⁴³.

¹⁴³ MUÑOZ CONDE Francisco. *Derecho penal: parte especial*... ob. cit., pp. 64-65.

CONCLUSIONES

1. El concepto general de eutanasia que de manera más breve, directa y racional justifica las conclusiones que a continuación voy a enumerar sería el de la aceptación de su raíz etimológica griega: buena muerte.
De todas las definiciones dadas por los diferentes autores sobre la eutanasia se puede explicar la misma como aquella muerte dada o no evitada mediante actos u omisiones realizados por una persona ajena a un sujeto que de alguna forma, ya sea expresa o tácitamente, lo solicita debido al padecimiento de una enfermedad que le lleva necesariamente a la muerte o le causa graves padecimientos permanentes o difíciles de soportar.
2. Es unánime el rechazo de subsumir los casos de eugenesia económica, criminal y social dentro de los supuestos eutanásicos, favoreciéndose así de dicha atenuación o no punición. A pesar de esto, quiero hacer hincapié en la llamada eugenesia económica y en su posible justificación basada en el estado de necesidad del art. 20.5º del CP en los casos de enfermos terminales. Es discutible si en estas situaciones se puede entender justificable la invocación al estado de necesidad siempre y cuando esté totalmente acreditado que aquella persona enferma es terminal, y no quede otra que elegir entre salvar una vida o no evitar que acaben dos. Una vez ha sido informada plenamente esa persona de la situación de su enfermedad, y de la carencia de plazas para otras personas que sí tienen esperanza de vida, pero es urgente su intervención, el consentimiento de la misma podría entenderse como válido siempre que se cumplan los requisitos para ello.
3. Respecto al término disponibilidad de la vida ajena: ¿todo acto que sea ejecutado por un tercero debe relacionarse siempre con un acto de disposición de una vida ajena, o por el contrario, ser considerado como un acto de disposición de la propia? Ha quedado claro que el suicidio no es punible en España debido a que se trata de un acto de disponibilidad de la propia vida y por más razones cercanas a la moral. El delito de homicidio lógico y justamente sí se encuentra tipificado ya que se está disponiendo de una vida ajena injustamente, (con la salvedad de figuras como la legítima defensa, estado de necesidad... etc.). Por su parte, la eutanasia tiene en común con el homicidio únicamente que la muerte es ocasionada por un tercero, pero no por ello se puede decir que estemos ante un acto de disposición de una vida

ajena, ya que el tercero es meramente un instrumento necesario del sujeto pasivo. Por ello, al igual que en suicidio, pero con muchas otras diferencias, sigue tratándose de un acto de disposición de la vida propia.

4. Respecto al dolo del sujeto activo, no es fácil su delimitación, ya que ¿cuál es verdaderamente la intención de este tercero?, ¿causar esa muerte, aliviar el dolor, ambas? Muchos autores justifican la no punición de la eutanasia activa indirecta en este dolo del tercero que para ellos se corresponde con el alivio del dolor, y la muerte se ve como una consecuencia secundaria del mismo, y de la pasiva debido a que la conducta consiste en dejar morir, mientras que en la directa lo que se busca principalmente es la muerte de esa persona, es decir, el verbo rector es matar. Sea cual sea el dolo que se quiera entender, aliviar el dolor asumiendo la muerte, matar para aliviar el dolor u omitir cualquier acto sabiendo que la persona fallecerá con dicha omisión, en todas ellas se halla un denominador común que es el conocimiento y aceptación de la muerte del paciente. Aunque la intención es acabar con la vida de la persona enferma, esto no lo iguala ni mucho menos a figuras como el delito de homicidio, ya que la actuación del sujeto activo carece en absoluto del ánimo objetivo de eliminar la vida del enfermo, el tercero actúa por beneficio ajeno y no propio, moviéndose por un móvil únicamente humanitario. Es más se puede entender la acción del tercero como “viciada” o alterada por el estado y petición de la persona enferma, ya que fuera de esa situación personal del enfermo, ese ánimo no existiría. Por lo tanto, ¿no estamos ante la misma intención solo que cambiando la metodología? Es claro que la forma en que se causa ese fallecimiento es diferente en cada modalidad, pero insisto en que el objetivo final es el mismo. La tipificación de los supuestos eutanásicos no debe basarse en el método, sino en otros factores relacionados con el móvil del sujeto activo, el cumplimiento de los requisitos de la petición...etc. Dependiendo de la enfermedad y de cómo afecte a cada persona, el equipo médico más un comité ético sabrán que actos o por el contrario, omisiones son más recomendables o menos atentadoras contra la dignidad, salud y vida de una persona, y es por ello, que en algunas ocasiones la eutanasia activa directa, que se ha “implantado” en la sociedad como una figura más próxima al homicidio, encuentra su justificación precisamente en esos actos directos y necesarios.
5. Que la vida no sea deseada por estos sujetos no quiere decir que estemos ante un suicidio, ya que el suicida no tiene unos motivos racionales para no desear la vida, mientras que el que solicita la eutanasia, fuera de esta situación amaría la vida como

cualquier otra persona, solo que injustamente se encuentran en un estado donde la vida deja de ser vida.

6. Respecto al fenómeno del paternalismo estatal, que consiste en la intervención de terceras personas, en este caso el Estado, en actos que tengan que ver con la vida de otros individuos, se da una fuerte confrontación entre dos principios: el de *beneficiencia* y el de *autonomía*. Es entendible, y recomendable, en los casos donde se pone en peligro la vida de ciertos grupos de personas con algún tipo de limitación, ya sea por su edad, incapacidad o inconsciencia (paternalismo débil), la intervención del Estado, siempre y cuando la misma tenga en cuenta ciertos límites y la racionalidad misma de la decisión tomada en base a criterios tanto objetivos, para así no caer en una especie de “encarnizamiento terapéutico”, como subjetivos, ya que por ejemplo no todo menor de edad está incapacitado para tomar decisiones racionales. Es por ello que este tipo de paternalismo no trae casi problemas. Por su parte, el paternalismo fuerte supone un ataque contra la autonomía de la persona, su derecho a la libertad, dignidad, vida, salud...etc. El problema de este tipo es que se centra mucho en intentar dar una definición de bien basado solo en razones objetivas, y precisamente muchas veces lo que está establecido en la sociedad como beneficioso no coincide con aquello que desea la persona enferma, ya que no todos los humanos somos iguales y por ello, tampoco aquello que nos beneficia. Es entonces cuando entran en juego las teorías subjetivas del bienestar (ya explicadas), basadas en que una decisión irracional es aquella que no coincide con el plan de vida de la persona. El plan de vida no es algo estático, invariable, y por lo tanto, es modificable dependiendo de la situación en la que se encuentre una persona, siendo así que un individuo que siempre ha querido vivir, deje de quererlo cuando se vea, por ejemplo, toda su vida unido a una cama debido a su tetraplejia. Lo positivo de esta teorías es que se puede evitar así que personas con trastornos mentales, con incapacidades, menores de edad... etc., tomen decisiones irracionales gracias a ese “estudio” de su modo de vida, pero siempre teniendo en cuenta su situación personal actual en el momento de decidir.
7. El principal problema de todo este tipo de intervenciones se centra en los casos de pacientes inconscientes donde únicamente nos podemos basar en criterios objetivos combinados con el posible testamento vital o la representación por medio de familiares o allegados. La actuación del médico acaba allí donde comienza la vulneración de la dignidad de la persona y de su salud mediante tratos inhumanos y

degradantes, continuar con el tratamiento cuando carece de sentido, sin beneficio alguno para el paciente en cuanto que no existen expectativas de recuperación de la consciencia sino tan sólo de prolongación de la agonía, constituiría un ataque a la dignidad humana, encontrándonos así ante el llamado “encarnizamiento terapéutico”. El problema principal de los testamentos vitales es el riesgo de su validez debido al paso del tiempo desde su realización hasta el momento de tomar la decisión. Es importante lo manifestado por Álvarez Gálvez acerca de las características de estas voluntades anticipadas, ya que el cumplimiento estricto de las mismas acabaría con gran parte de las dudas. La representación por medio de familiares y allegados no es del todo fiable debido al posible exceso de subjetividad, y es por ello que se propone que la misma se tome en cuenta junto a la opinión de médico aportando así ese rasgo de objetividad fundamental.

8. Se ha comprobado que a lo largo de esta exposición ha tenido mucha importancia el *principio in dubio pro vita*, sobre todo en aquellos supuestos de urgencia de pacientes inconscientes, incluyendo los ya explicados Testigos de Jehová, vulnerando así su derecho a la libertad religiosa, o los casos de huelgas de hambre penitenciarias reivindicativas en contra de su derecho a la libertad ideológica. Es casi unánime que en estas situaciones debe apostarse siempre por la vida, ya que lo contrario conllevaría consecuencias irreversibles sobre la vida y salud de una persona. Centrándome en la huelgas de hambre reivindicativas penitenciarias, el huelguista no se asimila a una persona suicida, por lo que acatar su decisión conllevaría a apostar por la vida, ya que la intención de estas personas es la consecución de determinadas exigencias políticas, ideológicas, sociales o personales, pero no la muerte. En el caso de los Testigos de Jehová, si este consciente y voluntariamente se expresa en contra de la trasfusión de sangre se debe respetar esa decisión debido al derecho a la libertad religiosa recogido en la CE. Desde un punto de vista personal, este supuesto sí es un claro ejemplo de decisión irracional y por lo tanto de justificación de un paternalismo débil, ya que lo asimilo a los casos de sectas religiosas, suicidios colectivos, donde el pensamiento y la voluntad de las personas es alterado por una especie de “líder”.
9. Respecto a las características de la enfermedad, esta no tiene porque conducir necesariamente a la muerte, sino que también se recogen aquellas que provocan unos dolores insoportables e inhumanos. Fue debatido que sería lo correcto en el caso de que además de ese padecimiento físico, la persona sufriese una enfermedad

mental que impidiese que sus decisiones fuesen tomadas desde el principio como racionales, encontrándonos así ante la duda de si su petición cumple los requisitos necesarios. Como alternativa, el estudio psicológico de la persona durante el periodo de tiempo que los profesionales crean recomendable despejaría muchas dudas acerca de la veracidad de su voluntad.

10. Siempre que nos encontremos ante sujetos capaces y conscientes, por mucho que su decisión no se corresponda con lo que objetivamente se ha establecido como beneficioso en la sociedad y siempre que se cumplan los requisitos de un supuesto eutanásico, la misma debe ser acatada, ya que no existe un deber de vivir, sino un verdadero derecho a la vida.
11. Muchos de los problemas en torno a esta práctica se deben a la poca concreción en la redacción del art. 143.4 del CP, ya sea porque no se concreta nada acerca del sujeto activo, sobre a qué enfermedades se refiere... etc.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GÁLVEZ, I./ GARCÍA SAN MIGUEL, L. *La eutanasia voluntaria autónoma*. Madrid: Ed. Dykinson, 2002. ISBN 84-8155-940-7.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. *Problemas de la eutanasia*, Madrid: Ed. Dykinson, 1999. ISBN 84-8155-474x.

BAJO FERNÁNDEZ, M. *Respeto a la libertad del paciente: la eutanasia y las legislaciones sanitarias autonómicas* [<http://espacio.uned.es/fez/view/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-extra2-5100/>]. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, 2004: Revista de derecho penal y criminología, 2ª época, n. extra (2), 2004. ISSN: 1132-9955

BAJO FERNANDEZ, M. *Manual de derecho penal: parte especial. 1, Delitos contra las personas*. 2ª edición. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991. ISBN 84-80004-002-5.

CARDONA TORRES, J. *Derecho penal, parte especial: adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*. 1ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 2010. ISBN 978-84-9790-821-4.

VIVES ANTÓN, T.S. (dir.)/ COBO DEL ROSAL, M. / BOIX REIG, J./ ORTS BERENGUER, E./ CARBONELL MATEU, J.C. *Derecho Penal: parte especial*. 3ª edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1990. ISBN 84-8566-867-0.

CORCOY BIDASOLO, M. (dir.)/ *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo I*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011. ISBN 978-84-9004-346-2.

CRUZ DE PABLO, J.A. (coord.). *Comentarios al Código Penal: parte especial, arts. 138 a 639*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. ISBN: 9788496705913.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. / BARBER BURUSCO, S. *El problema de la eutanasia y la participación en el suicidio: el caso español. Una aproximación*. 2ª edición. Ed. Infojus: Sistema Argentino de Información Jurídica. ISSN 2250-7558.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (dir.)/ GRACIA MARTÍN, L. (dir.) *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1993. ISBN 84-8002-085-1.

GÓMEZ PAVÓN, P. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. 3ª edición. Hospitalet de Llobregat: Ed. Bosch, 2010. ISBN 978-84-9790-961-7.

GRACIA GUILLÉN, D. *Fundamentos de Bioética*. Madrid: Ed. Eudema, 1989. ISBN 84-7754-045-4.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Libertad de amar y derecho a morir: ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*. 7ª edición. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1984. ISBN 950-1402-285.

LUZÓN PEÑA, D.M. *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 1988, núm. 1. ISSN 0211-2744.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Código Penal: (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio): (comentarios y jurisprudencia). II, Parte especial. (artículos 138 a 639)*. 1ª edición. Granada: Ed. Comares, 2010, Vol. 2. ISBN 978-84-9836-748-5.

MARCOS DEL CANO, A.M. *La eutanasia: estudios filosófico-jurídico*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1999. ISBN 84-7248-73-85.

MENDES DE CARVALHO, G. *Suicidio, eutanasia y Derecho penal: estudio del art.143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Ed. Comares, 2009. ISBN 978-84-9836-618-1.

MENDOZA BUERGO, B. *Autonomía personal y decisiones médicas: Cuestiones éticas y jurídicas*, 1ª edición. Navarra: Ed. Aranzadi, 2010. ISBN 978-84-470-3404-8.

MORILLAS CUEVA, L. (coord.)/ DEL ROSAL BLASCO, B. (aut.)/ GONZÁLEZ RUS, J.J. *Sistema de derecho penal español: parte especial*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011. ISBN 978-84-9982-813-8.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: parte especial*. 19ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. ISBN: 978-84-9053-444-1.

MUÑOZ SÁNCHEZ (coord.)/ José Luis Díez Ripollés. *El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1996. ISBN 84-8002-293-0.

NÚÑEZ PAZ, M.A. *La buena muerte: el derecho a morir con dignidad*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006. ISBN 84-3094-391-9.

NÚÑEZ PAZ, M.A. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Ed. Tecnos, 1999. ISBN 84-3093-309-3.

NÚÑEZ PAZ, M.A. *Historia del derecho a morir: análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*. Oviedo: Ed. Forum, 1999. ISBN 84-8758-638-4.

PACHECO, J. *El código penal concordado y comentado; estudio preliminar y anotaciones de Abel Téllez Aguilera*. Madrid: Ed. Edisofer, 2000. ISBN 84-8949329-4.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal español: parte especial*, 5ª edición. Barcelona: Ed. Atelier, 2008. ISBN 978-84-96758-34-6.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1988, vol. 41, núm. 1. ISSN 0210-3001.

QUINTANO RIPOLLÉS A. *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal: infracciones contra las personas en su realidad física, Tomo I, Vol. I*. 2ª edición. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1972. ISBN 9788471302656.

REQUEJO CONDE, C. *Protección penal de la vida humana: especial consideración de la eutanasia neonatal*. Granada: Ed. Comares, 2008. ISBN 978-84-9836-371-5.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L. *El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español*. Diario La ley, 2002, núm. 4. ISBN 0211-2744.

RIVAYA, B./ GARCÍA MANRIQUE, R./ MÉNDEZ BAIGES, V. *Eutanasia y cine*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. ISBN 978-84-9876-020-0.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Aceres, 1994. ISBN 84-8004-136-6.

ROXIN, C./ LUZÓN PEÑA, D.M. *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus, 1976. ISBN 84-290-1243-5.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E. *La eutanasia ante la moral y el derecho*, con Prólogo de AE Pérez Luño. Sevilla: *Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones*, 1999. ISBN 9788447204373.

SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A. *Curso de derecho penal: parte especial*. Madrid: Ed. Dykinson, 2012. ISBN 978-84-9031-080-9.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *La eutanasia*. 1ª edición. Madrid: Ed. Internacionales Universitarias, 2007. ISBN 978-84-8469-207-2.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. *Eutanasia y vida independiente: inconvenientes jurídicos y consecuencias sociales de la despenalización de la eutanasia*. 1ª edición. Madrid: Ed. Internacionales Universitarias, 2001. ISBN 8484690113.

SILVA RUIZ, Pedro F. *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*. Revista General de derecho, 1994, núm. 592, pp. 177-194. ISSN 0210-0401

SILVA SÁNCHEZ J. M. *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*. Diario La Ley, 2003, núm. 5840. ISSN 0211-2744.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*. Madrid: Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. ISBN 84-340-1124-7.

TORIO LÓPEZ, Á. *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*. *Estudios Penales y Criminológicos XIV*. Santiago de Compostela: Cursos e Congresos nº 64

Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1991. ISBN 84-7191-731-9.

VALLE MUÑIZ, J. M. *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*. España: Cuadernos de Política Criminal, 1989, núm. 37. ISSN 0210-4059.

ZULGADÍA ESPINAR, J.M (dir.)/ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.). *Derecho penal: parte especial: un estudio a través del sistema de casos resueltos, Tomo I. Delitos contra las personas: Libro II, Tít. I a XII CP*. 3ª edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2011. ISBN 978-84-9004-385-1.

ANEXO I: JURISPRUDENCIA CITADA

- STEDH, decisión de 26 octubre 2000, (Sección 4ª). JUR 2007\638
- STC (Pleno) 154/2002, de 18 julio. RTC 2002\154
- STC (Pleno) 120/1990 de 27 junio. RTC 1990\120
- STS 950/1997 de 27 junio, (Sala de lo Penal). RJ 1997\4987
- Auto TC (Sala Primera), núm. 242/1998 de 11 noviembre. RTC 1998\242
- Auto de la AP de Madrid (Sección 17ª), núm. 47/2008. ARP 2008/1.