

Los testamentos vitales frente al Código Penal. Una nueva visión de la eutanasia

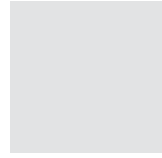
JOSÉ MARÍA MATA DE ANTONIO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Como consecuencia de la publicación de una ley estatal que contempla la figura de los testamentos vitales, aún con otra denominación, y su regulación, a la vez que constituye una norma básica para el resto de la normativa, ya extensa, sobre la materia a cargo de las Comunidades Autónomas, se plantea una serie de cuestiones sobre la nueva forma de afrontar el problema de la eutanasia, sobre todo en relación con su tratamiento en el Código Penal vigente. Con el presente estudio se pretende un acercamiento a tales cuestiones, partiendo del análisis de la legislación nacional y europea, y mediante la comparación de las distintas normas autonómicas reguladoras.

Palabras clave:

Eutanasia. Testamento vital. Voluntades anticipadas. Sanidad. Derecho a una muerte digna. Consentimiento informado. Código Penal. Suicidio. Médico.

Los testamentos vitales frente al Código Penal. Una nueva visión de la eutanasia



José María Mata de
Antonio

A modo de introducción y como cuestión previa, es preciso advertir que en las siguientes páginas se intentará ofrecer una aproximación al fenómeno de la eutanasia tomando como referente la óptica jurídica española. Para ello hay que partir de la formulación de un concepto de eutanasia y de una clasificación que pueda resultar útil a los efectos de delimitar la que como tal parece entendida por el Código Penal. Tras un breve repaso histórico de la eutanasia en la legislación precedente, intentaremos ver también cuál es el eventual respaldo constitucional para las conductas eutanásicas que se insertan dentro del resto de actuaciones de disponibilidad sobre la propia vida, y la operatividad y alcance de los testamentos vitales dentro de este marco penal. Posteriormente se abordará el marco jurídico de los testamentos vitales, atendiendo tanto a la legislación autonómica como a la estatal. Se intentará al final un posicionamiento sobre la conveniencia o no de una reforma del Código Penal que, en su caso, resulte acorde con el marco constitucional y conveniente en el estado social del debate.

Sin ánimo de una elaboración exhaustiva, vamos a aproximarnos a un concepto útil a los efectos de la exposición que sobre el tema hacemos y que, adelantamos, se va a ceñir en gran medida al utilizado por la legislación española. La tarea de alcanzar dicho término es complejísima, como demuestran los variados conceptos que se dan en función al punto de vista tomado. Es además muy intenso el debate doctrinal jurídico y filosófico que sobre el mismo se ha dado y se sigue produciendo¹.

Podríamos remontarnos hasta las culturas y civilizaciones más antiguas para encontrar comportamientos o prácticas genéricamente denominadas eutanásicas. Así, se observa en culturas tribales el aislamiento de los individuos socialmente inútiles (ancianos o enfermos) hasta que mueren. Resulta ineludible citar la consideración (mayoritariamente practicada y defendida en el mundo antiguo) de Platón, que defendía la eliminación de los seres inservibles a la *polis*, para observar cómo claramente los intereses transpersonales se estaban haciendo primar sobre los del individuo.

El cristianismo introdujo la valoración de la vida humana (vida biológica) como un don divino, sagrado y, por tanto, ajeno a su disponibilidad por el individuo o la sociedad. Supuso un punto de inflexión en la consideración social y legal en general del individuo y, en lo que aquí nos ocupa, de las prácticas eutanásicas, así hasta el punto de que actualmente ese *criterio de santidad* sobre la vida continúa teniendo un papel principal en el debate sobre la eutanasia.

Hasta el siglo XVII no se acuña el término *eutanasia*². El filósofo y político inglés Francis Bacon (1561-1626) defendió que la muerte en determinados casos podía ser una terapia para evitar y calmar el sufrimiento y el dolor del paciente. Esta primera aproximación al *término*, coincidente con la que hoy es admitida por amplios sectores, vinculaba la eutanasia a un deber médico, y atendía al interés del individuo (no al de la sociedad) por lograr su propia muerte.

Acuñado el término se le han dado acepciones muy diversas. Tradicionalmente se ha utilizado un concepto amplio com-

¹ Una detallada delimitación conceptual podemos verla en: Ana María Marcos del Cano, *La Eutanasia, Estudio filosófico-jurídico*, ed. Marcial Pons. Madrid. 1999. Muy esclarecedor sobre la conflictividad de los conceptos que se utilizan en este campo, el *Grupo de estudios de política criminal* (en el que se encuentra englobada una representación doctrinal muy destacada, con Díez Ripollés al frente –y cuya propuesta veremos más adelante–) en lugar de entrar en profusas discusiones sobre qué es y qué no es eutanasia, realiza un *conjunto de descripción de situaciones, lo más precisas y breves...* después de haber definido cada una de las expresiones empleadas en tales descripciones. Grupo de estudios de política criminal. *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. 1993.

² Del griego Eu: bien y Thanatos: muerte.

preensivo tanto de conductas respetuosas con el ser humano (su vida digna) como otras totalmente opuestas a este respeto. De este modo puede entenderse que se haya hablado de *eutanasia eugenésica y económica-social*³.

Desde un punto de vista jurídico, hoy, la mayor parte de la doctrina jurídica habla de eutanasia acudiendo a conceptos mucho más restringidos y coincide en rechazar como tal los anteriormente citados. Incluso lingüísticamente este uso se ha visto matizado y modificado. Así, mientras la penúltima edición del DRAEL⁴, en su segunda acepción se refiere a la eutanasia entendiéndola como *acortamiento voluntario de la vida de quien sufre una enfermedad incurable, para poner fin a sus sufrimientos*, en la última, se incluye como primera acepción la de *acción u omisión que, para evitar sufrimientos a los pacientes desahuciados, acelera su muerte con su consentimiento o sin él*⁵.

Algunos autores parten de la no inclusión de aquellas actuaciones desdeñables (de eugenesia social o económica) en el concepto, atendiendo al fin o motivo por el que se condujo el actor. Es decir, acudiendo a si está movido por causas humanitarias o piadosas, o a si el fin es ajeno a éstas, podrá hablarse con propiedad de *eutanasia*, para, a partir de aquí, entrar en posteriores clasificaciones⁶. Nunca podría ser eutanasia aquella no movida por el intento de liberación del sufrimiento del sujeto; la denominada *piEDAD* del sujeto activo.

Otra parte de la doctrina propone un concepto aún mas restringido de eutanasia, atendiendo a la que debe ser única razón de ser de este término, es decir, la *dignidad de la persona*. Sólo aquellas conductas tendentes a acabar con la vida de otra, respetuosas y protectoras de la dignidad de la misma

³ Estas son las "eutanasias" que el nacional-socialismo practicó en los años cuarenta del pasado siglo y que encontró el respaldo teórico filosófico y jurídico de autores como Binding (penalista) o Hoche (psiquiatra).

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición. Espasa. 1994.

⁵ Vigésima segunda edición. Espasa. 2001.

⁶ En este sentido, Muñoz Conde F. *Derecho Penal Parte Especial*, 13ª edic..Tirant Lo Blanc. Valencia, 2001. pág. 74.

podrán ser denominadas eutanasia, con lo que automáticamente queda fuera cualquier comportamiento que no tome al individuo siguiendo la máxima kantiana de su consideración como un fin en sí mismo. Visto así, cualquier instrumentalización del individuo a un fin distinto a sí mismo, no puede ser llamado con propiedad eutanasia, por lo que se restringiría aún más el concepto, dejando fuera las indebidamente denominadas eutanasia económica, "eugenésica", "social", "experimental" o "no voluntaria".⁷ A este respecto es necesario apostillar que para hacer operativo este concepto se hace imprescindible determinar el contenido del derecho a una vida digna; contenido constitucionalmente recogido y que de desarrollará más adelante.

Siguiendo a Díez Ripollés vamos a identificar dentro de la definición de eutanasia *cuatro elementos fundamentales* (que también analizaremos más adelante): *situación sanitaria especialmente desfavorable, voluntad o interés del afectado, muerte de éste e intervención de otra persona*⁸.

Son numerosísimas las clasificaciones y tipologías de las diferentes conductas eutanásicas. Por destacar alguna, una clasificación de espectro más amplio que el estrictamente penal nos la ofrece Díez Ripollés⁹, siguiendo aspectos no estrictamente penales y centrándose en la situación sanitaria del sujeto y la muerte de éste (obsérvense los elementos primero y tercero de su definición de eutanasia). En coherencia con ello afirma que:

"...de conformidad con el replanteamiento propuesto y, por lo tanto, atendiendo a la combinación de determinadas situaciones clínicas desfavorables con la secuencia temporal por medio de la que se produce la muerte del paciente pueden distinguirse tres clases de eutanasia. En primer lugar, podría hablarse de **eutanasia terminal**, que abarca-

⁷ Valle Muñoz J.M. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, art. 143. Aranzadi. Pamplona, 1999. También Núñez Paz en Prólogo a Ronald Dworkin, *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio*, Cambridge University Press, Madrid, 2000, pág. 17.

⁸ José Luis Díez Ripollés, *El tratamiento jurídico de la eutanasia, Eutanasia y Derecho*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 509.

⁹ José Luis Díez Ripollés, *Ob cit.* pág. 511 y ss.

ría los supuestos de enfermos terminales, estado vegetativo persistente y neonatos que se hallen en situaciones asimilables a las mencionadas. En segundo lugar, la **eutanasia paliativa** abarcaría, además de las hipótesis acabadas de mencionar, las de enfermos de muerte y personas incapacitadas para valerse por sí mismas por afección incurable y permanente. (...) Por último, la **eutanasia cualitativa**, que abarca todas las hipótesis hasta ahora mencionadas, supondría la directa provocación de la muerte.”

Sin ánimo de un desarrollo exhaustivo expongo otra tipología que entiendo útil en orden a una mayor delimitación del tipo comprendido por el Código Penal. Así pues, hablaremos de *eutanasia voluntaria* (cuando existe consentimiento del sujeto pasivo y *eutanasia no voluntaria* sin el consentimiento del sujeto, y que, estrictamente, no podría ser llamada eutanasia). De *directa* (existe dolo o intención de causación de resultado de muerte) e *indirecta* (sin intención de causarla, pero mediante dolo eventual ésta se produce). En función de si median o no actos ejecutivos que supongan un acortamiento de la vida del paciente en el comportamiento eutanásico se distingue también entre, *eutanasia pasiva* (cuando no median) y *activa* (en la que sí los hay). Debe hablarse también de la denominada *ortotanasia*, cuando se deja a la naturaleza seguir su proceso y el comportamiento eutanásico se limita a interrumpir tratamientos que sostienen artificialmente la vida.

En el irreconciliable conflicto de tintes morales, éticos y religiosos (con sus implicaciones jurídicas, por supuesto) y sin perjuicio de que las posturas a favor y en contra sobre la conveniencia o no de las prácticas eutanásicas son numerosísimas, Núñez Paz hace al respecto una exposición de los que son los dos extremos de la contienda:

“El *principio de santidad* de la vida considera a ésta como básica para la sociedad, y su rechazo pondría en peligro la vida humana. Este principio de la santidad se vincula a una concepción biológica de la vida humana como proceso vital físico-biológico, sin atender a deficiencias físicas ni a capacidades humanas, y ha servido al derecho como referencia básica o exclusiva. Sin embargo, las doctrinas de la santidad son ambiguas e imprecisas, adolecen de rigidez y pueden llevar a adoptar posturas *vitalistas* en las que lo

importante no es la vida propiamente *humana*, sino la vida puramente *biológica*, y no puede servir para resolver a priori todos los problemas.

Por otro lado el *principio de calidad* parte de que la vida es un valor relativo que comprende todos los datos de la experiencia y realidad biopsicológica. La santidad incluye las tendencias que pretenden proteger la vida humana sin consideración a las deficiencias físicas o psíquicas o a su utilidad social; la calidad no se refiere a la consideración de la vida como inviolable, sino como algo graduable cualitativamente y no excluido a priori de toda ponderación con otros intereses. Por ello, Eser precisa que cuando se alude a la protección absoluta o relativa de la vida, no se trata de contraponer la vida como algo sagrado y absoluto a lo cualitativamente susceptible de relativización, sino que se trata de averiguar si el ordenamiento jurídico de una época está más inclinado a una consideración sagrada o, por el contrario, cualitativa de aquélla¹⁰.

Si nos adentramos en un análisis, siquiera superficial, del tratamiento que esta materia ha tenido a lo largo de la historia de nuestro Derecho penal, hay que decir que hasta que en el actual art.143.4 del Código Penal se introdujera la regulación de la eutanasia en España ésta no gozaba de un tratamiento diferenciado respecto de los preceptos que penaban el suicidio y sus formas de participación¹¹.

El Código de 1848 incriminó por primera vez el auxilio al suicidio de forma privilegiada respecto al homicidio, en la que a grandes rasgos sigue siendo la solución legal al caso: no se persigue el suicidio, y sí sus formas de participación, fijándose una graduación en atención a la entidad de la conducta de cada uno de ellos, es decir, *auxilio al suicidio* con menor pena respecto del *auxilio hasta el punto de ejecutar la muerte* (homicidio-suicidio)¹². Con ligeras modificaciones de orden penológico, esta regulación permaneció idéntica hasta que en 1928 se

¹⁰ Núñez Paz. M.A. ob.cit. pág. 19-

¹¹ Sobre la evolución legislativa al respecto en España y la consideración que la Doctrina tuvo en cada momento de la misma, ver Jesús R. Toledano Toledano: *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, ed. Atelier, Barcelona, 1999, págs. 57-63.

introdujo la *inducción* en su art. 517¹³ y se desplazó la ubicación, desde el antiguo art. 325 hasta el art. 517. En 1932 se desplaza del art. 517 al art. 415 con casi idéntica regulación.

En el Código de 1973 (inmediatamente anterior al vigente) la figura pasa a estar contemplada en su art. 409¹⁴, con pautas prácticamente idénticas a las de códigos anteriores¹⁵, es decir, no hay regulación específica, y se reconduce a través del art.409. Existían no obstante posturas doctrinales (Quintano Ripollés) que apreciaban la eximente de estado de necesidad, art. 8.7^a del antiguo Código Penal.

La Constitución de 1978 supone un punto de inflexión y a su sombra se abre el debate en torno tanto a la constitucionalidad del precepto entonces vigente y aplicable (recordemos, art. 409), como de lecturas alternativas que llegan incluso a la impunidad.¹⁶ Cuando en los 80 se acomete la tarea de la redacción de un nuevo código, tarea que se intensifica en los 90 y culmina con la aprobación de la L.O 10/95, de 23 de noviembre del Código, la doctrina llevaba ya tiempo criticando que la eutanasia no gozara de una regulación específica.

En los debates parlamentarios, el art. 143 y específicamente el punto 4 relativo a la eutanasia fue objeto de intenso debate en el que de un modo u otro se plasmaron tanto las

¹² Art. 325 del Código Penal de 1848: *“El que prestare auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si la prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, será castigado con la de reclusión temporal en su grado mínimo.”*

¹³ Art. 517 del Código Penal de 1928: *“El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de seis a quince años. Esto no obstante, en todos los casos del párrafo anterior, los Tribunales apreciando las condiciones personales del culpable, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, podrán a su prudente arbitrio imponer una pena inferior a la señalada para el delito.”*

¹⁴ Art. 409 del Código Penal de 1973: *“El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con pena de prisión mayo; si lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con pena de reclusión menor.”*

¹⁵ Un detallado análisis al respecto encontramos de nuevo en: Jesús R. Toledano Toledano, ob. cit. págs. 65-116.

¹⁶ Bernardo del Rosal Blasco: *El tratamiento jurídico de la eutanasia, El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia en España*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, pág. 54.

posturas de quienes consideraban excesiva la tímida reducción de la pena de que se beneficiaban los supuestos tipificados como eutanásicos (enmienda del Grupo Popular y del PNV)¹⁷, hasta quienes abogaban por la despenalización (IU-IC)¹⁸. En palabras de Jesús Barquín Sanz; “el contenido de los debates tuvo un nivel suficiente de profundidad y de dedicación por los parlamentarios que participaron en él, como para que se pueda afirmar que quedaron representadas con notable acierto las principales posiciones y actitudes con respecto al tratamiento penal de la eutanasia que hoy se mantienen en la sociedad española.” Eso sí, el comentario lo hace respecto de los debates parlamentarios, pero no así del texto resultante, pues permaneció invariable desde el Proyecto de Ley Orgánica de 1994 hasta el definitivamente aprobado en 1995 (y con muy pocas modificaciones respecto al de 1992). El grupo parlamentario socialista justificó esta invariabilidad en la adopción de una posición intermedia que afirmaba conectaba con el sentir social¹⁹.

Respecto a ese debate sociológico, podemos añadir que en 1995 entre el 50 y el 65 % de la población española se mostraba a favor de la eutanasia activa (es decir de su despenalización), y una minoría de entre el 20 y el 25 % se oponía²⁰. Por completar más aún el que creemos es el *sentir social*, en reciente encuesta del diario El País con fecha de 5 de abril de 2002, el 86% de los encuestados se mostró a favor de la despenalización de la eutanasia en casos como el de Ramón Sampedro, y apenas un 12% se mostró en contra²¹.

¹⁷ El Grupo popular defendió que la atenuación sólo era posible en un grado, restringiéndose a los médicos y estando el enfermo en fase terminal y con graves sufrimientos.

¹⁸ El grupo parlamentario IU-IC propuso como texto alternativo que “*quedara exento de pena quien, mediante actos necesarios o de cooperación activa, permitiese, propiciare o facilitar, la muerte digna, y sin dolor de otra persona, a petición expresa y debidamente acreditada de ésta, en caso de que sufriera una enfermedad grave que habría conducido necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar*”. Enmiendas núms. 710 a 712.

¹⁹ Aunque, paradójicamente, esa virtud de estar representando el sentir social también la alegaban Izquierda Unida y el Grupo Popular.

²⁰ Per Stangeland *El tratamiento jurídico de la Eutanasia, Aspectos sociológicos de la eutanasia en España*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1998. págs. 25 y ss.

²¹ En página <http://www.eutanasia.ws/textos/Not05abrilencuesta.doc>

Con posterioridad, y de forma reiterada, Izquierda Unida ha presentado (la última en Junio de 2002) proposiciones de ley de reforma del 143.4 Código Penal en las que pretende la despenalización de la eutanasia²².

En términos similares a los que ya empleara en las enmiendas al texto del Código penal, apela al *sentir social* y a *motivos*

²² El texto de la propuesta del grupo parlamentario en noviembre de 2000 era el siguiente: *Artículo Uno.-*

El apartado 4 del artículo 143 de la ley orgánica 10/95 de 23 de noviembre del Código Penal, queda redactado de la siguiente forma:

No incurrirá en delito alguno del presente título el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, que conste en documento público, y mediando dictamen facultativo que constate la situación médica del paciente, cuando de forma irreversible:

a) sufriera enfermedad grave que condujera necesariamente a la muerte tras graves padecimientos físicos o psíquicos.

b) padeciera enfermedad crónica que produjera graves padecimientos físicos o psíquicos permanentes difíciles de soportar.

En los casos de pérdida definitiva e insuperable de consciencia, con reducción absoluta de sus facultades vitales autónomas, los familiares en primer grado, y en su defecto quien ejerza la representación legal con arreglo al Código Civil, podrán realizar al facultativo correspondiente dicha petición de actos necesarios y directos.

Artículo Dos.-

1. La voluntad expresa de consentir activamente los actos necesarios y directos a la muerte del paciente, en los términos expresados en el artículo anterior, deberá ser solicitada de forma expresa, al menos dos veces, ante el facultativo correspondiente, en un período máximo de dos meses, con el fin de garantizar la expresa voluntad de quienes tuvieran la capacidad legal de tomar esta decisión.

2. No obstante lo expresado en el apartado 1 de este artículo, la voluntad de consentir los actos necesarios y directos a la muerte del paciente siempre tendrá carácter revocable por las personas que hubieran adoptado tal decisión.

Disposición Adicional Primera.-

Al día siguiente de la entrada en vigor de esta Ley, todos los hospitales deberán tener constituidas la Comisión de Ética con el fin de que ésta analice y valore si el proceso de desarrollo de la enfermedad y de la práctica de la eutanasia se ha ajustado a lo expuesto en los informes facultativos y a lo dispuesto en esta Ley.

Para la aplicación de lo regulado en la presente Ley la Comisión de Ética estará constituida, además de por los facultativos correspondientes, por un jurista experto en la materia.

Disposición Adicional Segunda.-

El Gobierno elaborará un reglamento que regule las garantías de constancia jurídica de la voluntad del afectado y garantice el derecho a que se adopten las medidas médicas oportunas para acceder a una muerte digna. Asimismo, el Gobierno adoptará las medidas oportunas para regular el ejercicio de la objeción de conciencia del personal sanitario en la materia objeto de esta ley.

Todo ello, en el plazo máximo de seis meses tras su aprobación.

humanitarios. En la más reciente proposición se decanta por una fórmula muy similar a la adoptada en Holanda y Bélgica, en los que destacaría la necesidad de existencia de una comisión ética en cada hospital que estudiara cada caso de petición al médico. Peticiones que habrían de hacerse como mínimo dos veces en un lapso de tiempo no superior a dos meses previos al supuesto. Y contempla la regulación de fórmulas de objeción de conciencia del personal sanitario que no deseara poner en práctica la actuación eutanásica.

También desde el Grupo Mixto se han observado iniciativas orientadas a atender las formas de disponibilidad sobre la propia vida de una forma más global.

Ya en 1998 a raíz de las propuestas de ley de Grupo Mixto e Izquierda Unida, se creó una Comisión Especial de Estudios sobre Eutanasia²³ cuyo objeto es analizar la problemática de una forma global.

Doctrinalmente el debate se enriqueció con la *Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas relativas a la disponibilidad de la propia vida del Grupo de estudios de Política Criminal*, formulada en 1993 por setenta y cinco de los penalistas más prestigiosos de nuestro país. Después de firmar un *Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida*, hecho a la luz de una interpretación de los art.10.1 y 15 de la Constitución Española de 1978, presentan su propuesta de regulación sobre el tema. Sin dejar "cabos sueltos" y para evitar posibles problemas interpretativos, hacen una precisión terminológica sobre las definiciones de que luego se van a servir. A partir de ella enumeran los supuestos concretos en que se entiende que es necesaria la impunidad, para, por último, formular de forma fundamentada la propuesta de reforma de la *Ley general de Sanidad* (art.10.5 a 10.9), de la *Ley general del Contrato de Seguro* (art.93 bis) y por último del antiguo Código Penal (arts. 408 y 409) ofreciendo de este modo el marco normativo completo en el que, a la luz de la Constitución, era posible una eutanasia con plenas garantías.

²³ Vid. Diario de Sesiones del Senado nº 256 de 17 de marzo de 1998.

Su propuesta es un referente principal e ineludible en la atención de la eutanasia y del que bien podría servirse el legislador para una modificación del tratamiento de la misma.

Pero es preciso detenernos en ver cuál es la lectura adecuada sobre la eutanasia, entendiéndola inserta dentro del derecho a la disponibilidad sobre la propia vida.

La eutanasia, supone un ejercicio de la disponibilidad del individuo sobre su propia vida. Ejercicio en el que se ven involucrados terceros como sujetos principales sobre los que, de darse, pesaría la eventual responsabilidad penal. Como ejercicio de un derecho, veamos cuál es el amparo constitucionalmente posible al mismo.

En una sociedad civilizada, el derecho a la vida, como presupuesto necesario a todos los demás, debe estar reconocido con una especial entidad. Ahora bien, este Derecho a la vida, así entendido en nuestra Carta Magna en su art.15, no lo es a cualquier vida sino a una *vida digna* que permita el libre desarrollo de la personalidad, como resulta de una lectura integradora de este art.15, con el art. 10 de la Constitución Española. Lectura que consideramos jurisprudencialmente amparada por el Tribunal Constitucional (STC 11 de abril de 1985)²⁴ y que goza del respaldo de parte destacada de la doctrina²⁵.

Considerar la vida como un bien jurídico protegible a ultranza aún contra la voluntad del propio individuo, se puede convertir en una aberrante tortura a todas luces contraria a una vida digna, y que estaría conculcando los arts.10 y 15 CE. Las actuaciones que se lleven a cabo, tanto por parte de los particulares, como del Estado, han de tener en cuenta este ámbito de respeto a la dignidad de la persona "constituyendo un

²⁴ Afirma Avenilla Alonso de Escamilla que en esta sentencia resultan vinculados indisolublemente "el derecho a la vida con la dignidad de la persona, que a su vez considera íntimamente unida al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) a los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) a la libertad ideológica (art. 16 CE), y al honor e intimidad personal y familiar y propia imagen (art. 18 CE)." Avenilla Alonso de Escamilla en Lamarca Perez (coord.) *Manual de Derecho penal "Parte Especial"*, ed. Colex, 2001, pág. 57.

²⁵ Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Serie "Documentos", 1993.

minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar de modo que sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona" (STC 120/1990).

El derecho a una vida digna ineludiblemente pasa por la disponibilidad del individuo sobre su destino, o derecho de autodeterminación. En este sentido, la disponibilidad de la vida comprende también el derecho a rechazar tratamientos médicos salvadores, pues el derecho fundamental a la integridad física del art.15 CE aparece como un derecho a la indemnidad del propio cuerpo tanto frente a intervenciones lesivas del mismo como a intervenciones no consentidas, incluida la asistencia médica contra su voluntad, cualquiera que sean los motivos del enfermo para no autorizarlas.²⁶

En relación con la alimentación forzosa a reclusos en huelga de hambre la jurisprudencia constitucional (SSTC 120 y 137 de 1990) afirma el derecho al respeto de una vida digna, para finalmente concluir que no obstante, en el momento en que el huelguista se colocara en caso *de grave o inminente peligro de muerte para los internos en huelga de hambre* o de inconsciencia por la que no estuviera capacitado para tomar o sostener su decisión, el *derecho-deber* de la Administración Penitenciaria, debe primar sobre la voluntad del individuo, terminando en la alimentación forzosa de los reclusos. En otras palabras se pasa por encima de su derecho.

En nuestro Código Penal el suicidio, manifestación extrema de este derecho de autodeterminación, no se encuentra tipificado. Sí que lo están las formas de participación en el mismo (art. 143 del vigente Código Penal): *la inducción al suicidio, la cooperación necesaria al suicidio, la cooperación necesaria hasta el punto de ejecutar la muerte y la eutanasia*.

Sobre la falta de tipificación del suicidio, algunos sostienen causas de política criminal y no de antijuridicidad. Entre sus argumentos alegan que sí hay violación del bien jurídico prote-

²⁶ González Rus J.J. *Compendio Derecho Penal Español, Parte Especial* ed. Marcial Pons, 2000, pág. 57.

gido de la vida y que atendiendo a la sistemática del Código Penal difícilmente puede entenderse antijurídica una forma de *participación* sobre una conducta no antijurídica. Rebatiendo a estos autores entendemos que el Código Penal debe insertarse dentro del ordenamiento jurídico, y como tal, la interpretación constitucional que se haga del *derecho a la vida*, ha de serlo, como ya se ha expuesto, a una vida digna; lógicamente no puede ser antijurídica una conducta dirigida precisamente a lograr el respeto de este derecho; que es lo que precisamente representa el suicidio.

Más aún, la eutanasia (junto al resto de formas de participación penadas) como forma de disposición sobre la propia vida de una persona, se caracteriza por la intervención de un sujeto distinto a aquél que desea disponer sobre su vida. Es el comportamiento de aquél que respetando la voluntad de disposición del individuo sobre sí mismo llega a ejecutar su deseo de darse muerte, donde la imposibilidad o dificultad de éste de hacerlo por sí mismo y con la circunstancia de sufrimiento vital del sujeto.

Finalmente la redacción para la penalización de la eutanasia fue la del art.143.4 que se aprobó en estos términos:

"Art. 143.4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo."²⁷

Con esta fórmula, el art. 143.4 tipifica la eutanasia como una figura atenuada de los tipos de cooperación necesaria

²⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal:

Art. 143.

...

2. *Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.*

3. *Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.*

(art. 143.2), y cooperación necesaria hasta el punto de ejecutar la muerte, el denominado homicidio-suicidio (art. 143.3).

Sobre la delimitación de supuestos que resultarían comprendidos y castigados en este precepto, consecuencia lógica de la vaguedad de su redacción, no existe unanimidad doctrinal. Así, por ejemplo Jesús Barquín Sanz aprecia que ni la eutanasia indirecta, ni la pasiva podrían liberarse del 143.4. y en coherencia con esta apreciación, pero considerando la conveniencia de la impunidad de estos comportamientos, atiende a ofrecer la siguiente redacción alternativa al art. 143.4 del Código Penal²⁸:

La intervención en la muerte de otra persona a petición expresa, seria e inequívoca de ésta, cuando sufre una enfermedad grave que habría conducido necesariamente a su fallecimiento o que produjere graves padecimientos permanente y difíciles de soportar, sólo será punible en caso de ejecución activa y directa de la muerte, con pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el número anterior.

O bien la siguiente, pretendiendo dejar impune la intervención no ejecutiva

El que causare activa y directamente la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el número 3 de este artículo.

No obstante, sin perjuicio de aceptar el que sería indudable acierto de la concreción en los términos expuestos por Barquín, la vaguedad terminológica empleada por el art. 143.4 Código Penal, a la luz de la lectura constitucional, siempre podría, como veremos, entenderse restringida exclusivamente a la eutanasia activa y directa.

²⁸ Jesús Barquín Sanz, *Eutanasia y Derecho, La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*, ed. Comares, Granada, 2001, pág. 211.

No estará comprendida la *eutanasia sin consentimiento*. El motivo es la ausencia de voluntad del sujeto pasivo o incluso su negativa, ausencia que determinaría que la conducta fuera encuadrable en el terreno del homicidio y aún, en atención a las especiales condiciones de desvalimiento en el individuo, del asesinato.

Otro problema se va a crear en torno a la determinación de cuando ese consentimiento se está produciendo, *la actualidad* del mismo (lo veremos más adelante).

La exigencia de cooperar "activamente con actos necesarios y directos a la muerte" nos lleva a entender que por lo pronto no quedan abarcadas en el mismo ni la *eutanasia pasiva* ni la *activa indirecta*.

Así, respecto la activa indirecta el resultado de muerte de la persona que deseaba morir se produce taxativamente "como consecuencia necesaria, o con la aceptación de su alta probabilidad,"²⁹ y en la *eutanasia activa indirecta* no hay intención de hacerlo.

En cuanto a la *eutanasia pasiva*, existiendo *voluntad expresa, seria e inequívoca* del paciente de renunciar al tratamiento médico o de interrumpirlo *resulta atípica*, porque los presupuestos típicos exigen que se coopere activamente. Profundizando en ésta, un primer problema va a ser la distinción entre *eutanasia activa* y *pasiva*, y sobre este particular Muñoz Conde afirma que:

No es tan fácil distinguir en estos casos entre acción en sentido estricto (inyectar una dosis letal) y omisión (desconectar el aparato, lo que equivale a omitir el tratamiento que permite sobrevivir al paciente). Si desconectar el aparato se considera un comportamiento activo, entonces todo lo más cabrá la posibilidad atenuatoria prevista en el apartado 4 del art.143; si se considera por el contrario como suspensión de un ulterior tratamiento y por tanto, como una omisión del mismo, el hecho es atípico.

²⁹ Valle Muñoz J.M. ob. cit. pág. 66.

Otra cuestión relevante en cuanto a qué entendemos como activa y qué como pasiva es la siguiente: si pesando sobre los facultativos un deber de garante, la omisión o no prolongación del tratamiento unida a esta especial condición del personal sanitario se convierte en una conducta activa y por tanto típica como *homicidio por omisión* pudiéndose hablar incluso de un delito de *omisión del deber de socorro* (arts. 195 y 196 del Código Penal). La cuestión es analizada por Valle Muñiz³⁰ considerando, que si el tratamiento sanitario cae en el encarnizamiento se está violando directamente el art.15 de la Constitución; una prolongación irracional de la vida del paciente, en el supuesto de que el enfermo no pueda manifestar su voluntad, no está considerando la naturaleza de la existencia del ser humano, que va a comprender como el acto mas esencial de la vida misma el derecho a una muerte digna. Tampoco parecería posible hablar de omisión del deber de socorro, porque la persona en ningún momento ha estado desamparada³¹, al ser la omisión consentida por el enfermo y porque en todo caso el socorro sería el salvar la vida digna y no una degradante prolongación de la misma.

Así, una vez concluido por qué ni eutanasia pasiva ni indirecta quedan comprendidas dentro de la figura del 143.4, ¿qué tratamiento habremos de darles?. Al respecto creemos que la respuesta concluyente es la atipicidad ya que lo contrario irremediamente nos conduciría a figuras de mayor gravamen, lo que resultaría totalmente contradictorio. En este sentido González Rus J.J. dice que: "sería absurdo que se atenuara lo más grave (la eutanasia activa directa, única, como se ha visto, a la que se refiere el art. 143.4) y resultaran punibles por homicidio, sin atenuación alguna, estas otras modalidades, que tienen una gravedad menor"³².

Puede concluirse que el 143.4 sólo comprende *eutanasia activa y directa relativa a supuestos de cooperación necesaria y cooperación necesaria al suicidio hasta el punto de ejecutar la*

³⁰ *ibid.* pág. 67.

³¹ De hecho se está actuando en respeto de su voluntad. González Rus J.J. *ob. cit.* pág. 69.

³² González Rus J.J. *ibid.* pág. 67.

muerte. Y va a poder hablarse de esta figura atenuada de la eutanasia cuando concurren unos requisitos objetivos-fácticos: "que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar", y otro subjetivo "la petición expresa, seria e inequívoca" del que soporta el tormento y desea la muerte.

Respecto de los requisitos objetivo-fácticos, en primer lugar, la noción de *enfermedad grave* debe ser entendida en un sentido amplio que permita incluir las producidas por accidentes. Respecto a la exigencia de que conduzca necesariamente a la muerte, esta no ha de ser inmediata. Por último sobre la noción de *enfermedad y padecimientos* creemos ha de entenderse también una noción amplia que haga comprensibles tanto físicos como psíquicos; de *lesión, enfermedad o minusvalía* habla el Grupo de Estudios de Política Criminal³³ *insoportables para el afectado, que probablemente vayan a persistir durante toda la vida*.

Se ha criticado también la falta de determinación que el legislador ha hecho del sujeto activo, al no especificarlo en el ámbito médico-asistencial, que es en el que son fácticamente posibles los requisitos del tipo objetivo. En este sentido se ha defendido que fuera tipificado como un delito especial.

Requisito subjetivo va a ser *la declaración de voluntad de morir: petición expresa seria e inequívoca*. Presentada en estos términos, evidentemente sólo métodos que no dejen lugar a dudas de la autenticidad de la misma, orales o escritos, pueden considerarse como tales.

Otro debate fundamental (objeto principal de nuestro estudio) queda provocado en torno a la *actualidad* del consentimiento y a la falta de capacidad para consentir del sujeto (menores, incapaces, comatosos, etc.). Partimos de la posibilidad de revocación, en la medida que hasta el último momento el sujeto tiene derecho a decidir sobre su existencia. Pero en la práctica, los supuestos eutanásicos van a producirse mayoritariamente en situaciones en que el sujeto carezca de posibi-

³³ Grupo de Estudios de Política Criminal, ob. cit..

lidad de manifestar su voluntad por encontrarse incapacitado, en coma, etc. Se ha cuestionado la posibilidad de acudir a "*los testamentos vitales*"³⁴ y se ha puesto en duda la validez de los mismos teniendo en cuenta que, no lo olvidemos, nos encontramos dentro de un ilícito³⁵.

Parece que no es cuestionable (y volveremos a hablar sobre ello en la segunda parte de este artículo), que tal y como los legisladores autonómicos los han redactado³⁶, la validez del testamento vital se limitaría a aquellos supuestos que no incidan en la normativa penal; lo que los hace operativos (mientras el 143.4 siga redactado en estos términos) exclusivamente en los casos de eutanasia pasiva. Ahora bien, dados los requisitos exigibles, bien podría ser útil para probar este consentimiento (que permitiera disfrutar al sujeto activo de la atenuación penológica del 143.4) no en atención a la validez otorgada y exigida en las leyes autonómicas, sino a la que el tribunal le diera eventualmente ante el supuesto penal, del mismo modo que el testamento de un capaz sobre el que sobreviene una incapacidad es dado por bueno. Si el tercero estuviera inconsciente o fuera incapaz, debería ser suficiente con el consentimiento que otorgaran los representantes legales, y el "testamento vital" en cuanto declaración iba a tener plena validez, pudiendo en tales casos (salvo posibles variaciones de las circunstancias, por ejemplo, nuevos tratamientos) presumirse actual.³⁷

Frente a esta opinión minoritaria, Muñoz Conde viene a considerar que en supuestos eutanásicos concretos en los que hay ausencia de consentimiento por imposibilidad de otorgarlo (por ejemplo politraumatizados en estado de inconsciencia permanente o recién nacido con lesiones graves), no nos encontraremos por falta de "actualidad" del consentimiento en el tipo privilegiado del 143.4³⁸.

³⁴ A favor de considerar el "testamento vital" como válido para demostrar voluntad: González Rus J.J. ob. cit. pág. 69.

³⁵ En contra: Valle Muñoz J.F., ob. cit. pág. 69; Muñoz Conde ob. cit. pág. 74.

³⁶ Y más aún incluso de la redacción de los mismos, porque estaría pecando de flagrante inconstitucionalidad si las Comunidades Autónomas legislaran en materia penal por falta de competencia para ello.

³⁷ González Rus J.J. ob. cit. pág. 69.

Por último, respecto al sujeto activo, el tercero *no médico* va a ser en la mayoría de los casos, y sin perjuicio de que se pueda admitir la eximente de estado de necesidad, un autor de homicidio consentido o auxilio ejecutivo al suicidio del 143.3, o en el mejor de los casos de cooperación necesaria -142.2-. Sólo el médico o personal sanitario va a poder beneficiarse de la figura del 143.4.

A la hora de abordar un estudio de la materia objeto del presente artículo desde la perspectiva del Derecho comparado, intencionadamente dejaremos a un lado cuanto al respecto se puede encontrar en las legislaciones de países de América hispana, así como del enfoque que se ofrece al tema en otros ordenamientos más alejados, para centrarnos en la visión que de esta materia se realiza en los ordenamientos de los países de nuestro entorno cercano.

Del estudio de la situación legal en los países del ámbito europeo se puede concluir que en la mayoría de los casos la eutanasia no está específicamente contemplada en ningún precepto, y el legislador, en mayor o menor medida, huye de entrar en una segura *conflictiva solución*. La línea de la atenuación seguida en España es también secundada por los códigos penales de Italia, Alemania y Suiza. Así el intensísimo debate social parece conducir a soluciones más arriesgadas que las adoptadas por la mayoría de estos países que o no se han pronunciado o lo hacen de forma insuficiente. No hay más que hacer referencia a casos como el de Ramón Sampedro en España, o el, más reciente, de Dianne Pretty en Gran Bretaña, que llegó hasta el Tribunal de Estrasburgo después de que los tribunales de su país le negaran el derecho al suicidio asistido, y donde también vio frustrada sus intenciones, para darse cuenta de que la realidad ofrece argumentos para un debate abierto y que reclama soluciones legales, que, hoy por hoy, no son iguales en los países del entorno cercano.

En Alemania ni hay una legislación específica sobre la eutanasia ni la jurisprudencia ha sido clara. Esto ha fomentado

³⁸ Afirma el autor que en tales casos estaría incurriendo el comportamiento en el eterno conflicto filosófico-jurídico entre *santidad* -aquellas posturas que entienden la vida biológica un bien absoluto, divino...- y *calidad* -de la vida, y por tanto considera él, reconducible en Derecho Penal al estado de necesidad.

el interés por parte de la doctrina jurídica y médica en desarrollarlos. La legislación alemana no castiga ni la instigación ni el auxilio al suicidio. Se admiten por otro lado tanto la ayuda a morir pasiva a petición del paciente como la ayuda a morir indirecta. Respecto de la ayuda a morir directa, la pena de reclusión establecida para el homicidio (no inferior a veintiún años) resulta sensiblemente rebajada a la de entre seis meses y cinco años en aquellos supuestos eutanásicos en que medie petición expresa y seria del enfermo (art. 216 StBG -Código Penal Alemán-). De no mediar esta petición expresa y seria, la conducta es considerada homicidio (art. 212 StBG).

En Italia es admitida la eutanasia indirecta y la pasiva (aunque respecto de esta hay discrepancias). Como respuesta legal específica a la eutanasia regula en su art. 579 del Código Penal el homicidio a petición, con penas de privación de libertad de seis a quince años. La consignada para el asesinato es la de privación de libertad de por vida; la del homicidio, privación de libertad no inferior a cinco años, pudiendo llegar en caso de especial gravedad a la de por vida. Ahora bien, como el consentimiento ha de ser entregado cumpliendo requisitos de autenticidad, validez y certeza: que sea personal, real, libre, ponderado, informado y plenamente válido, ocurre que en la práctica en supuestos de vida vegetativa o de enfermedad del paciente, difícilmente va a poder apreciarse la atenuación del 579 respecto del 575 por tener disminuida su capacidad psíquica. También podría aplicarse la atenuación respecto del homicidio que el art. 62.1 del Código penal recoge por motivos de particular valor moral o social.

Tampoco Francia da una solución específica al comportamiento eutanásico, que resulta castigado como homicidio (art.221.1. Código Penal). La doctrina ha destacado cómo esta falta de sensibilidad hacia las especiales circunstancias de la eutanasia ha contribuido contradictoriamente a que los jueces terminen generalmente con sentencias absolutorias o simbólicas; en cualquier caso soluciones inadecuadas y que provocan gran inseguridad jurídica. Existe no obstante una comisión de estudio de la eutanasia (anterior incluso a la española) y el debate está muy vivo a nivel social y doctrinal ³⁹.

Suiza, igualmente, carece de una regulación específica. Son admitidas tanto la eutanasia pasiva como la indirecta. En cuanto a la activa, significativamente en 1972 en el Cantón de Zurich se produjo un referéndum para la legalización de la eutanasia pasiva y de la activa con garantías,⁴⁰ éste resultó favorable pero la voluntad popular no logró prosperar en el Parlamento Federal. Con posterioridad se han sucedido numerosos proyectos en sentido favorable a la eutanasia activa, que no han prosperado. Ahora bien, las conductas atentatorias contra el bien jurídico vida aparecen graduadas, y en esta graduación en su art.114 Código Penal: *se castiga con penas que van desde tres días hasta tres años de prisión al que ocasionare previa petición del afectado y guiado por un sentimiento de compasión el homicidio de una persona.* Los requisitos para que opere esta reducción serán que el sujeto obre previa petición seria e insistente del enfermo, quien ha de gozar de plena capacidad de discernimiento y que acceda a la petición impulsado por un motivo de compasión hacia la persona.

En rotundo contraste con estos países, Holanda fue el primer país en el mundo en el que la eutanasia activa, bajo supervisión médica se legalizó parcialmente cuando el parlamento de este país aprobó su ley de reforma del Código Penal el 28 de Marzo de 2000. Bélgica lo ha hecho mas recientemente el 17 de Mayo de 2002. Ambos países, donde el debate sobre la

³⁹ El autor, que se muestra radicalmente en contra de la eutanasia, destaca la importantísima polémica que se suscitó en Francia tras la publicación en 1982 del libro "Suicidio, modo de empleo" donde se ofrecían formas de llevarlo a cabo. Afirma el autor que "(...) se contabilizaron 74 personas que, para suicidarse utilizaron el libro. En este sentido se puede comparar al libro de GOETHE *Los sufrimientos del joven Werther* que produjo en el clima romántico de principios del siglo XIX una verdadera ola de suicidios". Esto desveló el vacío que existía en ese país en materia de disponibilidad de la propia vida, y en 1987 se castigaron la provocación al suicidio. "(...) mientras que el problema del auxilio al suicidio permanece aún sin solución legal". François Gonzalez, *La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social en Tratamiento jurídico de la eutanasia, Una Perspectiva comparada.* Edit., Tirant lo blanc, Valencia, 1996; p.167-168.

⁴⁰ Existencia de una enfermedad incurable y dolorosa, presumiblemente mortal, la certificación de ese estado dada por dos médicos, la petición del paciente efectuada ante notario y dos testigos, el refrendo de esa decisión transcurridas 72 horas, y la práctica de la eutanasia por un médico. Iñigo Álvarez Gálvez, *La eutanasia voluntaria autónoma,* ed. Dykinson, 2002, pág. 235.

eutanasia era ya tradicional, y el respaldo popular a la despenalización es mayoritario (85% en Holanda, 72% en Bélgica), han tomado esta iniciativa. Tanto en uno como en otro país, se dan condiciones especiales. Se trata de países muy desarrollados en los que la asistencia médica cubre a prácticamente la totalidad de la población de forma gratuita, de manera que no hay riesgos de eutanasias económicas. Por otro lado los sistemas sanitarios están muy avanzados y existe gran confianza en los médicos de cabecera, que tradicionalmente han gozado de la misma.

En conclusión, están legalizando la eutanasia llevada a cabo por médicos y cumpliendo unos estrictos controles. De hecho, la eutanasia llevada a cabo sin estos requisitos legales está penada en Holanda con penas de hasta 12 años.

El primer requisito es que el paciente sea mayor de edad, capaz y consciente para la emisión de voluntad, y que la misma sea voluntaria. En Holanda los menores de edad de 16 y 17 años, podrán decidir independientemente, aunque se tendrá en cuenta la opinión de los padres, mientras que los que tengan entre 12 y 16 años necesitarán la aprobación de sus progenitores o tutores.

El sujeto ha de encontrarse en una situación médica sin cura, no habrá esperanza de sobrevivir y los sufrimientos deben ser insoportables. Sobre estos conceptos no obstante continúa abierto el debate. Al no darse una interpretación laxa comprensiva del "cansancio vital", se trata de ver lo que ocurre si una persona sencillamente no quiere seguir viviendo. En principio está claro que no se encuentra admitida esta posibilidad por la legislación holandesa. Esta solución es la misma que la adoptada en Bélgica, porque el sufrimiento, comprensivo tanto del físico como del psíquico, eso sí constante e incurable, ha de proceder de una afección accidental o patológica incurable.

A partir de esta situación objetiva, la demanda del paciente ha de ser deliberada y reflexionada. Va a exigirse una persistencia (en Bélgica al menos un mes desde que se dio por escrito la petición antes de llevarla a cabo) de la misma. Entre médico y paciente se exige una relación lo suficientemente estrecha como para poder cerciorarse de que esa es la volun-

tad del mismo. Debe haberse informado al paciente de todos los posibles tratamientos alternativos y medidas paliativas a la eutanasia.

El médico consultará su tratamiento con otro colega al menos (en Bélgica se exige consultar al menos a dos), que estará de acuerdo con el pronóstico del primero.

Con todos estos requisitos se encuentra permitida la práctica de la eutanasia activa directa. Una vez realizada, se comunica cada caso a un responsable municipal de los servicios de autopsia. En la autopsia va a declararse que el paciente ha fallecido de muerte natural. Se informará también del caso a una Comisión (en Bélgica, *Comisión Federal de Control y de Evaluación de la aplicación de la ley de la eutanasia*) que controlará todos los casos que se produzcan. Cuando tenga duda sobre si se han dado las condiciones para que la eutanasia pueda considerarse legal, se ponen los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal que actuará según crea conveniente.

De manera que lo que se ha hecho en estos países no es destipificar la eutanasia, sino legalizar la eutanasia activa, bajo estrictos controles médicos. Por lo que el tercero no médico - incluido un pariente- o el médico que no cumpla los requisitos, seguirá siendo autor de un supuesto de homicidio consentido.

Es preciso destacar que la eutanasia, no viene contemplada ni como un derecho del paciente, ni como un deber del médico.

Como primera conclusión (que pretende además ser introductoria de la segunda parte del trabajo) respecto de la eutanasia se puede aseverar que es una conducta definitivamente dirigida a proteger la vida digna del hombre por lo que su tipificación penal resulta totalmente incoherente. Más aún, como acierta al decir Valle Muñiz "el mantenimiento y prolongación irracional de la vida pudiera chocar con el respeto a la dignidad de la persona, cuando no suponer la práctica de tratos inhumanos o degradantes específicamente prohibidos en el art. 15 CE.⁴¹"

⁴¹ Valle Muñiz J.M. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, art 143*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 61.

Partiendo a esta incoherencia, común en derecho europeo, hay que destacar el importante avance logrado en Holanda y Bélgica.

Es cita obligada en los debates sobre la despenalización o no de la eutanasia activa el peligro que cualquier "atentado" contra la vida humana entraña. No obstante testimonios como los de Ramón Sampederro han dejado lapidariamente demostrado hasta qué punto la muerte es (o puede ser) mejor a una vida no deseada y vivida en las condiciones de sufrimiento que él soportaba.

Peligrosísimo sería, no cabe duda, dar una carta blanca al comportamiento eutanásico aún cuando el móvil de la piedad fuera el que impulsara al ejecutor. Ahora bien limitando la despenalización de la misma, a imagen de cómo ya se ha hecho en los Países Bajos, las garantías de estar respondiendo al deseo del sujeto se acercan a la certeza. De ahí podría suponerse la conveniencia de reducir la despenalización a la ejecutada en el ámbito sanitario.

No obstante, partiendo de la falta de antijuridicidad de la eutanasia, no sería sustancialmente legítimo restringir totalmente la ejecución a ese ámbito castigando a terceros no médicos como asesinos; la misma humanidad ha podido mover al médico que al no médico, y el mismo resultado de liberación ha podido conseguir el médico que el que no lo es. Creo, por ello, que siempre que pudiera demostrarse que la muerte es la voluntad del individuo, y que se garantizara la "placidez" de la misma, ¿que más daría que sea un médico o un hermano el que en último momento administra la dosis?. No se trata de proponer dejar totalmente al margen de estos supuestos el ámbito sanitario de la actuación pues su intervención, va a ser imprescindible para determinar la situación del sujeto, y la forma de acabar con ella de la mejor forma posible y querida; ahora bien, si de lo que se trata es de garantizar la dignidad del individuo esta posibilidad sería simplemente una herramienta más, perfectamente factible y única coherente. El peligro que pudiera entrañar el permitir que cualquiera lo hiciera, habría de compensarse, eso sí, con medidas adicionales a las que ya ha de estar sometida la actuación dirigida por el

médico de cabecera; a título de ejemplo, exclusiva actuación subsidiaria en defecto de ésta, certeza extraordinaria de la voluntad del paciente con ineludible presencia de notario o testimonio público previo a la actuación eutanásica.

El miedo a la trivialización de la muerte que profesan sectores contrarios a la eutanasia creo que resulta totalmente desproporcionado y ajeno a la que es la realidad del ámbito sanitario en sociedades avanzadas.

En definitiva, el verdadero problema jurídico y práctico que se encierra tras la negativa a la eutanasia, o a la viabilidad de cualquier actuación dirigida a permitir estas prácticas, está en el valor que puede darse al consentimiento entregado y aún a las condiciones en que se ha dado; solución que evidentemente resulta complicada. De ahí que el respeto a la voluntad del individuo y el valor que a los testamentos vitales se da para demostrar esta voluntad ante cualquier supuesto de tratamiento o intervención médica sobre el individuo, constituyan un gran avance en el reconocimiento de la dignidad humana, en definitiva, a su derecho a decidir sobre su propia persona; y específicamente en la cuestión que aquí nos ocupa en la viabilidad de una despenalización de la eutanasia.

No sería en absoluto factible entender que la validez del testamento, aún con todos los problemas que veremos, solo es útil a los efectos de "lavar las manos" del servicio sanitario que con "el papel en la mano" se protege frente a eventuales problemas o resultados no deseados. Por otro lado, en un eventual conflicto entre la voluntad del paciente y la del médico, la de éste último no habría de poder imponerse; dejando siempre a salvo para el médico la opción de la objeción. Así, como veremos, con límites se encuentra recogido en la Ley de Sanidad, en la que aún cuando reconoce el derecho-deber del médico de no utilizar la muerte como medida terapéutica también se reconoce el derecho del paciente a rechazar el tratamiento y solicitar el alta. El principal problema va a ser que la interpretación queda en principio en manos del personal sanitario en cuya decisión estará ayudado por diferentes comités de ética que a tal efecto se creen (en cada centro en algunos casos, a nivel mayor en otros).

En las siguientes páginas se pretende analizar el alcance de estas declaraciones de voluntad (testamentos vitales, declaraciones de voluntades anticipadas) así como los problemas sobre esta emisión de voluntad y más en concreto los conflictos que entre la voluntad del médico y la del paciente pudieran darse.



La situación doctrinal y social tras la tímida respuesta del Código Penal de 1995 parece venir decantándose en pro de la despenalización de la eutanasia voluntaria activa. Así podría deducirse de la actividad legislativa sobre los denominados *Testamentos Vitales*.

Diferentes comunidades autónomas siguieron esta línea, de la que el Estado ha recogido el testigo, aprobando en el Congreso el 31 de octubre de 2002 la *Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -Ley 41/2002, de 14 de noviembre*⁴². La primera comunidad autónoma en legislar sobre la materia fue Cataluña, en *Ley 21/2000 de 29 de diciembre*⁴³, seguida de Galicia por *Ley 3/2001 de 28 mayo*⁴⁴, Extremadura, el *28 de junio de 2001 por Ley 10/2001*⁴⁵, Madrid por *Ley 12/2001 de 21 de diciembre*⁴⁶, Aragón en *Ley 6/2002 de 15 de abril de 2002*⁴⁷, y las últimas, por el momento, Navarra en *Ley 11/2002 de 6 de mayo*⁴⁸, Cantabria mediante *Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria*⁴⁹, y

⁴² Publicada en el BOE del 15 de noviembre de 2002.

⁴³ *Ley sobre los derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica*. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya, de 11 de enero de 2001.

⁴⁴ *Ley reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes*. Diario Oficial de Galicia, de 8 de junio de 2001.

⁴⁵ *Ley de salud de Extremadura*. Diario Oficial de Extremadura, de 3 de julio de 2001.

⁴⁶ *Ley de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid*. Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de 26 de diciembre de 2001.

⁴⁷ *Ley de Salud de Aragón*. Boletín Oficial de Aragón, de 19 de abril de 2002.

⁴⁸ *Ley Foral sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica*. Boletín Oficial de Navarra, de 13 de mayo de 2002.

Euzkadi, por Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad⁴⁹.

Como ya vimos en la primera parte, detrás de la conveniencia de la consideración de la eutanasia activa como una práctica legítima, se encuentra el *derecho de autonomía del individuo*, quien considerado como un fin en sí mismo va a tener plena legitimación para decidir sobre su propia existencia. Todas estas leyes (las autonómicas y la estatal) pretenden materializar este derecho a la determinación del propio destino. En el ámbito de la sanidad, concretado en los *derechos del paciente*, éste queda convertido en un *usuario de servicios sanitarios*, en detrimento de la que ha sido tradicional concepción paternalista de la relación médico-paciente, y que como tal puede exigir responsabilidades y decidir qué servicio recibe.

En las siguientes páginas, continuando con el enfoque iniciado en las precedentes, vamos a tratar de determinar en qué medida el testamento vital llega a los límites del terreno penal; para lo cual vamos a estudiarlo como una manifestación avanzada de la autonomía del paciente y del *consentimiento informado*⁵¹. Por ello veremos este concepto de consentimiento informado, marco normativo, supuestos y requisitos que se plantean en torno al mismo, y por último la figura del testamento vital.

Doctrinalmente el cambio de cultura jurídica ya venía evidenciándose. La evolución en este sentido viene precedida por una transformación profunda de los servicios sanitarios. La tradicional medicina *paternalista* se orientaba por el *principio de beneficencia*, "el médico investido de la <<autoridad de Esculapio>> decidía aisladamente la terapia adecuada a seguir en cada caso y para cada paciente, pero sin contar con el mismo."⁵²

⁴⁹ Boletín Oficial de Cantabria, de 18 de diciembre de 2002.

⁵⁰ Boletín Oficial del País Vasco de 30 de diciembre de 2002.

⁵¹ En la *Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas* emitida por el *Departamento de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya* y elaborada por el *Comité de Bioética de Cataluña* se hace referencia al documento de voluntades anticipadas como *una continuación lógica del consentimiento informado*.

Diferentes factores han venido a romper este esquema autoritario en favor de otro donde el paciente se convierte en un usuario de las prestaciones asistenciales. Al tradicional principio de beneficencia se han incorporado otros principios rectores de la práctica médica entre los que destacamos el *principio de autonomía*. Es en torno a este último principio como gira la teoría del *consentimiento informado*. Su fundamento es que "toda persona, aunque esté enferma, debe continuar siendo considerado, en principio, libre y competente para decidir sobre su salud y su integridad y debe, por tanto, tener la posibilidad de intervenir activamente en las decisiones médicas que le incumben."⁵³

La transformación de esta consideración viene impulsada principalmente desde el mundo anglosajón. Es consecuencia, por otro lado, de la judicialización de la actividad médica, que puede estar favoreciendo una *medicina defensiva*. El médico para evitar en la medida de lo posible una reclamación judicial se protege con criterios científicos, respalda su opinión clínica con pruebas que pueden estar alargando las medidas curativas, y en general acude a tratamientos poco *arriesgados*. Este sería un resultado extremo que en muchas ocasiones va en detrimento de la actividad médica. Como factor determinante en el proceso descrito es la especialización y tecnificación de la medicina unida a la masificación de los centros sanitarios ha favorecido la despersonalización de la asistencia sanitaria. Asistencia sanitaria que se ha convertido (como ha ocurrido en todos los ámbitos) en un servicio, del que como tal, se puede exigir resultados y responsabilidades susceptibles de valoración económica.

El paciente adquiere una nueva posición; es una persona dueña de sí misma y debe tomar las decisiones que le atañan⁵⁴. Y el médico tiene la obligación de informarle con el fin de que la decisión tomada lo sea contando con plena validez.

⁵² Magdalena Palomares Bayo, Javier López y García de la Serrana (coords.) *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, ed. Comares, 2002. pág. 3.

⁵³ Magdalena Palomares Bayo, Javier López y García de la Serrana (coords.), ob. cit. pág. 6.

Cumpliendo ambos con sus deberes y derechos, y para el supuesto de conflicto entre una y otra opinión la forma en que se decida será la que defina la dimensión de la autonomía. Y es en este aspecto preciso y para el supuesto de que en el momento crítico el individuo no se encuentre con capacidad de manifestar qué determinación ha de tomarse sobre el tratamiento aplicable, donde los testamentos vitales tiene razón de ser. Mediante el documento de voluntades anticipadas se trata de "continuar ejerciendo el derecho a ser respetado con los propios valores, asegurando que este respeto se mantendrá cuando se presente una situación de más vulnerabilidad."⁵⁵

Mientras el enfermo esté en uso de sus facultades mentales tiene derecho a que el médico cumpla su voluntad aún cuando la negativa o limitación al tratamiento conlleve un riesgo vital, si bien no se permite la posibilidad de prácticas médicas con finalidades diferentes a las de curar o paliar⁵⁶. Pero cuando el enfermo no esté capacitado para declarar cuál es su voluntad, el médico en ausencia de otros elementos de juicio puede quedar desprotegido; el documento de voluntades anticipadas se convierte en instrumento útil para estos supuestos. Y lo va a ser tanto en la medida que se pide y decide la forma de actuación que el paciente adoptaría en tal situación, como aquélla en la que puede señalarse la persona o representante

⁵⁴ Afirma Iñigo Álvarez Gálvez que "vivir por encima de todo, sea cual sea el precio no es bueno por sí mismo. La vida propia no puede escapar al ejercicio de nuestra autonomía como agentes morales, de nuestra capacidad de autogobierno, de nuestra aptitud para perseguir nuestro propio bien (...) Lo que es bueno en la vida depende de la subjetividad de cada uno, de lo que cada uno considere que da valor o sentido a la vida sin interferencia de terceros. Pretender valores objetivos por encima de la autonomía de los individuos, es autocontradictorio." Álvarez Gálvez, Iñigo, *La eutanasia voluntaria autónoma*, ed. Dykinson, 2002, pág. 118.

⁵⁵ Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas (DVA) del Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya.

⁵⁶ Miguel Ángel Núñez Paz dice: "El paciente tiene el derecho a decidir en general -dentro del ámbito de su libertad- sobre si debe o no debe continuar su tratamiento ya iniciado o impedir un tratamiento futuro, por lo que es necesario su consentimiento después de haber recibido la información necesaria (consentimiento informado) y, por ello, le asiste también el derecho de negarse. Este punto de vista tiene su base en los derechos constitucionales, y especialmente en los regulados en los artículos 1.1, 10 y 15 de la Constitución española." Núñez Paz, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 449.

autorizado como interlocutor válido para decidir por él. En estos supuestos la decisión del médico deberá respetar ese principio de autonomía siguiendo el documento de voluntades anticipadas y en su caso la decisión del responsable. No obstante, en la medida que se deja al médico interpretar esa voluntad, y que puede no seguir las instrucciones en casos en que él crea que ha habido variación de circunstancias, al médico le queda un amplio campo de acción. "La existencia de documentos de voluntades anticipadas supone la obligación de tenerlos en cuenta en la toma de decisiones. Tenerlos en cuenta, sin embargo, no quiere decir un seguimiento mimético, sino que comporta siempre una lectura crítica y prudente, tanto de la expresión del documento como de la práctica general, de tal manera que tiene que conducirnos a una reflexión que permita que la decisión se base, en primer lugar, en el respeto a la voluntad del paciente"⁵⁷.

Este sentir queda evidenciado por el legislador estatal y por el autonómico en prácticamente todos los textos aprobados o pendientes de ello.

De este modo lo manifiesta la Ley gallega 3/2001 al afirmar que "el cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del *principio de autonomía de la persona*, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de beneficencia, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuren como los protagonistas"⁵⁸.

Así, la ley catalana, explícita en el último párrafo de su Preámbulo que "el objetivo básico de la presente Ley es, en definitiva profundizar en la concreción práctica de los derechos a la información, al consentimiento informado y al acceso a la documentación clínica de los ciudadanos de Cataluña, sin perjuicio de un ulterior desarrollo por reglamento, *recogiendo la filosofía del reconocimiento amplio del principio de la auto-*

⁵⁷ Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas del Departament de Sanitat y Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya.

⁵⁸ Ley del Parlamento de Galicia de 28 de mayo de 2001, núm. 3/2001. Preámbulo, párrafo 1º.

*mía del paciente y materializando, por medio de una explicitación de rango legal de las declaraciones producidas al más alto nivel en este sentido*⁵⁹.

De nuevo en la ley gallega, se dice que “se pretende hacer efectivo *un derecho ya existente del paciente a ser dueño de su destino*”⁶⁰ y en la aragonesa, donde ahora ya por fin en el articulado *se pone el interés y el bienestar del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia*, fijando la obligación de respeto en el marco de la medicina y la biología, entre otros principios: *del consentimiento libre e informado de la persona, y la prohibición de prácticas eugenésicas, y en particular las que tiene por finalidad la selección de las personas*.⁶¹

En la normativa internacional existe un amplio respaldo a la autonomía del paciente. “La autonomía del paciente en sus relaciones con el sistema sanitario es un derecho que viene reconocido en textos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa de 1994, o el Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 1997.”

Destacamos este último (también conocido como Convenio de Oviedo), en vigor en España desde el 1 enero de 2000, en primer lugar por su carácter vinculante para los Estados miembros, en segundo por delimitar un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. En tal sentido el convenio fija la exigencia de desarrollar los derechos de los pacientes basados en el respeto de autonomía en sus diversas manifestaciones y exigencias: el *consentimiento informado*, la *exigencia de información* correlativa a este consentimiento y la *intimidad de la información* que se maneja.

⁵⁹ Ley 21/2000 de los derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica de Cataluña, de 29 de diciembre de 2000.

⁶⁰ Ley 3/2001 del Parlamento de Galicia reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, de 28 de mayo de 2001. Vid. el preámbulo.

⁶¹ Ley 6/2002 de Salud de Aragón, de 15 de abril de 2002. El art. 7 en sus apartados 1 y 2, de este modo está rechazando modalidades eutanásicas no queridas.

En cuanto al marco constitucional; como eje básico del que mana el *principio de autonomía del paciente* como manifestación en este ámbito particular que estudiamos, está el *Derecho a la dignidad de la persona* recogido en el art. 10 de nuestra Constitución. También, por supuesto e ineludiblemente, en relación con el de dignidad, pero especificado esta vez sobre la información contenida en los datos y tratamiento de los mismos, el *derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* del art. 18 de la misma. De forma más concreta sobre el derecho de los usuarios, el *derecho a la protección de la salud* reconocido en el art. 43 del texto constitucional.

En cumplimiento de la obligación constitucional que fija el art. 43 CE, por *Ley estatal, 14/1986 de 25 de abril, General de Salud*, se regulan de forma básica estos derechos relativos a la información clínica y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud. Marco legislativo que la Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ha completado recordemos con carácter básico.⁶² Y en cumplimiento de su obligación de desarrollo y concreción de esta legislación básica, y de sus funciones de gestión y ejecución, y apelando a los repartos competenciales recogidos en la Constitución y asumidos en sus respectivos Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas están y han legislado sobre los derechos de los pacientes en general y sobre los testamentos de voluntades anticipadas en particular. De hecho la proposición de ley germen de la norma básica estatal vino impulsada principalmente desde partidos catalanes.

⁶² Disposición adicional primera de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, 41/2002: " *Esta ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución. El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias las medidas necesarias para la efectividad de esta ley.*"

La competencia de legislación básica estatal va, de este modo, a ejercerse con mayor exactitud respondiendo a la necesidad de una demanda social, y a la necesidad de encauzar la expansiva actividad legislativa autonómica. Desde el momento que esta ley entre en vigor "en el plazo de seis meses a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (Disposición Final única) va a limitar la actuación del legislador autonómico.

Este es el marco internacional, y nacional en que se va a articular el *derecho a la autonomía del paciente*.

Partiendo de estos antecedentes claros y reconocidos, comunes a todas las Comunidades Autónomas, la mayoría de ellas han recogido en sentido coincidente, en muchos aspectos idéntico, el respeto a esta autonomía plasmado en el derecho al consentimiento informado, y la que sería su manifestación más "avanzada", la figura del *testamento vital* (en sus diferentes denominaciones, ya citadas).

Con esta breve exposición debe observarse como nos encontramos ante un proceso de formación de la voluntad del paciente y plasmación y respeto de la misma. Formación de la voluntad que viene revestido de los presupuestos y protecciones necesarias y tendentes a asegurar su cumplimiento, tanto en el proceso de su formación (con la obligación de información), como en el de la emisión de esa voluntad (la obligación de respeto de esa voluntad y con los presupuestos de prestación de la misma) como en el de plasmación documental, archivo y acceso a los historiales clínicos (obligatoriedad de historiales clínicos, debidamente guardados y libertad de acceso a los mismos por los usuarios, confidencialidad de la información contenida, habilitación de registros de voluntades anticipadas, etc.). Un proceso en el que los profesionales sanitarios, y las instituciones deben asumir la responsabilidad de su debido cumplimiento.

Cuando se habla del derecho-deber de información, hay que constatar que el primer requisito para poder otorgar el consentimiento se concreta en la responsabilidad del médico designado por el centro sanitario para la atención del paciente, de informarle de los riesgos y consecuencias del tratamiento.

Esta responsabilidad ni mucho menos es exclusiva del médico, sino que es compartida por todos los profesionales dentro del ámbito de su intervención. "Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente

por el paciente.” (art. 2.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

Específicamente en el art. 4 de la ley se dice que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.

En cuanto a la legislación autonómica, como ejemplo puede citarse la Ley navarra 11/2002 de 6 de mayo, que afirma este derecho en su art. 2. En este artículo se reconoce el derecho para los “usuarios del sistema sanitario de la Comunidad Foral” en un aspecto más amplio al exclusivo de su tratamiento. Se habla de “recibir información sobre los servicios y dispositivos a que pueden acceder, así como a la prestación de los mismos sin discriminación alguna y desde el respeto a su personalidad.” Y progresivamente se centra ese deber de información sobre la concreta enfermedad y situación del paciente, y más específicamente al diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas. Información que será verídica y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente para ayudarle a tomar decisiones de una manera autónoma.

Atendiendo al art. 5 de la Ley básica reguladora del consentimiento informado, el titular de este derecho va a ser el “usuario”, paciente. Asimismo, los familiares y personas allegadas a él, deberán ser informados en la medida que éste lo permita expresa o tácitamente. Obligatoria, en los supuestos de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación, a personas a él vinculadas por razones familiares y de hecho que asuman la responsabilidad de las decisiones que hayan de adoptarse propuestas por el médico. Así en términos similares se expresan el art. 3 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, el art. 27 de la Ley madrileña 12/2001, de 21 de diciembre, el art. 11.g) de la Ley extremeña 10/2001, de 28 de junio, el art. 9 de la Ley aragonesa 6/2002, de 15 de abril, el art.

3 de la Ley navarra 11/2002, de 6 de mayo y los arts. 30 y 31 de la Ley cántabra 7/2002, de 10 de diciembre.

Respecto al contenido de esta información (de forma idéntica a como ya se contempla en el art. 2.2 de la Ley foral navarra 11/2002) “comprenderá como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.” (Art 4.1 in fine.) Además, continúa de forma categórica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en el apartado 2º del mismo artículo, “será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

La ley gallega (siguiendo la fórmula empleada por la ley catalana en su art. 2) habla de una información comprensible, continuada, razonable y suficiente, que ha de ser facilitada con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente, y que será objetiva, específica, y adecuada al procedimiento evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente. Habrá de incluir la identificación y descripción del procedimiento, el objetivo del mismo, los beneficios que se esperan alcanzar, las alternativas razonables a dicho procedimiento, las consecuencias previsibles de su realización y las de la no realización del mismo, los riesgos frecuentes y los poco frecuentes pero de especial gravedad y asociados al mismo, así como los riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente. En cuanto se refiere a la ley extremeña, ésta, en su art. 11.1.f) habla del derecho de los pacientes y de sus familiares y allegados, a una información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnósticos, pronóstico, alternativas de tratamiento y la posibilidad de solicitar el alta voluntaria. También la aragonesa, en su art. 8, reconoce en términos sustancialmente idénticos este contenido.

Sobre cómo ha de prestarse esta información, *el método habitual*, atendiendo a la amplitud de supuestos comprensivos de intervención médica, será el verbal, pero dejándose constancia escrita de ello en el informe realizado por el médico (art. 4.1 de la Ley básica Estatal)⁶³. De forma idéntica a ésta se recoge en el art. 8.2 Ley de Salud de Aragón, y en el art. 2.2 de

la Ley navarra. Y de forma semejante, en el art. 8 de la Ley gallega 3/2001, que fija que *aunque la forma habitual sea la verbal, constará además por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente*. La Ley extremeña 10/2001 en su art. 11 g) habla de *información completa y continuada, verbal y escrita*. De forma similar se pronuncia la Ley cántabra 7/2002, en su art. 40, apartados 4 y 5.

La ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, contempla un supuesto excepcional de limitación de la información al paciente cuando el médico actúa profesionalmente; lo que ocurrirá cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Ahora bien en tales supuestos, no sólo debe dejar constancia razonada de tal circunstancia en la historia clínica del paciente, sino que debe comunicar esta decisión a sus familiares o personas vinculadas (art. 5.4).

Jurisprudencialmente el deber de información ha gozado de una sólida concreción⁶⁴. Resulta muy didáctica la STS (Sala 3ª) de 4 de abril de 2000. "al omitir el consentimiento informado se privó a los representante del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. (...) Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, (...) supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención."

⁶³ A esta redacción se ha llegado con motivo de la Enmienda 1 de Grupo Parlamentario Senadores Nacionalistas Vascos, *al objeto de precisar que el consentimiento escrito es preciso en determinados supuestos y no en cualquier intervención sanitaria, teniendo en cuenta la amplitud que, incluso la propia Ley, se otorga al concepto de intervención sanitaria comprensivo de actuaciones preventivas, diagnósticas, terapéuticas, rehabilitadas o de investigación*. -Informe de la Ponencia 622/000010 Boletín Oficial de las Cortes Generales (B.O.C.G.) Senado-

⁶⁴ STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001; STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2000; STS (Sala 1ª) de 13 de abril de 1999; STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 1998.

Por otro lado, en la misma sentencia, se destaca que es responsabilidad del profesional informar al paciente, y por ello también la carga de la prueba sobre la existencia de dicha información corresponde al profesional, pero también pesa sobre el centro médico (STS de 16 de octubre de 1998) al incumbirle, en el aspecto y estructura organizativos, un deber "in vigilando" e "in eligiendo."

Sólamente una vez recibida la información podemos hablar de consentimiento informado. De hecho la razón de ser principal de la información prestada al paciente es la de ofrecerle los elementos de juicios necesarios para que éste, de forma válida, pueda emitir su declaración de voluntad, consintiendo o no los tratamientos o alternativas que se le expongan.

La prestación de este consentimiento va a venir precedida de unos presupuestos, y revestida de unos requisitos formales, y sustanciales. La persona ha de gozar de capacidad y estar en uso de sus facultades mentales, de tal modo que le permitan ponderar los intereses en juego. Además, la declaración de voluntad ha de gozar de validez, no mediando ningún tipo de vicio de la voluntad (ausencia del mismo, engaño, error). Así en un primer término previo a la propia declaración de voluntad, (y como hemos visto) se va a originar el deber del médico de informar al paciente de cuáles son las consecuencias de los tratamientos que se van a ejercer sobre él. Sólo así puede asegurarse la exigencia (derecho del paciente, deber del médico) de que cualquier intervención en el ámbito de la salud sobre el paciente cuente con el consentimiento específico y libre de la persona afectada (art. 6.1 de la Ley catalana; art. 3 de la Ley gallega; art. 11.1.h de la Ley extremeña; art. 12 de la Ley aragonesa y art. 7 de la Ley navarra).

Formalmente, el momento de prestación del consentimiento va a venir reforzado con requisitos adicionales tendentes a asegurar la validez del mismo, y aún su mera existencia. Así el otorgamiento del consentimiento será, además, por escrito, cuando se trate de intervenciones que impliquen algún riesgo o inconveniente notorio o previsible, susceptible de repercutir sobre la salud del paciente⁶⁵.

Esta declaración pretende ser manifestación de la voluntad del individuo, y necesariamente (pues de lo contrario no podría hablarse de respeto a la voluntad del sujeto) se explicita el derecho a revocar el consentimiento en todo momento (art. 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre; art. 6.3 de la Ley 21/2000 de Cataluña; art. 12.4 de la Ley 6/2002 de Aragón y art. 7.1 de la Ley Foral 11/2002 de Navarra). En la Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas se advierte de la conveniencia de dar al documento de revocación, modificación, ampliación o concreción, la misma publicidad que se hubiera dado al documento previo de voluntades anticipadas.

Las posibilidades de obrar sin el consentimiento del paciente se desdoblán en dos, la primera permite que la intervención se haga aún en contra de la voluntad del paciente, la segunda en relación a situaciones de urgencia en las que la intervención se lleva a cabo sin prestación del consentimiento porque éste no se ha podido recabar. Se afirma la excepcional posibilidad de intervenir sanitariamente al sujeto sin ese consentimiento cuando no hacerlo implique un riesgo para la salud pública⁶⁶ (art. 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). El último párrafo del art. 7.1.a, introducido por enmienda del Grupo Popular en el Congreso, remite a la L.O. 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁶⁷.

También podrá obrarse sin esa voluntad expresa, sólo realizando las intervenciones indispensables, en supuestos de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo cuando no sea posible conseguir la autorización de éste. El médico va a tomar su decisión recabando, cuando sea

⁶⁵ Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 8.2: *El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.*

⁶⁶ Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Art. 9.2.a): *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.*

posible, la opinión de sus familiares o de las personas a él vinculadas (art. 9.2.b de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). La redacción definitiva de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre modifica la que se incluía en la Proposición de Ley 124/02⁶⁸, reforzando las posibilidades de actuación del personal sanitario y restringiendo la capacidad de decisión (consentir) de sus familiares o de las personas a él vinculadas de las que ahora se afirma que cuando sea posible se recabará su opinión, que será tenida en cuenta. Es el médico el que decide y asume la responsabilidad de lo hecho, mientras que antes el consentimiento de familiares o allegados se entendía válido, y no meramente indicativo. Esta nueva redacción podría forzar la modificación de la legislación autonómica (por ejemplo, el art. 7.1.b de la Ley catalana, el art. 11.1.h.3 de la Ley extremeña, el art. 13.1.b de la Ley aragonesa⁶⁹, o el art. 8.1.b y c de la Ley navarra) que se expresa en términos similares a los previstos en el texto inicial de la proposición de Ley.

La conclusión posible será que el médico en estos supuestos de riesgo inminente para no incurrir en responsabilidad penal por omisión del deber de socorro (art. 196 del Código Penal⁷⁰)

⁶⁷ En el art. 1 de la L.O. 3/1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública se afirma que *con el objeto de proveer la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad*. Más adelante, en el art. 3 de esta misma ley se dice que *"con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y el medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*.

⁶⁸ Proposición de Ley 124/2002: Art. 7.- *Excepciones a la exigencia del consentimiento y otorgamiento del consentimiento por sustitución. 1. Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento: a) Cuando existe riesgo para la salud pública, si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación que sea de aplicación. b) Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de éste o de sus familiares o de las personas a él vinculadas. En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada.*

⁶⁹ Explícita que no puede hacerse *contra manifestación negativa expresa del enfermo a dicho procedimiento*.

e instado por su Código Deontológico (art. 4.5⁷¹) proceda a la intervención, ignorando las opiniones en contra de sus familiares o allegados.

No obstante, por la redacción que se da al caso de consentimiento por sustitución, este viene mas específicamente orientado hacia situaciones de grave riesgo, y urgencia en que ni siquiera da tiempo a explicar a sus familiares o allegados la alternativas y circunstancias.

En los supuestos en que el enfermo se encuentre consciente, el médico ha de respetar su voluntad, y por ello no puede, incluso existiendo riesgo vital del paciente, intervenir contra su voluntad; debiendo, en su caso, comunicarlo a la autoridad judicial para que sea ella la que decida, atendiendo a los valores en conflicto⁷².

Puede obrarse, no sin consentimiento, sino sin *consentimiento informado*, cuando el paciente renuncia a recibir la información al tiempo que consiente que se le aplique la intervención necesaria.⁷³

Este derecho vendrá limitado en aquellos casos en que por interés del enfermo (por ejemplo comunicarle que la intervención es muy sencilla) o por interés público (por ejemplo, en un

⁷⁰ Art. 196 del Código Penal: *El profesional que, estando obligado a ello denegare asistencia sanitaria o abandonare servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.*

⁷¹ Art. 4.5 del Código deontológico médico: *Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado.*

⁷² STC 104/1986; STC 105/1990; STC 172/1990; STC 40/1992; STC 85/1992 ; STC 240/1992

⁷³ Art. 9.1 de la Ley básica 41/2002: *La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.*

supuesto de enfermedad contagiosa informarle sobre los métodos para evitar ese contagio a terceros) prime el interés público ajeno sobre la aversión del paciente.

Otro supuesto es el del denominado privilegio terapéutico, recogido en el art. 5.4⁷⁴ de la Ley básica 41/2002. Cuando el médico está convencido de que la información puede repercutir negativamente en el proceso curativo del enfermo puede abstenerse de informarle, debiendo hacerlo a sus familiares o a sus allegados, y reflejándolo en el historial.

Cuestión importante para someter a análisis resulta el denominado *consentimiento por sustitución*. Se hace referencia con dicha denominación a los supuestos en que se produce la situación en la que no se puede producir el otorgamiento del consentimiento por el paciente, al no hallarse éste capacitado para tomar decisiones. Para estos casos se prevé que la decisión pertinente la tomen: sus familiares o personas allegadas; su representante en supuestos de incapacidad legal; y si nos encontramos ante menores, en función de si están o no preparados para comprender el alcance de la decisión, el representante del menor considerando en grado mas o menos determinante su opinión. (Art. 9 de la Ley básica reguladora; art. 7.2.a de la Ley catalana; art. 5.4 de la Ley gallega; art. 11.1.h de la Ley extremeña; art. 14 de la Ley aragonesa; art. 8.2.a de la Ley navarra y arts. 31 y 32 de la Ley cántabra.

La falta de capacidad no exime de la necesidad de consentimiento, lo que ocurre es que en estos supuestos el consentimiento no lo presta el paciente sino aquella o aquellas personas que le representan (consentimiento por sustitución o por representación). Asimismo, en estos casos, el deber de información del personal sanitario se entiende respecto de quienes vayan a decidir.⁷⁵

⁷⁴ Art. 5.4 de la Ley básica 41/2002: *El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.*

La previsión de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que aboga por la proporcionalidad y adecuación de las medidas a adoptar, unida a la declaración de respeto a su dignidad personal, entra de forma ambigua en el conflictivo terreno de determinar qué ocurre cuando el médico considera que la decisión tomada por el representante no es adecuada a los intereses del representado.

De entrada habrá que entender que, en los supuestos en que el médico considere que *la no realización de la intervención o tratamiento puede suponer un grave riesgo para la salud del paciente, deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado de guardia, a quien corresponderá otorgar la autorización*⁷⁵.

Al afirmar que se respetará la dignidad del paciente podría perfectamente entenderse que podría negarse la intervención si el representante creyera que es contraria a los principios del enfermo. La actual lectura desde la jurisprudencia, ha sido que para estos supuestos, en ausencia de consentimiento expreso de la víctima, en el conflicto de intereses, y dado el carácter

⁷⁵ Ley básica 41/2002; art.9:

...

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

⁷⁶ Magdalena Palomares Bayo, Javier López y García de la Serrana, ob. cit. pág. 123.

absolutamente intransferible e irrenunciable del derecho a la disponibilidad sobre la propia vida, el bien jurídico "vida" va a primar sobre la "eventual" voluntad (de la que hay que insistir que no existe sino la apreciación del representante al respecto), y en consecuencia se ordenará la intervención médica. De hecho, en el supuesto de los presos en huelga de hambre, ya apuntado, se ha llegado a ignorar incluso la voluntad expresa de los pacientes en contra de la intervención, esperando al momento en que los mismos se encontraran sin conocimiento para ejecutarla, argumentando que en ese momento de ausencia de consentimiento la negativa al tratamiento carecía de actualidad⁷⁷.

En la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 se afirma, en orden "a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito", que "es cierto que el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. (...)." Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, (...), no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable." Se afirma también en la sentencia la obligatoriedad de tener en cuenta en el caso, que no había "datos suficientes de los que pudiera concluirse con certeza que el menor de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa". Y que en atención a esto "la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la

⁷⁷ Sobre los dudosos pasos que la jurisprudencia constitucional dé en estas materias, afirma Álvarez Gálvez en relación a las SSTC 120/1990 y 137/1990 que "*parece que el Tribunal evitó tener que pronunciarse acerca de la disponibilidad de la propia vida de un modo contundente, y prefirió circunscribirse al supuesto planteado, distinguiendo entre los fines lícitos e ilícitos de ejercicio de un derecho y mencionando la relación de especial sujeción en la que se encuentran los internos.*" La conclusión es que terminan siendo unas sentencias muy ambiguas e incoherentes. Álvarez Gálvez, Iñigo, ob. cit. pág. 186.

decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar.”

De estas afirmaciones también podría concluirse a *sensu contrario*, que en el supuesto de que la persona tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir dicha decisión vital, la que posteriormente tomaran los representantes llamados a emitir su declaración había necesariamente de venir vinculada a la del paciente, so pena de incurrir en una conculcación de la dignidad del mismo.

Como muestra de caso diferenciado y muy tibiamente, la Ley de Ordenación sanitaria de Comunidad autónoma de Madrid, en el art. 26, Capítulo I del Título IV, consagra *la autonomía del ciudadano* como principio informador de la organización y funcionamiento del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid. Pero esta afirmación es inmediatamente matizada, *teniendo en cuenta el enfoque de la ética aplicada a la sanidad*; circunstancia que se refuerza cuando en el mismo art. 26, en su punto 4, se dice que “se promoverán la creación, acreditación y supervisión de la actividad de los comités de Ética para la Asistencia Sanitaria en los servicios sanitarios de la Comunidad de Madrid”.

Ciertamente en su art. 27 se fija la exigencia de información al ciudadano “para poder tomar una decisión realmente autónoma”, para de nuevo, inmediatamente, decir en el art. 27.2 que “en situaciones de riesgo vital o incapacidad para poder tomar decisiones sobre su salud, se arbitrarán los mecanismos necesarios para cada circunstancia que mejor protejan los derechos de cada ciudadano”, con lo que parece supeditarse la autonomía a la ética. Esta opinión podría verse reforzada cuando en el art. 27.8 se habla “del derecho del ciudadano a ser informado de los riesgos para su salud en términos comprensibles y ciertos, para poder tomar las medidas necesarias y *colaborar con las autoridades sanitarias en el control de dichos riesgos.*”

Y acercándonos ya al elemento clave del presente trabajo, el testamento vital, habrá que comenzar diciendo que ha sido calificado como un instrumento de prolongación de la voluntad del paciente.

La legislación estatal (art. 11) y la autonómica parte de un concepto idéntico de *testamento vital, voluntades anticipadas o instrucciones previas como: documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad.*

La Ley navarra explicita aún más el alcance de esta definición -art. 9.1, párrafo2: *en las voluntades anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnología y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte.* Y diciendo en el punto 2 del mismo artículo que *el documento de voluntades anticipadas, deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo como si se tratara de un testamento.*

De nuevo se desmarca del resto la Ley madrileña, que en su art. 28, no ofrece una definición; habla de *instrucciones previas* y se reconoce al ciudadano el derecho, como paciente, *a que se tengan en cuenta sus deseos expresados anteriormente, o a que otra persona le represente ante el médico responsable, siempre que haya dejado constancia de aquellos o de la representación en la forma que se establezca en esta Ley.*

En todas ellas, además, en el documento se puede designar un representante: *En este documento la persona puede también designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma.*⁷⁸

El art. 11 de la Ley 41/2002 parece restringirse este concepto de representante respecto de la articulación autonómica,

⁷⁸ Art. 8.1 de la Ley catalana, art. 5 de la Ley gallega, art. 11.5.a de la Ley extremeña, art. 15 de la Ley aragonesa y art. 9 de la Ley navarra.

limitando su papel a la estricta interpretación de las instrucciones previas y a la obligación de procurar su cumplimiento⁷⁹.

En sentido coincidente al papel que se le da en la *Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas de la Generalitat de Cataluña*, el representante es la persona que se nombra para que actúe como interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que en el caso de que el otorgante no pueda expresar su voluntad por sí mismo, lo sustituya en la interpretación y aplicación de las instrucciones, los criterios y los principios expresados. El representante debe conocer cuál es la voluntad del otorgante y tiene que tener facultades para interpretarla y aplicarla. No puede contradecir el contenido del documento y debe actuar siguiendo los criterios y las instrucciones que el otorgante del Documento de Voluntades Anticipadas tendrá que haber manifestado de una manera formal y expresa en este documento.

Ahora bien, el representante también va a tener papel fundamental en orden a manifestarse en aquellos aspectos no

⁷⁹ Ley básica 41/2002, artículo 11: *Instrucciones previas*:

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2.
2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.
5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los paciente y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

especificados íntegramente en el Documento de Voluntades Anticipadas, en el consentimiento informado y en la valoración de la circunstancias, del previsible avance de la técnica médica, de la oportunidad de la donación de órganos o de investigación científica, etc. En definitiva, situaciones en que el consentimiento entregado, o las instrucciones otorgadas, exigen una "actualización."

Se exige como requisito de validez de estas declaraciones de voluntad, en primer lugar unos requisitos procedimentales de los que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en el art. 11.5, encomienda su concreción a las comunidades autónomas:

La declaración de voluntades anticipadas debe formalizarse mediante uno de los siguientes procedimientos: a) Ante notario. En este supuesto, no es precisa la presencia de testigos. b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos⁸⁰, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.⁸¹

Como requisito de fondo, la declaración de voluntad será emitida libremente, por persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente.

Pero también hay que hablar de los límites a la declaración de voluntad. Mientras el enfermo esté en uso de sus facultades mentales, tiene derecho a que el médico cumpla su voluntad aún cuando la negativa o limitación al tratamiento conlleve un riesgo vital, si bien no se permite la posibilidad de prácticas médicas con finalidades diferentes a las de curar o paliar. Pero cuando el enfermo no esté capacitado para declarar cuál es su voluntad, el médico, en ausencia de otros elementos de juicio, puede quedar desprotegido; el documento de voluntades anticipadas se convierte en instrumento útil para estos supuestos. Y lo va a ser, tanto en la medida que se pide y decide la forma

⁸⁰ La exigencia de no vinculación con el declarante, se amplía a todos los testigos en la Ley extremeña y en la Ley vasca.

⁸¹ Art. 8.2 de la Ley catalana, art. 5.2 de la Ley gallega, art. 11.5.c de la Ley extremeña, art. 15.2 de la Ley aragonesa y art. 9.2 Ley navarra. El art. 34.2.b de la Ley cántabra habla de *relación, laboral, patrimonial o de servicio*. La Ley vasca -art. 3.3- incluye en la vinculación, *el matrimonio, unión libre o pareja de hecho*.

de actuación que el paciente adoptaría en tal situación, como aquélla en la que puede señalarse la persona o representante autorizado como interlocutor válido para decidir por nosotros en estos casos, y a la luz de lo reflejado en el testamento vital. En estos supuestos la decisión del médico deberá respetar ese principio de autonomía siguiendo el documento de voluntades anticipadas y en su caso la opinión del responsable. No obstante, en la medida que se deja al médico interpretar esa voluntad, y que puede no seguir las instrucciones en casos que él crea ha habido variación de circunstancias, el médico le queda una amplio campo de acción. "La existencia de documentos de voluntades anticipadas supone la obligación de tenerlos en cuenta en la toma de decisiones. Tenerlos en cuenta, sin embargo, no debe significar un seguimiento mimético, sino que comporta siempre una lectura crítica y prudente, tanto de la expresión del documento como de la práctica general, de tal manera que tiene que conducir a una reflexión que permita que la decisión se base, en primer lugar, en el respeto a la voluntad del paciente"⁸².

En relación a la fijación de los límites a estas voluntades anticipadas, existen ligeras, pero importantes, diferencias: La Ley catalana -art. 8.3-, la gallega -art. 5.3-, y la aragonesa -art. 15.3-, hablan de aquellas previsiones contrarias al *ordenamiento jurídico* o a *la buena práctica clínica*, o que *no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que se hubiera previsto en el momento de emitirlas*.

En cuanto a la mención del límite del ordenamiento jurídico, por otro lado innecesaria, se esta llegando a la muralla del precepto contenido en el artículo 143.4 del Código penal, en un abanico de posibilidades de actuación que, como ya se ha dicho, la Ley navarra desmenuza detalladamente en su art. 9 párrafos 2º, 3º y 4º.

Esta ley, en su art. 9.3, añade, además, la referencia a la *mejor evidencia científica disponible*, y matiza la de aquellas que no se correspondan con el *supuesto de hecho*, limitando éstas a la hecha por el *sujeto*. Es decir, en la fórmula utilizada

⁸² Guía sobre el Documento de voluntades anticipadas del Departament de Sanitat y Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya.

por el legislador navarro se desdoblaron las eventuales modificaciones de la situación que impedirían tomar en consideración las voluntades anticipadas, entre las propias del desarrollo *científico-médico* y aquellas, en general, previstas por el sujeto que, de conocerse, hubieran condicionado su deseo en forma diferente. La utilizada por Cataluña, Galicia y Aragón, estaría englobando dentro del mismo *supuesto de hecho*, sin especificarlos, ambos supuestos.

Por su parte, la ley extremeña (art. 5.d) elimina la referencia a la buena práctica clínica, quedando su redacción de la siguiente manera: *no serán tenidas en cuenta aquellas voluntades que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o que no se correspondan con el supuesto de hecho que se hubiera previsto en el momento de emitirlos*.

De nuevo la ley madrileña aparece como la más restrictiva y responde claramente a ese sentido gremial que la inspira, al entender directamente que *serán atendibles las instrucciones previas del paciente que no contravengan el Ordenamiento Jurídico, ni la ética profesional*. En idéntico sentido se pronuncia la ley cántabra, en su art. 34, apartado 6. La ley vasca (art. 5, apartados 3 y 4) supedita la eficacia de las instrucciones previas a su conformidad con el ordenamiento jurídico, su correspondencia *con los tipos de supuestos previstos por la persona otorgante al formalizar el documento* y su adecuación para su patología.

Ciertamente, al hablar de la *buena práctica clínica* podría (sólo parcialmente, y de forma muy limitada, si se hace una lectura integradora de este límite con el resto del articulado y del preámbulo de estas normas) estar dándose entrada a la *lex artis*; entrada que con la fórmula *ética profesional* es directa y evidente y que parece permitir la intervención del criterio subjetivo del médico de forma más contundente; mientras hablar de la *buena práctica clínica*, en atención a una interpretación integradora con el resto de la respectiva normativa, podría denotar una opinión más técnica y respetuosa con la voluntad del paciente, en detrimento de la del médico.

Con la aprobación de la Ley 41/2002 -que debe recordarse que tiene el carácter de básica para el desarrollo de las

autonómicas- se elimina cualquier posible distinción en la interpretación entre unas y otras legislaciones, porque habla - art. 11.3- "... de disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, incluida la *lex artis*,...". La ambigüedad de los términos empleados permite la validez de la legislación autonómica acomodada a la lectura de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Ahora bien, incluso en este supuesto, la *lex artis* no puede ser entendida contraria a la voluntad del paciente (art. 10.6 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986) quien tiene derecho a autorizar o rechazar el inicio o mantenimiento de cualquier tratamiento (que no opuesto con la salud pública), lo que ha de entenderse extendido a cualquier voluntad manifestada previamente, en el caso, los testamentos vitales, con el único límite de no abandonar nunca los fines curativos y paliativos.

Se establece la obligación para las personas que las han otorgado, sus familiares o sus representantes, de entregar el documento que las contienen al centro sanitario donde la persona sea atendida, de manera que el documento de voluntades anticipadas se incorpore a la historia clínica del paciente.

Respecto a las comisiones éticas, éstas se crean en sectores o en cada centro hospitalario. Así, por ejemplo, la Ley gallega -art. 12- crea una *Comisión de Consentimiento informado* que hace depender directamente de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales, y a la que otorga amplias funciones. En la Comunidad Autónoma de Aragón -art. 15.4- se fija la creación de una Comisión en cada centro hospitalario, que estará encargada de valorar el contenido de dichas voluntades. Sin perjuicio de que el documento de voluntades anticipadas a quien va dirigido es al médico o equipo médico responsable, que, en este sentido, como en el resto de las comunidades autónomas, es el que va a tener que decidir.

Todas las comunidades autónomas, al fijar la condición de los historiales clínicos (en los que deben incluirse las voluntades anticipadas) como auténticos "documentos de carácter jurídico-asistencial"⁸³ también preceptúan la obligación dirigida

⁸³ Ley 3/2001 del Parlamento de Galicia, de 28 de mayo de 2001. Preámbulo.

a cada centro hospitalario de su almacenaje, conservación y recuperación para consulta, acudiendo a soportes tanto de papel, como audiovisuales e informáticos.

Con tal fin, y para asegurar el cumplimiento de las voluntades, el art. 11.5 crea el Registro Nacional de Voluntades previas.

La Ley aragonesa -Art. 15.5-, también lo hizo, dependiendo del Servicio Aragonés de Salud, y pendiente de regulación reglamentaria. En Cataluña el registro lleva funcionando unos años. Vitoria también posee un registro.

Y a modo de conclusión sobre la conciliación dentro del ámbito jurídico-penal entre la figura del testamento vital y la eutanasia, se impone decir que el límite y requisito de validez del respeto al ordenamiento jurídico, como ya hemos visto, nos conduce al art. 143.4 del vigente Código penal, donde se castiga la eutanasia activa directa.

El *testamento vital* va a ser un instrumento perfectamente útil para supuestos no tipificados como ilícitos, entendiendo como tales la eutanasia pasiva (entre las que se incluye la ortotanasia) y la eutanasia activa indirecta.

Más discutible resulta si va a ser útil para su inclusión en el art. 143.4, por la ausencia de actualidad de la declaración. Atendiendo a cómo se resuelve al respecto en favor de la actualidad sin ningún problema (entiéndase la validez de declaraciones de capaz sobre quien sobreviene incapacidad), no debería ofrecer dudas la solución afirmativa; permitiendo a aquéllos que cooperen con actos necesarios a la muerte de alguien que reúna los requisitos de sufrimiento insoportable físicos o psíquicos, fruto de una enfermedad o de la certeza de la muerte, mediando su declaración en un documento que podríamos denominar *testamento vital*, -pero que no gozaría de tal calificación "legalmente" en los términos de las legislaciones autonómicas, en las que se niega la validez de aquéllos en la medida que violan el ordenamiento jurídico- ser sujeto activo de la "figura privilegiada" respecto de los supuestos del artículo 143, en sus apartados 2 y 3 del Código penal.

Otra lectura, que también permite la admisión de los testamentos vitales para estos supuestos es aquella que no atiende

propriadamente a la actualidad de la voluntad, sino a la *Teoría de la dirección de la voluntad*. Afirma Álvarez Gálvez al respecto que *“parece aconsejable intentar que la decisión autónoma del sujeto pasivo (incluyendo su consentimiento) sea tan expresa y tan inmediata a su muerte como sea posible (II.7.4) No obstante, en ocasiones eso no es posible, y contamos tan solo con una manifestación escrita pero lejana en el tiempo al momento en que se pretende practicar la eutanasia. Con todo, estimo que el testamento vital puede tener los mismos efectos que una voluntad expresada en el momento inmediatamente anterior a la eutanasia. Sobre todo si se exigen los requisitos y las caute- las necesarias para precisar su autenticidad”*.⁸⁴

Incomprensible e hipócritamente se asegura el respeto a la dignidad humana, y se permite a uno matarse, pero no se permite que alguien, anteponiendo ese respeto a la dignidad de la persona o a una apelación a la ética profesional, reciba el amparo que se merece.

La eutanasia no debe entenderse como un menosprecio de la vida, sino como una protección de la misma -la única legítima- respetuosa con el valor fundamental de la dignidad del hombre.

Es cita obligada el miedo a la deshumanización, y a la práctica masiva de actividades denominadas eutanásicas, cuando se esta viendo que en países como Holanda esto está siendo posible, acudiendo a sistemas de control adecuados. Las Comunidades Autónomas, están legislando sobre esta materia, acudiendo a sus competencias en salud, y recientemente desde el Estado se está tomando la misma vía.

No obstante, tal vez en el fondo se está entrando por la puerta de atrás a la legalización. En lugar de acometer el problema desde una Ley Orgánica, en la medida que se van a ver afectados derechos fundamentales, que diera respuesta a la mayoritaria crítica de la doctrina, y que admitiera lo injusto de unas leyes que no toman al ser humano como medida fundamental. En lugar de esto se va permitiendo que desde las Comunidades Autónomas primero y después desde el Estado,

⁸⁴ Álvarez Gálvez, Iñigo, ob. cit. pág. 210.

en aplicación de los convenios internacionales suscritos por España en materia de salud, se vaya regulando sobre la “tierra quemada” aplazando un debate necesario.

Mientras tanto, no será raro seguir escuchando opiniones, como las manifestadas en el discurso de la sesión inaugural del curso de la Real Academia de Medicina de Zaragoza, acordes con una visión de la profesión médica todavía cercana y propensa a demonizar de inmediato cualquier normativa sobre el tema, sin darse cuenta de que lo único que realmente se quiere proteger con tal regulación es la propia actuación del médico⁸⁵.

Referencia bibliográfica:

ÁLVAREZ GÁLVEZ, IÑIGO. (2002). *La Eutanasia voluntaria autónoma*. Madrid: Dykinson.

AVENILLA ALONSO DE ESCAMILLA. (2001). *Manual de Derecho penal Parte Especial*. Colex.

BARQUÍN SANZ, JESÚS. (2001). *Eutanasia y Derecho. La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro*. Granada: Comares.

DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO. (1996). *El tratamiento jurídico de la eutanasia. El tratamiento jurídico penal y doctrinal de la eutanasia en España*. Valencia: Tirant lo blanc.

DEPARTAMENT DE SANITAT I SEGURETAT SOCIAL DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. *Guía sobre el documento de voluntades anticipadas (DVA)*. Barcelona: Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. (1996). *El tratamiento jurídico de la eutanasia, Eutanasia y Derecho*. Valencia: Tirant lo blanc.

DWORKIN, RONALD. (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel.

⁸⁵ Discurso del Dr. D. Fernando Tormo García, pronunciado el día 23 de enero de 2003 (pendiente de publicación).

DWORKIN, RONALD. (2000). *La eutanasia y el auxilio médico al suicidio*. Madrid: Cambridge University Press.

GONZÁLEZ RUS, J.J. (2000). *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Marcial Pons.

GONZÁLVEZ, FRANÇOIS. (1996). *Tratamiento jurídico de la eutanasia. La eutanasia en Francia: un problema jurídico y social*. Valencia: Tirant lo blanc.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. (1993). *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Málaga: Grupo de Estudios de Política Criminal.

<http://www.eutanasia.ws/textos/Not05abrilencuesta.doc>

MARCOS DEL CANO, ANA MARÍA. *La Eutanasia, estudio filosófico-jurídico*. Madrid: Marcial Pons.

MORA MOLINA, JUAN JESÚS. (2002). *Holanda: entre la vida y la muerte*. Valencia: Tirant lo blanc.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (2001). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo blanc.

NÚÑEZ PAZ, MIGUEL ÁNGEL. (1999). *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Tecnos.

PALOMARES BAYO, MAGDALENA, LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, JAVIER (Coord.). (2002). *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*. Granada: Comares.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. (2002). *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo.

TOLEDANO TOLEDANO, JESÚS R. (1999). *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*. Barcelona: Atelier.

VALLE MUÑIZ, J. M.. (1999). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, art 143*. Pamplona: Aranzadi.