

Eutanasia y Derecho

Por JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Málaga

SUMARIO: 1. Problemas conceptuales. 2. La disponibilidad de la propia vida en nuestro ordenamiento jurídico. 3. Una propuesta de interpretación de *lege lata*. 4. Una propuesta de regulación de *lege ferenda*.

1. PROBLEMAS CONCEPTUALES

Por eutanasia, en términos genéricos, debe entenderse aquel 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/o le afecta considerablemente a su calidad de vida, da lugar a la producción, anticipación, o no aplazamiento de la muerte del afectado ¹.

La definición precedente parte en primer lugar de la concurrencia objetiva de una *situación sanitaria* especialmente desfavorable, que trae como directa consecuencia unas condiciones existenciales muy difíciles de soportar por el afectado. Por tanto, aunque el objeto de nuestro estudio puede estimarse que se integra fundamentalmente en la problemática de la conducta suicida, no se identifica sin más con el libre ejercicio de la disponibilidad de la propia vida en cualesquiera con-

1. Una definición sustancialmente igual, con amplias referencias doctrinales sobre su problemática, definiendo en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, «Delitos contra bienes jurídicos fundamentales». Tirant lo blanch. Valencia. 1993, pp. 254-255. En todo este trabajo vamos a limitar nuestras reflexiones a los comportamientos realizados en el ámbito médico-asistencial.

diciones existenciales, ni con su ejercicio en otras condiciones existenciales igualmente difíciles pero que no están directamente vinculadas a tales carencias sanitarias ².

En segundo lugar, la eutanasia se muestra como la resolución de un conflicto individual, sin relación desde luego con intereses colectivos utilitarios, y en el que la *voluntad o interés del afectado* pasan a tener el papel fundamental frente a la eventual presencia de móviles de piedad, compasión o egoístas por parte de las terceras personas intervinientes. Mientras la inclusión de intereses colectivos se rechaza de manera generalizada, siendo poco más que un argumento retórico utilizado con fines descalificadores de toda la discusión sobre la eutanasia ³, el abandono del énfasis en los motivos que impulsan al que intenta resolver el conflicto del afectado es relativamente reciente ⁴ y tiene una profunda significación: La colocación en primer plano de los móviles, por supuesto valiosos, de la persona interviniente, en ningún caso supone una valoración positiva de la eutanasia ni cuestiona su ilicitud. Todo lo más lleva a disculpar el comportamiento, pero nunca a aprobarlo.

2. Piénsese, p. ej., en los supuestos de negativa a transfusiones sanguíneas por parte de los Testigos de Jehová o las huelgas de hambre reivindicativas. Véase un detenido análisis por mi parte en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 241-254.

3. Aunque no debemos cerrar los ojos ante una discusión todavía en sus inicios, cual es la de los límites que habrá que establecer a las prestaciones de la sanidad pública a partir de la contraposición entre las crecientes posibilidades técnicas de la medicina y los costes que su puesta en práctica conlleva.

En otro lugar y en relación con el aborto (DÍEZ RIPOLLÉS. «El fundamento específico de la indicación eugenésica». En «Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor». Universidad de Santiago de C. 1989, p. 251) he denominado «síndrome alemán» a la incapacidad que atenaza a amplios sectores intelectuales de continuar una discusión racional cuando se entra en temas sensibles relativos a la protección de la vida, en directa conexión con un sentimiento de culpabilidad colectivo por los graves excesos producidos en la época nacional-socialista. Otros, más gráficamente, hablan del «*argumentum ad Hitlerum*» (véase SEMINARA. «La eutanasia en Italia». En «El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada». DÍEZ RIPOLLÉS-MUÑOZ SÁNCHEZ coords. Tirant lo blanch-Instituto andaluz de Criminología. 1995. En prensa. Pág. 138. Véase un paladino reconocimiento de que en Alemania ha quedado prácticamente proscrito el término «eutanasia» por la razón antedicha, sustituido por el de ayuda a morir («*Sterbehilfe*») en KOCH. «La ayuda a morir como problema legal en Alemania». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.* pp. 236, 243.

4. Véase un interesante análisis sobre el papel decisivo que los móviles piadosos desempeñaban para la doctrina penal anterior a la Constitución en DEL ROSAL BLASCO. «Aspectos jurídico-penales de la eutanasia en España». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.*, pp. 48-53; sobre su papel posterior véanse mis referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 255. En la actualidad siguen teniendo una relevancia legal explícita en Códigos penales muy diversos como, entre otros, el de Uruguay, en el que pueden dar lugar al perdón judicial de la pena (véase CAIROLI MARTÍNEZ. «La eutanasia en Uruguay». En «El tratamiento jurídico...». *Op. cit.*, pp. 367 y ss., o en el de Suiza, donde a partir de 1990 la atenuación de la pena del homicidio solicitado queda sujeta a la presencia de un motivo valioso, con especial mención de los piadosos (véase QUELOZ. «Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza». En «El tratamiento. ...». *Op. cit.*, pp. 197, 208.

La preeminencia de la voluntad o interés del afectado debe regir de modo general: Sin duda está presente en todas las hipótesis en que se precisa la solicitud o consentimiento expresos o tácitos del afectado, o en las que se parte de una voluntad plasmada previamente en una declaración vital. Pero también en aquellas hipótesis, de ámbito más reducido, en las que el consentimiento de los representantes pretende expresar la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz o el interés del paciente incapaz. Incluso actuaciones médicas que pretendan en situaciones límite no iniciar o interrumpir un tratamiento basándose en criterios estrictamente médicos vinculados a la *lex artis* deben respetar la oposición del afectado o sus representantes, a salvo la presencia de un deber o interés superior.

Tercer componente imprescindible en la caracterización de la eutanasia es la *muerte* del afectado, la cual es susceptible de producirse a través de tres secuencias temporales diversas, alusivas a su directa producción, no aplazamiento o anticipación.

Cuarto y último componente esencial de la eutanasia es la *intervención de otra persona*, que puede adoptar la forma de comportamientos activos u omisivos, y que puede poseer una entidad propia de comportamientos de autoría o de participación. En cualquier caso, quedará fuera del concepto todo comportamiento realizado por el propio afectado.

Estas aclaraciones, a primera vista banales, son trascendentes en cuanto nos van a permitir apreciar en qué medida toda la discusión sobre el ámbito de aceptación social y consecuente legitimidad de la eutanasia está condicionada por los criterios rectores en virtud de los cuales se identifican sus diferentes clases y por la correspondiente sustantividad de las variantes resultantes. Tales criterios, como vamos a comprobar, están en función de cuál o cuáles sean los elementos de la definición precedente que pasan a primer plano. Su defectuosa elección hace que la actual polémica sobre la eutanasia se encuentre en buena medida distorsionada, además de lastrada innecesariamente, por problemas terminológicos.

Así, excluidas desde un principio del concepto moderno de eutanasia las hipótesis en que existe una voluntad contraria del afectado⁵, podemos observar que es a partir del elemento consistente en la necesaria *intervención de otra persona* como se obtienen los datos fundamentales para las clasificaciones más al uso.

5. Véase lo dicho *Supra* y lo que se dirá *Infra* sobre el elemento de la voluntad o interés del afectado.

En todo caso, la por algunos denominada eutanasia no voluntaria, que se diferenciaría de la involuntaria en que no concurriría la voluntad contraria del afectado pero tampoco, por no poderlo prestar, su consentimiento, en el peor de los casos exige una ausencia de oposición, siendo aceptable en supuestos limitados, como veremos más adelante.

En efecto, la clasificación más extendida distingue entre una eutanasia activa y otra pasiva, dividiendo a su vez la primera ⁶ entre una eutanasia activa directa y otra indirecta. La contraposición activa-pasiva pretende describir en su vertiente objetiva la conducta de esa persona interviniente distinta del afectado, distinguiendo comportamientos activos de comportamientos omisivos. Por otro lado, la dicotomía directa-indirecta aspira, de modo primordial ⁷, a describir la vertiente subjetiva de la conducta de la persona interviniente, diferenciando entre comportamientos intencionalmente dirigidos a causar la muerte de esa persona y aquéllos que asumen tal resultado en mayor o menor medida ⁸. A esta clasificación aun puede superponerse otra por medio de la cual se distingue en función de la intensidad de la intervención de esa otra persona, diferenciando según sea ella misma la que realiza el comportamiento eutanásico o se limite a auxiliar al propio afectado.

Ahora bien, resulta fácil apreciar que con las distinciones acabadas de expresar no se intenta profundizar en lo que sea la eutanasia sino más bien en lo que sería, si se me permite la expresión, el «delito eutanásico». Los criterios utilizados están todos ellos transidos de valoraciones jurídico-penales, como la que no exige los mismos requisitos para penar una acción que una omisión, la que en ocasiones trata de modo diverso los comportamientos de dolo directo frente a los de dolo eventual, o la que estima que no cabe tratar igual un comportamiento de autoría que uno de participación. Podríamos decir por tanto que el análisis detallado de lo que sea la eutanasia está profundamente «criminalizado», o lo que es lo mismo, condicionado por las características que resultan relevantes para decidir sobre la responsabilidad jurídico-penal de la persona que incide sobre la situación conflictiva intentando, correcta o incorrectamente, resolverla.

Una adecuada profundización en la eutanasia y en sus implicaciones sociales y jurídicas hubiera exigido, sin embargo, diferenciar previamente con cuidado las diversas situaciones eutanásicas para ponerlas a continuación en relación con las diferentes secuencias temporales conducentes a la muerte que tengan virtualidad para resolver aquéllas. Sólo tras ello procedería un análisis integrado de, por un lado, la variada configuración que puede adoptar la voluntad o interés del afectado, y la eficacia a atribuirle en cada una de esas constelaciones, y por otro de los comportamientos que para la resolución de cada

6. Y en ocasiones también la segunda.

7. Véase *Infra* otro posible análisis de la diferenciación.

8. Véanse, entre muchos otros, recientemente sobre estas diferenciaciones VALLE MUÑIZ. «Relevancia jurídico-penal de la eutanasia». *Cuadernos de Política criminal*. 1989, pp. 169-170; JUANATEY DORADO. «Derecho, suicidio y eutanasia». M.º de Justicia e Interior. 1994, pp. 378-379; ROMEO CASABONA. «El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana». Ed. Centro de estudios R. Areces. 1994, pp. 421-422, 431 y ss.

una de las diversas situaciones son susceptibles de realizar las personas intervinientes. Es decir, son el primer y tercer elementos de la definición antes mencionada los que deben dar lugar a la estructuración de las diversas clases de eutanasia. Será tras esa aclaración que tendrá sentido preguntarse tanto por el grado en que cabe y debe darse el segundo elemento, como por los concretos comportamientos de otras personas que pueden y merecen ser tomados en consideración.

Esto es lo que ciertamente sucede en otras situaciones conflictivas en las que está en juego la disponibilidad de la propia vida o la integridad personal: Cuando se trata la problemática de la huelga de hambre, o de la negativa a recibir transfusiones de sangre, o de las lesiones consentidas, por citar sólo algunos casos, a lo primero que se procede es a identificar correctamente las condiciones en las que ellas se producen. Y ello es así porque, por ejemplo, no es lo mismo una huelga de hambre inmersa en un marco reivindicativo que aquélla utilizada como medio para acabar con una situación sanitaria insostenible o la que se utiliza como mero medio para suicidarse por cualquier otro problema existencial; por lo demás, se introducen diferenciaciones secuenciales en función del riesgo para la vida o la integridad, o, eventualmente, el estado de consciencia o inconsciencia del sujeto ⁹.

El que no se haya procedido de esa manera tiene que ver con el arraigo en los círculos jurídicos, que son los que en definitiva han desarrollado tales clasificaciones, de un prejuicio a cuyo tenor todo análisis de la eutanasia debe tener como trasfondo inmovible una valoración negativa, expresada de un modo especialmente contundente por el Código penal, que, con su castigo del auxilio al suicidio y del homicidio consentido, debe ser el punto de referencia.

Tal actitud es en gran medida compartida por los propios sectores jurídicos que propugnan una reconsideración del descrédito de la eutanasia: Su argumentación se limita a aprovechar los resquicios que ofrece el matizado y sutil sistema de responsabilidad jurídico-penal para excluir o modular la penalización de algunas variantes eutanásicas, pero sin cuestionar en ningún momento una clasificación que, como hemos visto, sólo refleja conceptos jurídico-penales y se despreocupa de describir previamente las diversas situaciones conflictivas de las que se está hablando.

En ese sentido se pretende en ocasiones, aprovechando las graduaciones jurídico-penales entre acción y omisión o entre dolo directo y

9. Todo ello, naturalmente, con independencia de que posteriormente se equiparen jurídicamente las diversas situaciones o no, cosa muy discutida. Véase al respecto mi contribución en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 241-254.

dolo eventual, dejar fuera del Derecho penal los comportamientos omisivos de la persona interviniente, la llamada eutanasia pasiva, o aquéllos en que no está presente un dolo directo de matar, la llamada eutanasia indirecta ¹⁰, sin diferenciar según cuál sea la situación eutánica en la que se incide en cada caso. O, más audazmente, se priva del nombre de eutanasia a algunos supuestos de intervención de otra persona: Así, la eutanasia pasiva pasa a denominarse ortotanasia o distanasia ¹¹, o se distingue nítidamente entre la eutanasia, reducida al homicidio consentido, y la ayuda al suicidio, que deja de ser incluida en el concepto de eutanasia ¹².

Es más, con alguna frecuencia este procedimiento de exclusión del propio concepto de eutanasia de alguna de sus variantes formuladas en función de la intervención de otra persona, se ve reforzado por una utilización sesgada, también de origen jurídico-penal, del elemento de la *producción de la muerte*. En consecuencia, se califican como supuestos de «eutanasia aparente» aquellas hipótesis en las que se interrumpe o no inicia un tratamiento o en las que se aplican medidas paliativas, insinuando que, al ser hipótesis que deben considerarse incluidas en la práctica médica normal, no guardan relación con el no aplazamiento o anticipación de la muerte que respectivamente conllevan ¹³. Con tal razonamiento el concepto de eutanasia queda de nuevo ligado a conceptos penales, en este caso a los criterios de restricción de la imputación objetiva de resultados.

Considero imprescindible recuperar la claridad y neutralidad conceptuales en la definición de la eutanasia, lo que exige no dejar en las

10. Véase *Infra*.

11. Sobre el confuso uso de estos términos en la doctrina jurídico-penal, véanse mis referencias en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 256-257.

12. Esta distinción terminológica está profundamente arraigada en el mundo anglosajón. Véanse STONE-WINSLADE. «Ayuda médica al suicidio y eutanasia en los Estados Unidos». En «El tratamiento jurídico...» *Op. cit.*, pp. 380-382; KEYSERLINGK. «Eutanasia y ayuda al suicidio en Canadá». *Ibidem.* pp. 439-441; KELLY. «Eutanasia en Australia». *Ibidem.* pp. 487-489. Se ha consolidado también en Holanda (véase VAN KALMTHOUT. «Eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa de la vida sin solicitud expresa en los Países Bajos». *Ibidem. Op. cit.*, pp. 284, 287-289. Expresamente en contra de excluir del concepto de eutanasia los supuestos de ayuda al suicidio me manifesté en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 256 Nota 395.

13. Este ha sido un fenómeno de transformación terminológica especialmente evidente en Holanda (Véase VAN KALMTHOUT. *Op. cit.*, pp. 281, 287-289, 318-319), pero también está muy presente en el área anglosajona (véanse STONE-WINSLADE. *Op. cit.*, pp. 380-381, 388; KEYSERLINGK. *Op. cit.*, pp. 423-426, 439-441, y conlleva habitualmente una desacreditación de los términos «eutanasia pasiva» e «indirecta».

manos del Derecho penal su descripción ¹⁴. Ello desde luego no debe ser ningún obstáculo para que, una vez correctamente identificadas todas las situaciones conflictivas, aprovechemos, desde una perspectiva de *lege lata* y a la espera de una reforma en profundidad de la legislación penal, todos los instrumentos que la teoría jurídica del delito nos ofrece para impedir que se criminalicen indebidamente determinadas intervenciones de personas que intentan resolver tales situaciones conflictivas.

En consecuencia, me atrevo a proponer una clasificación de los supuestos eutanásicos en tres grandes grupos, que denominaría eutanasia terminal, eutanasia paliativa y eutanasia cualitativa, y que se estructuran combinando determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte ¹⁵.

Dentro del concepto de *eutanasia terminal* se incluyen las hipótesis de enfermo terminal, estado vegetativo persistente, y neonatos en situaciones equiparables a las dos anteriores ¹⁶. Se trata de situaciones

14. No todas las críticas que se hacen a las clasificaciones usuales responden a lo aquí expuesto. Así, las críticas de CASADO GONZÁLEZ. «La eutanasia». Reus. 1994, pp. 14-15, 20-22, 24-27 y JUANATEY DORADO. *Op. cit.* pp. 322-323, 379, 389-390 a la distinción entre eutanasia activa y pasiva terminan siendo un cuestionamiento a la diversa estructura valorativa jurídico-penal de las acciones frente a las omisiones, algo que no puede compartirse. Aunque GASCÓN ABELLÁN. «Problemas de la eutanasia». Sistema. 1992. N.º 106, pp. 82-86, 103-107, en diferentes pasajes pone acertadamente de relieve que lo fundamental en la consideración y clasificación de la eutanasia es la situación clínica realmente existente, y no el que sea activa o pasiva, la vinculación, innecesaria, de tales circunstancias objetivas a los móviles de la persona interviniente acaba desfigurando su posición, además de que finalmente retorna a la dicotomía activa-pasiva. V. KALMTHOUT. *Op. cit.* pp. 287-289 enfatiza igualmente que las definiciones de eutanasia deben concentrarse en la descripción de las condiciones sanitarias previas y las características objetivas de la producción de la muerte, si bien no coincide con nosotros en la identificación de las situaciones que deben incluirse dentro del concepto de eutanasia ni realiza una convincente eliminación de los elementos relativos a la intervención de otra persona.

15. En mi contribución al estudio de la eutanasia en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN, *op. cit.*, pp. 254 y ss. asumí la tradicional terminología de eutanasia pasiva, indirecta y activa, si bien su *contenido* ya no respondía al usual sino a lo que ahora paso a llamar, creo que más propiamente, eutanasia terminal, paliativa y cualitativa, respectivamente.

16. Por «enfermo terminal» entiendo aquella persona que, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y que le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte. Por persona en «estado vegetativo persistente» entiendo aquélla que, según los actuales conocimientos médicos, ha perdido de modo irreversible la conciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno. Por «neonato en situación equiparable» entiendo no sólo aquél cuya afección incurable le ha colocado en una situación terminal o en un estado vegetativo persistente, sino también aquél cuya afección incurable hace que su supervivencia esté ligada de modo necesariamente permanente al uso masivo de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

en las que la medicina, a tenor de los actuales conocimientos y técnicas, sólo puede limitarse estrictamente a retrasar el momento de la muerte, sin capacidad para asegurar una vida que mantenga con una mínima autonomía las funciones vitales esenciales.

Dentro del concepto de *eutanasia paliativa* se incluyen, además de las hipótesis anteriores, las de enfermo de muerte y persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente¹⁷. Se trata de situaciones en que la aplicación de analgésicos o lenitivos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos da lugar a una anticipación del momento de la muerte.

Dentro del concepto de *eutanasia cualitativa* se incluyen todas las hipótesis precedentes. Se trata de situaciones en que se eliminan las graves carencias o sufrimientos padecidos por medio de la directa provocación de la muerte¹⁸.

2. LA DISPONIBILIDAD DE LA PROPIA VIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Una vez establecidos los supuestos eutanásicos, debemos preguntarnos en qué medida nuestro ordenamiento jurídico atribuye relevancia a la decisión de disponer de la propia vida. Sólo entonces podremos concretar en cada una de sus modalidades el grado en que, a partir de la diversa intensidad con que puede y debe expresarse la voluntad o interés del afectado, cabe considerar legítimas las intervenciones de terceros

a. En primer lugar nos ocuparemos de qué conclusiones pueden obtenerse de un *análisis constitucional*.

El reconocimiento por el art. 15 CE del derecho fundamental a la vida de todos los ciudadanos implica el surgimiento de dos tipos de

17. Por «enfermo de muerte» entiendo aquella persona que, según los actuales conocimientos médicos, padece una afección incurable que le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado. Por «persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente» entiendo, en este contexto, aquélla que, padeciendo una lesión, enfermedad o minusvalía respecto a las cuales, según los actuales conocimientos médicos, no hay posibilidades fundadas de curación y sí seguridad o gran probabilidad de que vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona, se encuentra imposibilitada físicamente de causarse a sí misma la muerte».

18. Véanse todo este conjunto de definiciones, precisadas adicionalmente en aspectos importantes, en GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. «Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida». 1993. Distribuidor Tirant lo blanch, pp. 20-23, y en mi aportación en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 257, 260, 263.

obligaciones, fundamentalmente referidas al Estado pero también al resto de los ciudadanos: Una de no hacer, consistente en abstenerse de toda actuación que pueda menoscabar tal derecho, y otra de hacer, consistente en proteger y promover su ejercicio. Este derecho ha sido adicionalmente objeto de una interpretación restrictiva que se ha dado en llamar «garantista»¹⁹, en virtud de la cual, y a partir de la asunción implícita de la incompatibilidad de los conceptos de vida y muerte, se ha llegado a la conclusión de que nuestra Constitución se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, la de vivir y no en la negativa, la de morir. Ello trae como lógica consecuencia que el derecho a prescindir de la propia vida no forme parte, al menos en un primer análisis, del contenido del derecho fundamental recogido en el art. 15²⁰.

Tal actitud interpretativa del precepto constitucional tiene buenas razones en que fundamentarse: La primordial importancia del bien jurídico implicado, la vida, que es el presupuesto material del ejercicio de cualesquiera otros derechos, la irreparabilidad de su lesión y, en especial, las socialmente inaceptables consecuencias que se derivarían del contenido de las obligaciones positivas correlativas al derecho fundamental a morir, aconsejan excluir inequívocamente del ámbito de protección constitucional de su ejercicio la pretensión de destruirlo. Por lo demás, el que un derecho fundamental no incluya dentro de sí la vertiente negativa de su ejercicio no es algo insólito²¹.

Podría suceder, sin embargo, que a través de otras normas constitucionales nos viéramos impedidos de mantener hasta el final la interpretación citada.

En efecto, importantes sectores doctrinales abogan por una mayor integración del art. 15 en el valor superior de nuestro ordenamiento jurídico que es la libertad (art. 1.1) o en los fundamentos del orden político y de la paz social constituidos por la dignidad de la persona o el

19. Véanse Ss. del TC. 120/90 de 27 de junio y 137/90 de 19 de julio, en especial FFJJ 7 y 5, respectivamente, que hablan de «un contenido de protección positiva», así como las referencias doctrinales y jurisprudenciales que hago en DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario». *Cuadernos de política criminal*. 1986. pp. 616-617 y DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204, 208. Además, GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 99; ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 103; CASADO GONZÁLEZ. pp. 83-84.

20. Así véanse Ss. del TC 120/90 de 27 de junio y 137/90 de 19 de julio. *Ibidem*; DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, pp. 616-617; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-208, con ulteriores referencias bibliográficas. Además GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 98; MUÑAGORRI LAGUIA. «Eutanasia y Derecho penal». M.^o de Justicia e Interior. 1994, p. 55; ROMEO CASABONA. 101, 103, 104, 106, 437, quien también considera directamente deducible del art. 15, a partir de una discutible consideración de los destinatarios de esa norma, la inexistencia de un deber de vivir.

21. Véanse los ejemplos citados por ATIENZA. «La argumentación jurídica en un caso difícil: la huelga de hambre de los presos del GRAPO». *Jueces para la democracia*. N.^o 9. 1990, pp. 34, 35; del mismo «Tras la justicia». Ariel. 1993, pp. 133-134; JUANATEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 368-369.

libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), a la luz de los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales ²². Sin embargo, no creo que los principios acabados de aludir tengan la suficiente virtualidad como para anular los argumentos precedentes. Por un lado, comparto la opinión del Tribunal constitucional de que los principios mencionados en los arts. 1.1 y 10.1 CE tienen una eficacia hermenéutica limitada: Si bien pueden precisar los contornos de unos derechos fundamentales o libertades públicas previamente estructurados, no pueden asumir la función de principios autónomos capaces de añadir nuevos elementos no incorporados en su configuración inicial ²³. Por otro, la configuración de su contenido y correlativas exigencias dista de ser algo inequívoco, dada su necesaria interpretación coordinada con los otros principios mencionados al mismo nivel. De ahí que sea razonable pensar que la integración a partir de ellos en el derecho fundamental a la vida, como por lo demás en otros derechos fundamentales, de toda la vertiente negativa de su ejercicio ²⁴ excede, muy probablemente, de su potencialidad interpretativa.

Con todo merece consideración alguna postura que, a partir fundamentalmente del art. 1.1 CE, ha propugnado la inclusión en el art. 15 CE del derecho a prescindir de la propia vida pero conllevando exclusivamente obligaciones de no hacer, es decir, de abstención de toda actuación de impedimento de su ejercicio por su titular ²⁵. A su favor tiene el hecho de que queda intocado el principal motivo que ha llevado a una previa configuración garantista del art. 15, cual es el de evitar las obligaciones de hacer que surgirían si se integrara en él la vertiente negativa del derecho fundamental a la vida. Mis reservas nacen sin embargo, no sólo de que supondría atribuir todavía demasiada virtualidad a una referencia constitucional tan imprecisa como la del art. 1.1, sino de que este anclaje constitucional podría tener efectos contrarios a los deseados respecto a la actitud a adoptar por la legislación ordinaria en ciertos supuestos de activa colaboración al

22. También se menciona, en menor medida, la referencia a la libertad del art. 9.2 CE. Esta actitud está muy extendida. Véanse las referencias bibliográficas que realizo en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206 y, además, RUIZ MIGUEL. «Autonomía individual y derecho a la propia vida». *Revista del Centro de estudios constitucionales*. 1993, pp. 144, 147, si bien atribuye mayor importancia al art. 17.1, como veremos; GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 97-101, 103; JUANATEY DORADO, *op. cit.*, p. 371; CASADO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 32-34, 37; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 35, 38, 42-44, 47, 52-53, 55, 83, 102-103.

23. Véase, entre otras, S. del TC 120/90. *Cit.* FJ 4. En el mismo sentido, véase mi punto de vista con ulteriores referencias bibliográficas, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 208-209.

24. Como proponen, en mayor o menor medida, los autores citados en penúltima Nota.

25. Así ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 104-106, 109-110, 113, 437.

suicidio ²⁶. Todo ello sin olvidar el claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional en contra ²⁷.

Una distinta vía de argumentación cree ver un derecho general a la libertad en el art. 17.1 CE. Su directa consideración como derecho fundamental, que permitiría acudir en amparo frente a sus restricciones no debidamente justificadas, obligaría a practicar un estricto examen de constitucionalidad de toda norma que afectara a aspectos esenciales de la autónoma configuración de la propia vida, o introdujera graves limitaciones a la autonomía personal, lo cual sólo sería asumible en caso de necesidades perentorias. De este modo se insinúa que las limitaciones al ejercicio del derecho a prescindir de la propia vida podrían ser en determinadas circunstancias inconstitucionales por violación del art. 17.1 ²⁸. Tanto esta tesis, como la que acude a una interpretación amplia del art. 17.1 para obtener un argumento más a favor de incluir en el art. 15 la vertiente negativa del ejercicio del derecho fundamental a la vida ²⁹, tropiezan sin embargo con la razonable objeción de que nuestra Constitución no aspira en ningún momento a establecer un derecho fundamental general a la libertad, algo por otra parte de imposible aseguramiento, sino que se ha conformado con seleccionar y otorgar la especial protección propia de los derechos fundamentales a concretas manifestaciones de la libertad personal que se han sentido especialmente dignas de tutela ³⁰. En este sentido, resulta difícil interpretar las menciones a la libertad del art. 17 CE como abarcadoras de algo más que la libertad física, lo que en Derecho penal se denomina la libertad ambulatoria ³¹.

Mayor atención merece a mi juicio una referencia del propio art. 15 que cabe calificar, dada su localización sistemática, como elemento esencial del derecho fundamental a la vida, a saber, la prohibición de

26. Al incluirse en la CE sólo obligaciones de no hacer por parte de terceros podría pensarse que no pueden despenalizarse comportamientos activos de terceros favorecedores del ejercicio de tal derecho.

27. Véanse Ss. TC 120/90 y 137/90, *cit.* FFJJ 7 y 5 respectivamente.

28. Véase RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 144-151, 161, quien descarta, por demasiado limitado, el recurso a la libertad ideológica del art. 16.1.

29. Véanse algunas referencias en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206.

30. *Mutatis mutandi* lo mismo cabría decir de los intentos de argumentar a favor del derecho a prescindir de la propia vida a partir de la libertad ideológica del art. 16.1 ó de la intimidad del art. 18. Véanse algunas referencias en Díez RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 204-206, así como GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, p. 103; CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 32-34; MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 43-44.

31. Véanse entre otras las ya citadas Ss. del TC 120/90 y 137/90. FFJJ 11 y 9, respectivamente. En la misma línea ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 114-115.

tratos inhumanos o degradantes. Su integración en el propio núcleo del derecho fundamental³² hace que las obligaciones de no hacer y hacer ya mencionadas deban ser moduladas en el sentido de que en ningún caso su cumplimiento conlleve mantener la vida humana con procedimientos o en condiciones inhumanos o degradantes.

El concepto de trato inhumano o degradante contiene aspectos objetivos y subjetivos, de modo que no se podrá hablar de él cuando, concurriendo objetivamente, la voluntad del afectado sea favorable al mantenimiento de su vida aun en tales circunstancias; asimismo, a falta de tales circunstancias objetivas, el simple hecho de mantener la vida contra la voluntad del afectado no supone sin más un trato inhumano o degradante³³.

Como se puede apreciar, la referencia a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes no implica introducir en el ámbito del ejercicio del derecho fundamental a la vida, aunque sea de un modo limitado, su vertiente negativa. Se ofrecería una visión desenfocada del problema, que además probablemente cerraría el paso a ulteriores reconocimientos más amplios en el contexto de la legislación ordinaria, si se dijera que se reconoce el derecho a prescindir voluntariamente de la vida en situaciones objetivas extremas; lo que en realidad sucede es que, dadas determinadas circunstancias objetivas, si no concurre la oposición del afectado, las obligaciones de no hacer o hacer en favor de la vida deben ser reformuladas.

Naturalmente el elemento subjetivo inherente al concepto de trato inhumano o degradante permite afirmar, utilizando un lenguaje sólo aproximado, que la disponibilidad de la propia vida tiene una relevancia indirecta en el art. 15, que no le hace perder a éste su interpretación estrictamente garantista³⁴.

32. En realidad es un límite a los derechos fundamentales de la vida e integridad física y moral, al igual que los que se mencionan en relación con otros derechos fundamentales en los artículos siguientes de la Constitución.

33. Véase ya antes en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 209. Parece también aludir a este doble componente ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 112.

34. La doctrina suele utilizar la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes en diferente medida, si bien tiende a verla, o como un derecho fundamental autónomo, o como un principio regulativo o interpretativo. Así, ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 112; BAJO FERNÁNDEZ. «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante». *Cuadernos de Política criminal*. 1993, pp. 710, 712, 721, 737; MUÑAGORRI LAGUIA. 110-111, 114; GASCÓN ABELLÁN. 101-102, 105-106, si bien la coloca en un segundo plano frente a una referencia a la dignidad con las mismas funciones. En la línea del texto, aunque menos desarrollado, véase también DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, p. 618; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 209-210, con referencias bibliográficas adicionales en línea con doctrina citada *Supra*.

Véase sin embargo una interpretación muy limitada de la virtualidad de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en Ss. del TC 120/90 y 137/90. *Cit.*, FFJJ 9 y 7.

b. Pero la configuración del derecho fundamental a la vida en los términos acabados de expresar no priva al legislador ordinario de tomar decisiones adicionales que, sin contradecir los contenidos anteriores, profundizan en nuestra problemática ³⁵. El *Código penal* nos ofrece nuevas pautas para nuestro razonamiento.

La primera decisión importante que toma el legislador penal es la de considerar impune el comportamiento del suicida, decisión que muestra toda su transcendencia cuando, como es frecuente, el suicidio no tiene éxito y queda en grado de tentativa o frustración: Frente a las opiniones tradicionales que vinculan tal decisión a meras razones de oportunidad, que no impedirían seguir considerando antijurídico el suicidio, comparto la tesis cada vez más generalizada según la cual la impunidad del suicidio es la más directa expresión del limitado reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de un derecho, aunque no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida ³⁶.

Ahora bien, en la medida en que nuestro Código penal considera delito el homicidio consentido y la mayor parte de las conductas de participación en el suicidio, tal derecho a prescindir de la propia vida es objeto de unos límites, los cuales no se aplican al derecho fundamental a la vida, y que tienen que ver con los comportamientos que en el ejercicio de aquel derecho se puede exigir a terceros.

Tales límites responden aproximadamente a las razones que ya hemos visto que habían motivado a nuestra Constitución a abstenerse de integrar la vertiente negativa del ejercicio del derecho a la vida en el contenido del derecho fundamental; pero ahora interpretadas de un modo menos estricto, en coherencia con el ámbito jurídico en el que nos movemos. La consecuencia es que la legitimidad del ejercicio del derecho a disponer de la propia vida queda condicionada, en términos generales, a la exclusiva intervención del suicida en la consecución de su propósito ³⁷.

Ello supone que, mientras el derecho fundamental a la vida impone, en diferente medida, al Estado y a los particulares la obligación de

35. Véanse a favor de esta opinión diversos pasajes de las Ss. del TC 120/90 y 137/90 *Cit.* FFJJ 6,7 y 4, 5, respectivamente, que han sido debidamente resaltados y asumidos por la doctrina. Así Díez Ripollés-Gracia Martín. *Op. cit.*, p. 208; Ruiz Miguel. *Op. cit.*, pp. 140-143; Juanatey Dorado. *Op. cit.*, p. 361; Romeo Casabona. *Op. cit.*, pp. 101, 437-438; Muñagorri Lagua. *Op. cit.*, p. 50-52, 55, 103, 107, 110, 114; Bajo Fernández. *Op. cit.*, p. 719.

36. Véase mi punto de vista con ulteriores referencia doctrinales en esa línea en Díez Ripollés-Gracia Martín. *Op. cit.*, pp. 203, 207, 209-210. También Romeo Casabona. *Op. cit.*, p. 106; Muñagorri Lagua. *Op. cit.*, pp. 51-52, 75, 110; Ruiz Miguel. *Op. cit.*, pp. 159-160.

37. Sobre la problemática penal de la intervención de terceros en este ámbito, véase el amplio análisis que realizo en Díez Ripollés-Gracia Martín. *Op. cit.*, pp. 201-210. También Romeo Casabona. *Op. cit.*, p. 110; Muñagorri Lagua. *Op. cit.*, pp. 55-56, 75, 83.

no hacer, consistente en abstenerse de cualquier comportamiento que pueda menoscabar su ejercicio, así como la de hacer, consistente en proteger y promover su ejercicio, el derecho a disponer de la propia vida sólo puede aspirar, en condiciones normales, a exigir que los poderes públicos o los particulares se abstengan de impedir su ejercicio³⁸, sin que haya una correlativa obligación de hacer, encaminada a proteger o promover su ejercicio³⁹.

El derecho a disponer de la propia vida crea, pues, unas relaciones jurídicas diversas a las originadas por el derecho fundamental a la vida, extremo éste que ha sido pasado frecuentemente por alto y que se ha visto fomentado por construcciones doctrinales que no han distinguido entre la vertiente positiva y negativa del derecho a la vida⁴⁰.

38. En coherencia con ello, el Código penal permite calificar como un delito de coacciones no justificadas el impedir por la fuerza la realización de un verdadero suicidio, no conformándose con estimar impunes las conductas omisivas de participación en el suicidio y homicidio consentido, o con no incluir en el tipo de omisión del deber de socorro los casos en que no se impide un verdadero suicidio. Véase al respecto un análisis técnico-jurídico penal, con ulteriores referencias bibliográficas, en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 232-235, 237-238, 308-309. Véase también ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 104-105, 109, 113. Por otra parte, debe notarse que las Ss. del TC 120/90 y 137/90. *Cit.* FFJJ 7 y 5, respectivamente, se limitan propiamente a rechazar que el derecho a morir constituya un auténtico derecho subjetivo, aun no fundamental, con capacidad para crear obligaciones de hacer (para los poderes públicos), sin que se pronuncien sobre obligaciones de no hacer.

39. En realidad la virtualidad del Código penal a través del art. 409, como tendremos ocasión de ver, va más allá de no tomar en consideración cualquier obligación de hacer relativa al derecho a disponer de la propia vida, centrándose en cerrar el paso al reconocimiento de una libertad (facultad) de intervenir a favor del derecho a disponer de la propia vida de otra persona.

40. Así sucede con ATIENZA. «La argumentación jurídica...». *Op. cit.*, pp. 33-35, 37; del mismo. «Tras...». *Op. cit.*, pp. 94, 132-134, quien, sin diferenciar entre las obligaciones que crea el derecho a mantener la vida y las que origina el derecho a prescindir de la propia vida, parece asumir que surgen en todo caso tanto obligaciones de no hacer como de hacer. A mi juicio lo que del conjunto de su postura se adivina que quiere decir es que, mientras respecto al derecho a mantener la vida surgen obligaciones de no hacer y de hacer, en lo que concierne al derecho a prescindir de la propia vida sólo surgen obligaciones de no hacer. Su postura se oscurece aun más al mezclar finalmente la problemática de la irrenunciabilidad del derecho a la vida (*vid. Infra*) con la de las obligaciones que genera la vertiente negativa de este derecho. Tampoco JUANA-TEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 357, 368-371, 391, 400 diferencia adecuadamente ambas vertientes del derecho a la vida, con la dificultad añadida de que parece pensar que los derechos subjetivos sólo generan alternativamente obligaciones positivas o negativas, optando en relación con el derecho a la vida por las primeras; ello parece llevarle, aunque en un supuesto no muy claro, a negar la obligación de no hacer en relación con el derecho a disponer de la propia vida. Por lo demás esta autora, y Atienza si no se interpreta su postura en el sentido antedicho, deberían coherentemente reconocer la *obligación* del Estado y aun de terceros de promover y colaborar en el derecho a disponer de la propia vida. Por el contrario, RUIZ MIGUEL. *Op. cit.*, pp. 154-160, 163-165 razona correctamente desde la perspectiva del derecho a disponer de la propia vida,

En cualquier caso, a la voluntad de prescindir de la propia vida hay que atribuirle en el ámbito penal una significación mayor que la derivada directamente de la configuración del derecho a disponer de ella. Ya hemos visto su relevancia indirecta en la configuración de lo que sean tratos inhumanos o degradantes y por consiguiente en el derecho fundamental a la vida. A ello hay que añadir los efectos atenuatorios de la pena que la presencia del consentimiento del afectado produce en el castigo de las conductas de participación en el suicidio y homicidio consentido⁴¹ y, de modo especial, su relevante función en contextos problemáticos más amplios como, sin ninguna duda, todos los eutanásicos en el campo de juego de las causas de justificación legalmente existentes⁴².

Queda por último una cuestión que surge en cuanto, como ha sucedido al entrar en el ordenamiento jurídico-penal, se reconoce en mayor o menor medida el derecho a disponer de la propia vida. Se trata de la medida en que la irrenunciabilidad del derecho fundamental a la vida pueda afectar al derecho a prescindir de ella. Ante todo cabría decir que si la Constitución, como hemos visto, ha preferido no pronunciarse sobre la vertiente negativa del ejercicio del derecho fundamental a la vida, dejando su concreción en manos de la legislación ordinaria, parece lógico deducir que la irrenunciabilidad debe quedar fuera del contenido del derecho fundamental o, cuando menos, limitada a aspectos

si bien lo considera como un mero «privilegio», con lo que le priva de importantes contenidos ya que los terceros no sólo carecen de obligaciones de hacer sino asimismo de no hacer (deber de no impedir el suicidio); sólo en casos de rechazo de tratamiento médico parece aceptar tanto obligaciones de no hacer como incluso de hacer por parte de terceros. Por lo demás su argumentación a partir de la norma general excluyente no llega a resultados convincentes. También se centra en el derecho a morir GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 100, 103-104, aparentemente aceptando de *lege lata* sólo obligaciones de no hacer.

41. Véase ampliamente al respecto en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 203, 207, 210.

42. Y es que no puede olvidarse que si las conductas amparadas por el derecho a disponer de la propia vida darán lugar por lo general a negar el injusto específico de un determinado comportamiento (atipicidad) —y lo mismo sucederá en los casos en que la voluntad de disponer de la propia vida, en relación con tratos inhumanos o degradantes, desempeñe su función en el área del derecho fundamental a la vida— nada impide que tal voluntad, inserta en determinados conflictos de intereses o deberes, pueda suponer un elemento fundamental entre otros para negar el injusto genérico del comportamiento en cuestión (causas de justificación).

En efecto debe eludirse, desde luego en Derecho penal, un tratamiento de la relevancia de la voluntad de morir exclusivamente limitado a su caracterización como derecho subjetivo con las consecuentes obligaciones para terceros: Las causas de justificación penales inspiradas en los conflictos de intereses hace tiempo que han abandonado rígidas contraposiciones según la previa jerarquía de derechos o deberes. Y no se olvide lo dicho más arriba respecto a las repercusiones de los tipos penales también en la delimitación de facultades, que no obligaciones, de intervención.

que puedan afectar estrictamente a la vertiente positiva ⁴³. Por otra parte, podría haber argumentos suficientes para que su vertiente negativa, es decir, el derecho a disponer de la propia vida gozara también en sí mismo de la exigencia de irrenunciabilidad ⁴⁴.

En cualquier caso, aun si no aceptáramos el tratamiento autónomo de ambas vertientes del derecho fundamental de la vida, la doctrina ha puesto de manifiesto la distinción existente entre la renuncia al derecho mismo y la renuncia a su ejercicio en un caso particular ⁴⁵. Para ello hay que dejar previamente en claro que la irrenunciabilidad consiste, no en que su titular no pueda abstenerse de ejercer el derecho sino en que no puede traspasarlo a terceras personas de manera definitiva. Desde esta perspectiva diremos que se renuncia al derecho mismo cuando se produce su definitivo abandono, su transmisión o enajenación en bloque de modo que es un tercero quien decide si se renuncia o no a la vida y, en caso afirmativo, con total autonomía para decidir el momento y las condiciones; por el contrario se renunciará a su ejercicio en un supuesto concreto cuando su titular encomienda a otra persona, en mayor o menor medida, la ejecución de su decisión de renunciar a la vida en el momento o condiciones por él fijados de modo más o menos preciso. A partir de tal diferenciación puede aceptarse que la renuncia al ejercicio del derecho a la vida en un caso particular, en cuanto no supone la pérdida de la titularidad del derecho, no viola el pretendido carácter irrenunciable del derecho fundamental a la vida tal como lo entendemos en este párrafo.

El hecho de que la renuncia a su ejercicio por una sólo vez suponga la imposibilidad de seguir ejerciéndolo puesto que desaparece definitivamente el presupuesto material, la vida, que le sirve de fundamento, no es obstáculo a lo anterior. No debe confundirse la idea de la irrenunciabilidad, dicho de nuevo, la ilegitimidad de traspasar a terceras personas de manera definitiva un derecho que te es propio, con la de la disponibilidad de la propia vida, es decir, la legitimidad de la decisión de su titular de destruirla. La admisión limitada ⁴⁶

43. Esto último es imaginable. Piénsese en la pretensión de rechazar cualquier ayuda del Estado para ser protegido frente a ataques de terceros, confiando en las fuerzas propias o de otros particulares.

44. Así MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 105-106.

45. Así GASCÓN ABELLÁN. *Op. cit.*, pp. 99-100; ATIENZA. «La argumentación...». *Op. cit.*, p. 37; del mismo «Tras...». *Op. cit.*, p. 134; JUANATEY DORADO. *Op. cit.*, pp. 372-374, 400.

46. En cuanto que hemos tenido que diferenciar, a partir del ordenamiento penal, en función de si la destrucción la produce él mismo, él mismo en colaboración con otras personas o éstas a partir de su petición.

que hemos realizado de esto último no implica pasar por alto esa otra pretendida exigencia ⁴⁷.

c. La legislación sanitaria también nos ofrece unas pautas especialmente significativas respecto al ámbito a atribuir al derecho a disponer de la propia vida en nuestro ordenamiento.

En efecto, el art. 10.9 de la *Ley general de Sanidad* reconoce el derecho del paciente a negarse al tratamiento, derecho que, salvo cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública (art. 10.6.a), no resulta excluido *en ningún caso* siempre que se siga el procedimiento establecido ⁴⁸.

La no necesidad del consentimiento previo de éste «cuando la urgencia no permita demoras por... existir peligro de fallecimiento», aludida en el art. 10.6.c, debe entenderse en el sentido de que si, por falta de tiempo, no se ha podido seguir el procedimiento prescrito, es decir, no ha podido ser debidamente informado o no ha tenido tiempo para tomar una decisión o plasmarla por escrito, y tampoco se ha podido se-

47. ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 107-109 rechaza la distinción entre renuncia al derecho mismo y renuncia a su ejercicio en lo que concierne al derecho a la vida, con el argumento de que en él ambos aspectos coinciden. Ello impediría reconocer legitimidad, por violación de la exigencia de irrenunciabilidad del derecho, a los supuestos de intervenciones de terceros, o al menos a aquellos en los que no se mantuviera el dominio del suceso por el suicida. Sin embargo, no habría obstáculos a que fuera legítimo que el propio suicida se quitara por sí mismo, o controlando la actuación de un tercero, la vida, pues en tal caso no estaría renunciando al derecho a la vida, o a su ejercicio, sino a su presupuesto material, a la vida misma. Ahora bien, cabe suponer que el motivo por el que Romeo estima que no se puede distinguir entre renuncia al derecho mismo o renuncia a su ejercicio en los supuestos de intervenciones de terceros es porque, habiendo renunciado una vez a su ejercicio, ya no puede recuperarse el derecho mismo dada la destrucción de su presupuesto material, la vida. Pero lo mismo sucede cuando uno se mata a sí mismo pues también entonces, al eliminar el presupuesto material, se imposibilita la recuperación del derecho mismo para hacerlo valer *frente a terceros*.

48. El art. 10 de la LGS en sus números 5, 6, 9 y 15 dice lo siguiente: «Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b. Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c. Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente. 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados».

guir, sustitutivamente por incapacidad del paciente, con sus familiares o personas a él allegadas (art. 10.6.b), se puede intervenir sin el consentimiento del paciente ni de sus familiares o allegados ⁴⁹. Tal autorización no abarca, desde luego, los supuestos en que el paciente ⁵⁰, debidamente informado y decidido a tenor del art. 10.6.p.1, se niega previamente a *cualquier* intervención ⁵¹.

Romeo Casabona considera, sin embargo, que la eliminación del derecho a negarse al tratamiento que establece el n.º 9 del art. 10 respecto a todos los supuestos de urgencia del n.º 6 c es propiamente innecesaria pues sólo cabe referirla a aquellos supuestos de la letra c en que el paciente está inconsciente o en condiciones de no poder consentir, sin que, por la urgencia de la intervención debido al peligro que corre su vida, se pueda esperar a que recupere el conocimiento o a que comparezcan sus familiares o allegados para que decidan en su lugar. Pero en tales hipótesis no se niega la facultad de rechazar el tratamiento sino que se constata que no existe la posibilidad material ni de rechazar ni de consentir. Ahora bien, en todos los demás supuestos de urgencia en que el paciente o sus familiares o allegados puedan consentir al tratamiento, habrá que reconocer su derecho a rechazarlo, con independencia de que se haya seguido o no el procedimiento del art. 10.6.p.1 ⁵².

A mi juicio la interpretación transcrita va demasiado lejos en cuanto que daría por buenos «rechazos desinformados» tanto del paciente como de sus familiares o allegados: En efecto, habría que dar relevancia a la negativa a recibir un tratamiento vital formulada por un paciente que, por premuras de tiempo, no hubiera dispuesto de toda la información disponible, incluida en ella las diferentes alternativas de tratamiento ⁵³, o que, por el mismo motivo, no hubiera podido realizar una libre elección entre tales alternativas confrontándolas asimismo con el rechazo de todas ellas, o no hubiera

49. Parece razonable pensar que el art. 10.6.c tiene también eficacia sobre los supuestos del art. 10.6.b, e incluso la hubiera podido tener sobre las hipótesis del art. 10.6.a si no fuera porque este último precepto, en lugar de aludir a los casos en que debe decidir la autoridad sanitaria sobre la procedencia del tratamiento, parte de que ya se ha hecho la valoración del riesgo y se ha decidido intervenir.

50. O, si está incapacitado para tomar decisiones, sus familiares o allegados.

51. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS. «La huelga...». *Op. cit.*, pp. 622-623; DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 251-252, con abundantes referencias bibliográficas.

52. Véase ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 434-439, 441, 467, 485.

53. Está claro que el cumplimiento de las exigencias del art. 10.5 es presupuesto del de las exigencias del art. 10.6.p.1.

podido expresar la correspondiente decisión con la suficiente claridad. La misma relevancia habría que otorgar a los rechazos desinformados que hicieran por el paciente incapacitado para tomar decisiones sus familiares o allegados. Tal solución contradice las exigencias del «consentimiento informado» desarrolladas en el ámbito sanitario⁵⁴, con más motivo tratándose de situaciones en las que se registra un inmediato peligro de fallecimiento: En ellas parece razonable partir de una presunción de consentimiento a la intervención⁵⁵, que sólo podrá neutralizarse por una negativa adoptada respetando, al menos sustancialmente⁵⁶, el procedimiento prescrito para el consentimiento⁵⁷.

La regulación citada, interpretada como se ha propugnado⁵⁸, constituye un nuevo y explícito apoyo legal para la práctica de actuaciones eutanásicas, como tendremos ocasión de ver.

54. Véase p. ej. últimamente CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 23, 32, 40-42.

55. Sin entrar en planteamientos más genéricos sobre la voluntariedad de los tratamientos médicos, piénsese en la coherencia de tal presunción, incluso en supuestos no urgentes, con un derecho a la vida que contempla obligaciones de hacer respecto a su vertiente positiva y sólo obligaciones de no hacer en su vertiente negativa. Parece partir también de presunción de consentimiento ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, p. 441 en relación con supuestos de eutanasia.

56. No es éste el lugar para precisar el adverbio. Aunque puede verse lo que prevé la Propuesta alternativa recogida en apartado 4.

57. Nada habla a favor de que en estos casos, y probablemente en todos los demás relativos a tratamientos médicos, el procedimiento para rechazar un tratamiento sanitario deba ser más simple que el previsto para consentir. Naturalmente tampoco, nada debe obstar a que si alguien es responsable de que no se haya podido seguir el procedimiento, y con ello de que no haya podido darse relevancia a la negativa, éste deba responder por su comportamiento. En otro orden de consideraciones, no resulta difícil imaginar que, si aceptáramos negativas desinformadas a tratamientos vitales, con frecuencia se intentaría eludir su eficacia a partir de la teoría de los vicios del consentimiento. Por último, y como su mismo defensor reconoce, esta interpretación, a diferencia de la por mí defendida, tropieza con problemas de cara a explicar la remisión del art. 10.9 al art. 10.6.c.

58. Véanse otros autores en la misma línea en DíEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 252. También últimamente BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 725, si bien amplía la posibilidad de rechazo a supuestos tardíos siempre que la intervención implique riesgos previsibles. Por otro lado, nuestro TC en sus Ss. 120/90 y 137/90. *Cit.* FFJJ 5, 7, 8, y 3, 5, 6, respectivamente, abre claramente el paso a considerar ilícita toda asistencia médica contraria a la voluntad del paciente, aun con riesgo de muerte, pero sin profundizar en sus condiciones. RUIZ MIGUEL *op. cit.*, pp. 136-137, aunque dubitativamente, admite que la ley no excluya la relevancia del rechazo del tratamiento cuando haya oposición expresa, pero sin mayores precisiones. Por el contrario CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 39, 41 parece partir de la irrelevancia del rechazo a tratamiento en todos los casos de urgencia. Véase otros autores en esa línea en DíEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, *Ibidem*.

3. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACION DE *LEGE LATA*

a. Una perspectiva como la que enuncia el subepígrafe es necesariamente limitada: La ausencia de una regulación específica de los supuestos eutanásicos en nuestro ordenamiento, que atienda debidamente a sus peculiaridades, hace que todas las propuestas de solución, básicamente centradas en evitar la aplicación de determinados preceptos del Código penal, exijan un esfuerzo interpretativo que en algunas ocasiones, sin dejar de ser convincente, puede parecer excesivo.

Enumeremos en primer lugar las diferentes expresiones de la *voluntad o interés* del afectado que vamos a considerar relevantes, sin perjuicio de su diferenciada consideración según las hipótesis concernidas: La voluntad del afectado capaz⁵⁹ podrá concretarse, según los supuestos, en una solicitud, consentimiento o no oposición⁶⁰.

Considero equiparable a una solicitud, en defecto de la que pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la previa expresión de su decisión a través de la denominada *declaración vital*, siempre que aluda de modo genérico pero inequívoco a situaciones en alguna de las cuales posteriormente ha terminado encontrándose y cumpla con las exigencias de seriedad, persistencia y formalidades suficientes⁶¹.

Si, por el contrario, el afectado es incapaz o siendo habitualmente capaz no puede manifestar su voluntad válidamente⁶², habrá situaciones en que podrá ser suficiente con el consentimiento prestado por sus representantes legales, familiares o allegados, formulado con la pretensión de expresar el interés del paciente incapaz o la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz; incluso a veces bastará con la no formulación de oposición por parte de ellos en las mismas condiciones⁶³.

59. Sobre el concepto de persona capaz en este ámbito, véase DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 266, 212-218.

60. Siempre en las dos variantes de expreso o tácito.

61. Véase más ampliamente al respecto en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 266.

62. Sea de modo permanente a partir de cierto momento, sea de forma transitoria pero sin que proceda médicamente una demora de la acción u omisión.

63. Excepcionalmente el médico podrá realizar intervenciones eutanásicas incluso mediando oposición del afectado.

Si a continuación nos centramos en los *comportamientos* que pueden realizar otras personas para superar las situaciones eutanásicas, y que pueden ser en principio relevantes para el Derecho penal, comprobamos que éstos podrán consistir en acciones u omisiones, realizadas con dolo directo o eventual, a título de autor o de partícipe, que puedan incluirse en las figuras de delito del homicidio consentido (art. 409.2), el auxilio al suicidio (art. 409.1), la omisión del deber de socorro (art. 489 ter) y, eventualmente, el homicidio simple (art. 407) ⁶⁴.

b. En los supuestos de *eutanasia terminal* las conductas eutanásicas consideradas de un modo global serán por lo general de naturaleza omisiva, en cuanto que consistirán en la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico o quirúrgico.

Mientras no concurra la oposición del afectado capaz, o la de los representantes del incapaz, el personal sanitario que las lleve a cabo no incurrirá en ninguno de los tipos omisivos: La incapacidad de la medicina para garantizar una vida en condiciones mínimas de calidad, pudiendo sólo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante de los arts. 409.2 y 407, o el de socorro del art. 489 ter, decaigan sin que deba esperarse a ulteriores argumentos específicos ⁶⁵ para excluir ya la tipicidad.

En tales condiciones, en realidad, el deber de velar por la vida se transforma en el de asegurar una *muerte digna*. Ello es coherente con la protección constitucional del derecho fundamental a la vida delimitada por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes ⁶⁶. Se puede afirmar que si ni siquiera se puede asegurar una mínima calidad de vida ⁶⁷, las obligaciones de no hacer y hacer vinculadas al mantenimiento de la vida se transforman en sus correlativas de asegurar una muerte digna.

64. Por razones de claridad expositiva mi argumentación se va a centrar en los tipos de homicidio, consentido o no, y en la omisión del deber de socorro. Sin duda procede seguir hablando de eutanasia cuando, en las circunstancias ya analizadas en el apartado 1, la intervención del tercero se limita a inducir o cooperar a que el propio afectado se cause la muerte; sin embargo su, en principio, menor entidad respecto al homicidio consentido permite que las soluciones aplicadas a éste sean aún de más fácil consideración en la participación al suicidio. También motivos de claridad expositiva aconsejan que, dentro del ámbito médico-asistencial al que se circunscribe el trabajo, no atendamos a las posibles responsabilidades del personal sanitario auxiliar.

65. Véanse en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 258, 262 y las remisiones allí contenidas.

66. Véase lo que dijimos en apartado 2.a. sobre esta limitación del derecho fundamental a la vida. Por lo demás, la S. del TC 120/90. *Cit.* FJ 9 considera que es un trato inhumano y degradante todo aquel que constituya «una prolongación del sufrimiento sin lograr pese a ello evitar la muerte».

67. Véase más adelante cómo juega la prohibición de tratos inhumanos o degradantes si aun se está en condiciones de mantener una mínima calidad de vida.

La no oposición del afectado o de sus representantes, según los casos, tiene debidamente en cuenta el componente subjetivo del concepto de trato inhumano o degradante, ya analizado ⁶⁸. Ello no impedirá sin embargo que en las ocasiones en que la conducta resulte típica por concurrir tal oposición ⁶⁹, el médico pueda resultar excepcionalmente justificado a partir de un conflicto de intereses o una colisión de deberes, generalmente basados en la escasez de medios disponibles combinado con la diversidad de pronósticos existentes entre los diversos pacientes ⁷⁰.

Si, pese a que no será frecuente, se persiste en aislar comportamientos activos en estas hipótesis, se puede afirmar que los tipos activos de los arts. 409.2 y 407 no concurrirán: La argumentación empleada para descartar los tipos omisivos tendrá efectos *mutatis mutandi* para, a partir del criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados consistente en el ámbito de protección de la norma, no imputar el resultado no aplazado de muerte ⁷¹.

En correspondencia, si el médico decide por acción o por omisión seguir retrasando el momento de la muerte, en determinados supuestos en que lo haga en contra de la voluntad del afectado podrá darse el tipo de coacciones del art. 496, e incluso un delito de lesiones o falta de malos tratos ⁷², que no podrán justificarse en virtud de una colisión de deberes del art. 8.11 pues no concurrirá, en las condiciones antedichas, el deber de velar por la prolongación de la vida del paciente y sí, por añadidura, el deber constitucional de velar por una muerte digna así como el de respetar la negativa del paciente al tratamiento cumplidos los requisitos legales ⁷³.

c. En las hipótesis de *eutanasia paliativa* nos encontraremos habitualmente ante comportamientos activos, consistentes en la aplicación de tratamientos que eliminan o mitigan los graves sufrimientos

68. Véase *Supra*.

69. Lo que supone que persiste la obligación de mantener esa vida.

70. Véase lo dicho en el apartado 2.b, aunque allí en una dirección inversa, sobre la importante función de los conflictos de intereses en Derecho penal.

71. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 259, 261.

72. La concurrencia o no de los tipos delictivos depende de si el supuesto producido encaja en las respectivas formulaciones típicas, lo que no será siempre el caso, en especial en las coacciones. Véase al respecto más detenidamente DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p 260. La atipicidad penal no debe impedir, sin embargo, la exigencia de responsabilidades en otros ámbitos jurídicos y profesionales.

73. Véase apartado 2.c. Apréciase en cualquier caso que no ha sido preciso acudir hasta ahora al derecho a negarse al tratamiento pues hemos negado la tipicidad de los comportamientos por otras vías conceptualmente previas.

padecidos dando lugar simultáneamente a una anticipación del momento de la muerte, si bien tampoco cabe excluir los omisivos ⁷⁴.

— Si se sigue tratando de las tres situaciones clínicas constitutivas de la eutanasia terminal ⁷⁵ continuamos dentro de la obligación de asegurar una muerte digna. En consecuencia, el ya aludido criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados basado en el ámbito de protección de la norma permitirá que no se impute el resultado de muerte a la conducta activa del médico no sólo cuando aquella no se aplace sino cuando, en ese mismo contexto agónico, se acelere para evitar sufrimientos. Por lo que se refiere a las conductas omisivas, estarán ausentes los deberes de actuar en el sentido antes indicado. En ambos casos los comportamientos serán, por consiguiente, atípicos.

Regirán por lo demás los mismos requisitos respecto a la no oposición del afectado o sus representantes ⁷⁶.

— Ahora bien, en relación con las dos nuevas situaciones clínicas insertas en esta clase de eutanasia ⁷⁷ la argumentación debe adoptar un sesgo distinto debido a que puede estimarse que en ellas la medicina está en condiciones de asegurar unas condiciones mínimas de calidad de vida. Ello centra la discusión en si tales condiciones garantizan además una *vida digna* o bien esto último está lejos de conseguirse, en cuyo caso el mantenimiento de una vida tal iría en contra de la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes.

La mayor problematicidad respecto a si nos encontramos ante una situación vital inhumana o degradante hace que el aspecto subjetivo deba ser potenciado, de modo que nada se podrá decidir sin contar con el consentimiento del afectado capaz o del de los representantes del incapaz ⁷⁸.

Por otro lado, aun cuando consideremos que en estas situaciones ⁷⁹ la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes no puede conducir a alterar, como en la eutanasia terminal, las obligaciones propias del derecho fundamental a la vida ⁸⁰ hasta el punto de hacer surgir una obligación de hacer consistente en asegurar la muerte, sí puede

74. Se piense en la decisión de prescindir de tratamientos dolorosos, acelerándose con ello la muerte.

75. Véase *Supra* apartado 1 *in fine*.

76. Véase más ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 261.

77. Véase *Supra* apartado 1 *in fine*.

78. Véase más amplia y matizadamente sobre esto último DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 267.

79. Mediando el consentimiento correspondiente.

80. Entendido siempre, no lo olvidemos, sólo desde la vertiente positiva del derecho a la vida. Véase *Supra* apartado 2.a.

dar pie a alterar la paralela obligación de no hacer en el sentido de que surja el deber⁸¹ de abstenerse de impedir su producción. Tal conclusión permite que, sólo para estas situaciones y en cualquier caso desde perspectivas distintas⁸², se produzca una cierta superposición entre las obligaciones constitucionales y las jurídico-penales.

La decisión del afectado o sus representantes favorable a la adopción de medidas que puedan acelerar la producción de la muerte por medio de la evitación de sufrimientos no va a impedir que la intervención activa de otra persona en ese sentido realice el tipo objetivo del art. 409.2⁸³.

Con todo, si la anticipación de la muerte es de escasa relevancia, podrá seguir restringiéndose la imputación objetiva del resultado en los términos ya vistos para los otros supuestos.

Sin embargo, el comportamiento difícilmente llegará a ser típico debido a que será infrecuente la concurrencia del tipo subjetivo del art. 409.2: En los supuestos aludidos no se suele actuar con dolo directo de primer grado respecto a la muerte, y el tipo no incluye dentro de sí comportamientos con dolo eventual, ni probablemente tampoco con dolo directo de segundo grado⁸⁴.

Si concurriera el dolo directo de primer grado o se aceptara la inserción en el tipo del dolo de consecuencias necesarias, no habría forma de eludir la plena realización del tipo, y el supuesto debería intentar resolverse como los casos de eutanasia cualitativa⁸⁵.

81. Y no sólo la facultad de no intervenir frente a la producción de la muerte en una vida inhumana o degradada.

82. Ya que el Derecho penal, a diferencia del constitucional, se basa aquí en el reconocimiento de un limitado derecho a disponer de la propia vida y en cualesquiera situaciones de libertad de decisión. Véase *Supra* apartados 2.a y b.

83. La presencia del consentimiento deja fuera de consideración el art. 407. Véase más amplia y matizadamente DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 261-262, 256, 267.

84. Ello nos fuerza a matizar afirmaciones anteriores relativas a que el derecho a disponer de la propia vida dentro del ordenamiento jurídico-penal no sólo no incluía las obligaciones de hacer, sino tampoco la libertad (facultad) de intervenir a favor del derecho a disponer de la propia vida de otra persona. Véase *Supra* apartado 2.b. La atipicidad de los supuestos acabados de aludir abre un cierto margen al ejercicio de esa libertad por un tercero.

85. Si bien con una más fácil fundamentación de la justificación. Véase al respecto DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, p. 262.

En lo que concierne a las conductas omisivas, la falta de posición de garante en casos en que el afectado no quiere que se realice una intervención sobre él y la ausencia de equivalencia entre la acción y la omisión impedirán hablar de la comisión por omisión en el art. 409.2, a lo que cabría añadir la probable falta del tipo subjetivo. Tampoco se dará el tipo de omisión del deber de socorro, a falta de una persona desamparada ⁸⁶.

Por otra parte, conductas abstencionistas del médico contra la voluntad del afectado tendentes a no eliminar o mitigar los sufrimientos, si bien no siempre será sencillo integrarlas dentro del tipo de coacciones por omisión, podrán cumplir más fácilmente los tipos de lesiones corporales o malos tratos omisivos, que serán a su vez difíciles de justificar, incluso si concurren los deberes de omisión propios de los tipos activos protectores de la vida ⁸⁷ pues éstos se verán contrarrestados por el deber de respetar el derecho del paciente a consentir el tratamiento siguiendo el procedimiento establecido.

d. Llegamos por fin a las hipótesis de *eutanasia cualitativa*, en las que, aunque predominarán intervenciones activas de terceros, no cabe excluir tampoco las omisivas.

La diferencia frente a todos los casos anteriores es la entidad del comportamiento eutanásico: Si en los supuestos precedentes se trataba de no prolongar el proceso irreversible que conducía a la muerte o, a cuenta de evitar determinados sufrimientos, anticipar ésta, ahora se interviene con la intención de producir directamente la muerte del agonizante y/o sufriente. El desencadenamiento, con dolo directo de primer grado, de un nuevo curso causal que, por sí sólo o a partir de la situación sanitaria preexistente, tiene la virtualidad de producir de modo inmediato y directo la muerte del afectado, transforma sustancialmente la situación ⁸⁸.

86. Véase ampliamente sobre la imposibilidad de que se den los tipos omisivos DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 262, 258 y las remisiones allí contenidas. Por lo demás, la más fácil resolución de estas hipótesis omisivas está en directa relación con la vigencia en Derecho penal de la obligación de no hacer, propia del derecho a prescindir de la propia vida, consistente en el deber de abstenerse de impedir un suicidio. Véase *Supra* apartado 2.b.

87. Me refiero a la situación en la que la no intervención del médico para paliar el dolor del paciente, pudiéndose considerar una lesión corporal omisiva, pretendiera justificarse en función del deber de no anticipar la muerte cuyo incumplimiento pudiera calificarse de homicidio.

88. Podríamos decir que el nuevo curso causal ha interrumpido al anterior ligado a una enfermedad o lesión, o bien que el resultado de muerte producido ya no se puede imputar objetivamente al curso causal desencadenado por la lesión o enfermedad. No es éste el lugar para dilucidar por cual alternativa hay que decidirse. Véase al respecto SILVA SÁNCHEZ. «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado». En «Estudios penales en memoria del Prof. Fernández Albor». Universidad de Santiago de Compostela. 1989, pp. 678-680.

Una primera consecuencia de ello es que ya no bastará con la no oposición ni siquiera con el consentimiento del afectado o de sus representantes para entrar a considerar la licitud de la intervención de terceros. Se precisará, al menos para los comportamientos activos, la solicitud expresa o tácita por parte del afectado, sin que quepa ningún tipo de presunción o representación.

La transformación del mero consentimiento en una solicitud supone trasladar la iniciativa al directamente afectado, cerrando el paso a actuaciones promotoras de la decisión por parte de terceras personas y fomentando la verificación de la seriedad de ésta ⁸⁹.

Una segunda consecuencia es que la anterior diferenciación entre hipótesis en las que se pretende asegurar una muerte digna y aquellas en las que se aspira a salvaguardar una vida digna queda superada. En la medida en que en estas intervenciones eutanásicas ya no se trata de posibilitar una agonía libre de interferencias inhumanas o degradantes sino de la directa producción de la muerte, procede razonar en todo momento desde la perspectiva de la vida *digna*.

En coherencia con ello, la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes sólo da lugar a que persista el deber de abstenerse de impedir la producción de la muerte en tales condiciones ⁹⁰.

Si esta vez comenzamos por los comportamientos omisivos, podemos observar que, a pesar de la mayor significación de estas intervenciones eutanásicas, en ningún caso se realizarán los tipos omisivos de los arts. 409.2 y 489 ter, en la medida en que no concurrirán los deberes de actuar correspondientes, dada la ausencia de la posición de garante ⁹¹ y la no equivalencia entre la acción y la omisión en el primer caso, y la no presencia del desamparo en el segundo ⁹².

Por lo que se refiere a los comportamientos activos del art. 409.2, en principio resulta difícil negar la concurrencia del tipo objetivo y subjetivo, y con ello la plena tipicidad del comportamiento.

89. En los comportamientos omisivos cabe partir del consentimiento expreso o tácito, pero en cualquier caso sin inclusión del presunto ni de la representación.

Véase más ampliamente sobre ello en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 266-267, con las remisiones allí establecidas.

90. Véase lo dicho en el subapartado 3.c.

91. Pues el beneficiario de tal deber de acción desea justamente lo contrario, que se abstenga de intervenir.

92. Todo ello vuelve de nuevo a ser coherente con el deber jurídico-penal de abstenerse de impedir un suicidio.

Ello nos obliga a buscar la legitimidad de estos comportamientos, en principio prohibidos, en el ámbito de las causas de justificación, y en concreto en el marco del conflicto de intereses. Por un lado tenemos los que conducen a salvaguardar una vida no deseada en cualesquiera condiciones. Por otro, aquellos en virtud de los cuales se pretende garantizar en todo momento una vida digna, es decir, libre de tratos inhumanos o degradantes, aceptando su supresión, a solicitud del afectado, en caso contrario.

En este craso conflicto entre santidad y calidad de la vida el primer grupo de intereses tiene a su favor los deberes de omisión ligados a la prohibición penal del homicidio consentido, sin que disponga de un pronunciamiento constitucional respecto a la protección de la vida no deseada.

Asimismo está muy presente el temor de que, si se deja de proteger la vida en cualesquiera condiciones frente a agresiones directas e intencionadas, se produzcan abusos irreparables tanto en la identificación de las situaciones eutanásicas como en la determinación de la auténtica voluntad del afectado.

El segundo bloque cuenta ante todo con un reconocimiento jurídico-penal del derecho a disponer de la propia vida *aun en situaciones no penosas* que no tiene restricciones respecto a uno mismo, establece obligaciones de abstención para terceras personas y otorga facultades de intervención activa de terceros siempre que la intención no sea la de producir la muerte. Parece razonable que en situaciones inequívocamente penosas como las eutanásicas se introduzcan más amplias posibilidades de actuación a través de las causas de justificación.

A ello se une que en condiciones vitales inhumanas o degradantes, como es ahora el caso, la protección constitucional del derecho fundamental a la vida es objeto de matizaciones transcendentales: Si en las hipótesis de eutanasia terminal pueden llegar a hacer surgir la obligación de asegurar una muerte digna, y en las de eutanasia paliativa y cualitativa implican de cualquier modo la obligación de no impedir la muerte, nada impide que también en estos supuestos tengan una repercusión, aunque más limitada ⁹³, en la valoración de los comportamientos activos.

93. La restricción de sus efectos vendría dada por el hecho de que ya no se hacen valer obligaciones derivadas de un derecho subjetivo, ni siquiera libertades (facultades) de intervenir, las cuales excluirían desde un principio la ilicitud del comportamiento, sino que se inserta la voluntad de morir en determinadas condiciones fácticas dentro de un conflicto de intereses más amplio.

De ahí que, a mi juicio, el médico que opte tras una verificación cuidadosa de la situación eutanásica y de la solicitud del afectado, por el segundo conjunto de intereses podrá ampararse en una autorización derivada de un estado de necesidad en conflicto de bienes desiguales ⁹⁴.

4. UNA PROPUESTA DE REGULACION DE *LEGE FERENDA*

Sin embargo, más allá de las soluciones que se puedan encontrar de *lege lata*, resulta indudable la necesidad de reformar nuestro ordenamiento jurídico para lograr su acomodación precisa y sin tensiones a las necesidades de legitimación que plantean los supuestos eutanásicos. Voy a limitarme a continuación, por razones de espacio, a comentar brevemente la «Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida», elaborada por el Grupo de estudios de política criminal ⁹⁵ que, constituyendo a mi juicio el intento más elaborado de regulación, comparto casi en su totalidad ⁹⁶.

Por lo que se refiere a la delimitación de las *situaciones eutanásicas*, la Propuesta alternativa elude expresamente la terminología y clasificaciones al uso y, a partir de los criterios materiales consistentes en la situación clínica y la secuencia temporal de producción de la muerte, identifica y diferencia las diversas hipótesis eutanásicas.

94. Véanse argumentos adicionales en DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 264-265.

95. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Op. cit.*, pp. 19 y ss. El Grupo de estudios de política criminal, del que formo parte, está constituido por más de un centenar de catedráticos y profesores titulares de Derecho penal españoles, magistrados y jueces activos en la jurisdicción penal, que se ocupan de temas político-criminales especialmente problemáticos, pretendiendo sentar las bases de la solución por ellos propuesta a través de un Manifiesto que luego se concreta en una Propuesta alternativa de regulación en nuestro ordenamiento jurídico. Hasta el momento ha emitido pronunciamientos sobre Drogas, Disponibilidad de propia vida y Objeción de conciencia. Véase su Declaración programática. *Ibidem*, pp. 69 y ss. Por lo demás mi activa participación junto a otras personas en la elaboración de la Propuesta que nos ocupa explica las coincidencias que se puedan producir en los párrafos que siguen con opiniones previamente manifestadas en este trabajo.

96. Dejamos por consiguiente sin considerar la limitada reforma de este tema que se contiene en el Proyecto de Código penal de 1994 (véanse comentarios a ella, en su versión del Proyecto 92, en MUÑAGORRI LAGUIA. *Op. cit.*, pp. 59 y ss.; JUANATEY DORADO. «Participación en el suicidio y eutanasia». Poder judicial. Monográfico. Diciembre 92, pp. 109 y ss.; ROMEO CASABONA. *Op. cit.*, pp. 489-490; CASADO GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 51-53, y en su versión del Proyecto 94, en DEL ROSAL BLASCO. «Aspectos jurídicos...». *Op. cit.*, pp. 61-63 y la propuesta que en su día formuló RODRÍGUEZ AGUILERA. «El derecho a una muerte digna». *Rev. jur. de Cataluña*. 1989, así como las muy variadas propuestas que, al hilo de la crítica a la actual regulación, ha ido formulando la doctrina penal.

Deja fuera desde un principio los supuestos en que ya se ha producido la muerte clínica cerebral, por cuanto ya estamos jurídicamente ante un cadáver, y aquellos en que no se precisa afectar en ningún sentido la secuencia temporal que conduce a la muerte ⁹⁷.

Llega así a caracterizar las cinco situaciones que ya conocemos ⁹⁸, sin que en ningún momento realice ulteriores depuraciones conceptuales ⁹⁹, más allá de mantener su diferenciación del suicidio ¹⁰⁰.

A la hora de resolverlas centra su atención en la reforma de la Ley general de Sanidad y del Código penal ¹⁰¹.

Respecto a la *Ley Gral. de Sanidad* propone una reforma previa de gran transcendencia, cual es la de formular de un modo mucho más detenido y profundo el derecho del paciente a decidir libremente, una vez debidamente informado, el tratamiento médico que se le vaya a aplicar.

En efecto, se precisan las ineludibles condiciones de capacidad y validez que deberá reunir todo consentimiento relevante, acomodadas en todo caso a las diversas situaciones susceptibles de producirse ¹⁰², se consolida la intervención subsidiaria de los representantes del paciente con requisitos equivalentes a los formulados para el consentimiento del

Tampoco nos vamos a ocupar, a salvo algunas referencias imprescindibles, de la reforma que la Propuesta alternativa propugna de los tipos penales que tratan el suicidio en cuanto tal.

97. Véase más ampliamente sobre estos casos DÍEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Op. cit.*, pp. 255 -256.

98. Es decir, enfermo terminal, estado vegetativo persistente, neonato en situación equiparable a las anteriores, enfermo de muerte y persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma por afección incurable y permanente, si bien su terminología no coincide exactamente con la nuestra, por más que hemos empleado en nuestro trabajo las definiciones de la Propuesta.

99. Como las que a nosotros nos han permitido hablar de eutanasia terminal, paliativa y cualitativa.

100. Véase GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Op. cit.*, pp. 19-27.

101. Si bien hay asimismo alguna referencia a la Ley de regulación del Contrato de Seguro.

102. Se parte de que es capaz todo aquel que tenga capacidad natural de juicio para comprender, una vez informado, el sentido y transcendencia de su resolución y para decidir en consecuencia, debiéndose tratar en cualquier caso de un consentimiento previo informado, libre, no obtenido por precio o recompensa, y revocable en cualquier momento. Los supuestos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se resuelven en principio (véase *Infra*) exceptuando la exigencia normal de que el consentimiento se formule expresamente y por escrito por la vía de estimar suficiente el consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado.

afectado, y sólo excepcionalmente se permite intervenir médicamente a falta de la conformidad del paciente o sus representantes ¹⁰³.

Resuelto lo anterior de modo general para todo tratamiento médico, se considera que todas las intervenciones eutanásicas que no impliquen la producción intencionada y directa de la muerte ¹⁰⁴ son susceptibles de inclusión en el marco de la *lex artis* en el ejercicio de la medicina, por lo que su eventual regulación debe hacerse dentro de la legislación sanitaria y más precisamente en las normas que regulan el derecho a aceptar o rechazar un tratamiento.

En consecuencia, en todas las hipótesis que nosotros hemos denominado de eutanasia terminal y paliativa el paciente o sus representantes tienen el derecho, siempre que realicen una solicitud ¹⁰⁵ en condiciones equivalentes a las del consentimiento para todo tratamiento médico antes aludido, a que se practiquen al afectado las intervenciones eutanásicas propias de cada situación clínica ¹⁰⁶. Es más, en los supuestos propios de la eutanasia terminal el médico podrá proceder a la interrupción o no iniciación del tratamiento mientras no concurra la oposición del paciente o sus representantes, formulada del mismo modo que el consentimiento propio de todo tratamiento médico.

Asimismo se opta por equiparar a una solicitud de las antedichas las *declaraciones vitales*, siempre en defecto de la solicitud que el paciente pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones. Se exige para su validez su formulación por escrito ante notario por mayor de 18 años capaz de consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa, con contenido alusivo de modo genérico pero inequívoco a todos o parte de los tratamientos vinculados a la eutanasia terminal o paliativa. Ten-

103. En concreto, en supuestos de riesgo para la salud pública, y en los de imposibilidad de averiguación de la voluntad del paciente o de sus representantes. En este segundo grupo de hipótesis habrá que atenerse en cualquier caso a la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz, la cual será también decisiva si la decisión de sus representantes legales es claramente contraria a ella. Véase propuesta de reforma de los arts. 10.5 a 10.7 de la LGS y parte de su Fundamentación, que en ocasiones se sigue en texto literalmente, en *op. cit.*, pp. 28-30, 33.

104. Lo que nosotros hemos denominado eutanasia cualitativa.

105. Obsérvese *Supra* que en nuestra interpretación de *lege lata* nosotros hemos partido de que bastaba el consentimiento, al igual que para las conductas omisivas de eutanasia cualitativa, aunque en éstas sin presunción ni representación (véase sin embargo *Infra*).

106. En concreto la interrupción o no iniciación de un tratamiento médico o quirúrgico, o la aplicación de tratamientos orientados a eliminar o mitigar graves sufrimientos no evitables de otro modo y que conllevan de modo colateral un acortamiento de la vida.

drá eficacia una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y durante un período de cinco años ¹⁰⁷. Tal declaración podrá ser revocada en cualquier momento por su otorgante, aun si ha devenido incapaz, sin sujeción a las formalidades prescritas para su otorgamiento, y tampoco se tendrá en cuenta si hay serios motivos para pensar que ya no coincide con la voluntad del paciente ¹⁰⁸.

Por lo que se refiere al *Código penal* también se adopta una decisión previa de gran importancia, cual es la de restringir las actuales conductas punibles del art. 409 exclusivamente a la inducción al suicidio y el homicidio consentido activo.

Lo que supone despenalizar la complicidad y cooperación necesaria activas y alejar toda duda respecto a la impunidad de la participación omisiva al suicidio y el homicidio consentido omisivo ¹⁰⁹.

En ese contexto se quiere además asegurar la impunidad, bajo determinadas condiciones, de los supuestos que hemos denominado de eutanasia cualitativa siempre que vayan referidos a situaciones de enfermo terminal en sentido estricto, enfermo de muerte o persona incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma a partir de afección incurable y permanente.

La Propuesta exige que la solicitud parta de una persona mayor de 18 años capaz, que aquella sea expresa, libre y seria ¹¹⁰, y sin que proceda admitir ningún tipo de representación, lo que no impide dar validez a la declaración vital en los términos ya conocidos.

107. Se establece como condición adicional de su eficacia el que se haga llegar el conocimiento de su existencia, y una forma sencilla de averiguación de su contenido, al médico encargado del paciente o al centro sanitario en que es atendido, lo que podrá hacerse por el propio declarante, otra persona o a través del preceptivo examen de la documentación y pertenencias personales que el paciente lleve consigo.

108. Por otro lado, se propone declarar irrelevante para la relación de seguro la existencia de estas declaraciones vitales, con el fin de evitar utilizaciones abusivas de tal hecho.

Véase sobre todo lo anterior las propuestas de reforma de los arts. 10.8, 10.9 y 11.4 de la LGS, así como la adición de un nuevo art. 93 bis a la ley de regulación del Contrato de Seguro, y sus Fundamentaciones correspondientes, seguidas ocasionalmente de modo literal, en *op. cit.*, pp. 30-35.

109. No podemos ahora ocuparnos de esta problemática. Véase propuesta de adición de art. 408.1 y de reforma de art. 409 del Código penal y Fundamentación. *Op. cit.*, pp. 36-39.

110. En otro lugar de la Propuesta se define una solicitud seria como «aquella que ha sido formulada por el sujeto, bien en condiciones existenciales desfavorables que son consideradas socialmente de importancia y que le resultan subjetivamente inaceptables, bien padeciendo *graves* sufrimientos, y que *además* se presta, a juzgar por su reproducción durante un período de tiempo suficientemente significativo en el caso concreto, de modo que elimina cualquier tipo de duda razonable sobre el carácter definitivo de su decisión». La cursiva es mía. Véase *op. cit.*, p. 23.

Rasgo importante de la Propuesta en este punto es que no se desea abandonar el ámbito médico-asistencial, de modo que la impunidad queda condicionada a que la muerte se produzca por un médico, o por otra persona pero bajo su dirección ¹¹¹.

Aunque la Propuesta, acertadamente, no toma postura respecto a cuáles sean las construcciones técnico-jurídicas que se acomoden más a las soluciones propugnadas, se puede interpretar que, mientras los casos de eutanasia terminal y paliativa así como los de eutanasia cualitativa con intervenciones omisivas deberían entenderse como supuestos atípicos ¹¹², las hipótesis de eutanasia cualitativa habrían de enmarcarse en el ámbito de la justificación penal.

Con ello se consolidaría el ámbito del derecho a disponer de la propia vida que hemos venido defendiendo: Existiría la obligación de no impedir la muerte del que decide libremente prescindir de su vida ¹¹³. A su vez, sin que surja en ningún momento la obligación de practicar o colaborar en la muerte de una persona que, con una vida mínimamente digna, desea libremente prescindir de ella ¹¹⁴, se reconocerá la facultad de colaborar en ello y aun de practicarla en situaciones especialmente penosas ^{115, 116}.

111. Véase propuesta de adición de art. 408.2 al Código penal, y su correspondiente fundamentación en *op. cit.*, pp. 36-38.

112. Con todo, los supuestos de eutanasia terminal y paliativa también podrían configurarse como supuestos de justificación en función del ejercicio legítimo del derecho del paciente o sus representantes a consentir o negarse a un tratamiento (supuestos de eutanasia terminal y paliativa), y en ocasiones del cumplimiento de un deber del médico (supuestos de eutanasia terminal sin oposición del paciente o sus representantes), pero las referencias a la inclusión de tales comportamientos en la *lex artis* abonan la tesis de la atipicidad, que es también la que yo he defendido.

113. Lo que explicaría la impunidad de los comportamientos omisivos propios de toda clase de eutanasia, y eventualmente la punición de conductas obstaculizadoras de la realización de la voluntad del sujeto.

114. Con todo, no queda suficientemente claro en la Propuesta la obligación de asegurar una muerte digna en el marco de la vertiente positiva del derecho fundamental a la vida, para las hipótesis activas, y omisivas, de eutanasia terminal.

115. Lo que explicaría la impunidad, salvo la inducción de la eutanasia cualitativa, de los comportamientos activos de toda clase de eutanasia.

116. Queda un aspecto importante sin tocar, y para el que no disponemos de espacio, cual es el ámbito de la objeción de conciencia del personal sanitario en estos casos. El Grupo de estudios de política criminal prefirió también no incluir este tema en su Propuesta, pero lo ha tratado específicamente en su última «Propuesta alternativa al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia» que, sin limitarse a temas de eutanasia, está pendiente de publicación.