

EL NUEVO MODELO ESPAÑOL DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO COMO DERECHOS: CONTENIDO Y VALORACIÓN CRÍTICA

FERNANDO REY MARTÍNEZ
Universidad de Valladolid

Resumen: Este artículo analiza críticamente la nueva Ley española reguladora de la eutanasia y del suicidio asistido. Se concluye que la norma parece conforme a Constitución en sus rasgos esenciales, aunque podría haber tres posibles motivos de inconstitucionalidad: la posibilidad de que sea el médico y no el paciente quien inicie el proceso en caso de que éste tenga alguna incapacidad de hecho (art. 6.4); la ausencia de regulación específica del control a posteriori de la prestación de ayuda para morir y el hecho de no exigir que en el procedimiento intervenga un psiquiatra o un psicológico clínico. Desde el punto de vista de las políticas públicas necesarias en la ecología del derecho a un proceso de muerte en condiciones dignas, también se precisaría una ley estatal básica de cuidados paliativos que completara y diera sentido a lo dispuesto en esta otra ley. Se concluye también que el derecho a la prestación de ayuda para morir es un nuevo derecho fundamental, pero de interpretación estricta y carácter subsidiario.

Palabras clave: Eutanasia. Suicidio asistido por médico. Ley española reguladora de la eutanasia. Derecho a la ayuda para morir. Eutanasia como derecho fundamental.

Abstract: This article critically analyses the new Spanish Law regulating euthanasia and assisted suicide. It is concluded that the law appears in accordance with the Constitution in its essential features, although there could be three possible reasons for unconstitutionality: the possibility that it is the doctor and not the patient who initiates the process in case the patient has any incapacity in fact (art. 6.4); the absence of specific regulation of ex-post control of the provision of aid to die and the non-demanding that a psychiatrist or clinical psychological intervene in the procedure. From the point of view of the necessary public policies in the ecology of the right to a death process with dignity,

a basic state palliative care law would also be required to supplement and make sense of the provisions of this other law. It is also concluded that the right to aid to die is a fundamental new right, but of strict interpretation and subsidiary character.

Keywords: Euthanasia. Physician-assisted suicide. Spanish Bill regulating euthanasia. Right to help to die. Euthanasia as a fundamental right.

SUMARIO: 1. Introducción: la singular travesía de un delito que se convierte, de un día para otro, en derecho individual. 2. Regulación del suicidio asistido y la eutanasia en la ley orgánica. 2.1 El Preámbulo: la eutanasia, un nuevo derecho individual, ya que no existe un deber constitucional de tutelar la vida a toda costa y en contra de su titular y sí existe una demanda social en este sentido. 2.2 Titulares activos del derecho a la eutanasia y el suicidio asistido. 2.3 Contexto eutanásico que justifica la aplicación del nuevo derecho. 2.4 Procedimiento ordinario. 2.5 Procedimiento en situación de incapacidad de hecho del paciente. 2.6 Derechos de los profesionales sanitarios (objeción de conciencia) y de todas las personas a las que se puede aplicar la Ley. 2.7 Las Comisiones de Garantía y Evaluación. 2.8 Modificación del Código Penal. 3. Valoración crítica de la ley. 4. Conclusión: el nuevo y subsidiario derecho fundamental a la ayuda para morir.

1. INTRODUCCIÓN: LA SINGULAR TRAVESÍA DE UN DELITO QUE SE CONVIERTE, DE UN DÍA PARA OTRO, EN DERECHO INDIVIDUAL

En el momento en que la nueva Ley reguladora de la eutanasia entra en vigor, una conducta que hasta ese momento era sancionada penalmente por el artículo 143 CP, la ayuda para morir en un determinado contexto (enfermedad terminal o padecimiento grave, crónico e imposibilitante) se convierte en un derecho legal, tanto si la muerte es causada directamente por un equipo médico a petición del enfermo (eutanasia), cuanto si este es quien se auto administra la sustancia letal auxiliado por el equipo médico (suicidio asistido) Esta abrupta y compleja transición, como cabe suponer, responde a profundos cambios valorativos en la comunidad sobre la posición que han de tener las personas en la

toma de decisiones que afectan al final de su propia vida. Es evidente que se amplía, y de qué modo, el ámbito de libertad o autonomía personal y se rompe el último dique simbólico del deber estatal de protección de la vida en este contexto, una vez despenalizadas ya hace años con claridad tanto la eutanasia pasiva (o limitación de esfuerzo terapéutico) como la eutanasia activa indirecta (o medidas paliativas de doble efecto: alivio del dolor y aceleración del proceso de morir).

Sigue habiendo muy pocos Estados en el mundo que hayan despenalizado la eutanasia y/o el suicidio asistido por médico, aunque la tendencia parece ser esa¹. El modelo español presenta, en este marco, algunas singularidades. A mi juicio, la más importante es que, a diferencia de la mayoría de las regulaciones comparadas, que configuran la eutanasia o el suicidio asistido no como auténticos derechos subjetivos individuales, sino como una excepción al deber estatal de protección de la vida, y, por tanto, de interpretación estricta y limitada (al menos, en teoría), el modelo español convierte tales conductas en un derecho de configuración legal e, incluso, por su conexión con derechos constitucionales como la libertad y la integridad personal, en un derecho fundamental. Entender que este derecho es constitucional o fundamental y no simplemente legal arrojaría consecuencias trascendentales en cuanto a sus garantías (por ejemplo, el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²) y rigidez normativa: no podría ser ya jamás derogado. Junto a este factor, la Ley española ofrece, hasta donde se me alcanza, tres peculiaridades que, sumadas, permiten definir un modelo diferente del resto.

1.^a La tradición cultural católica. A mi juicio, los países que cuentan con regulaciones que permiten la eutanasia o el suicidio asistido pueden clasificarse también en dos categorías principales: el modelo holandés, que es el adoptado también en Bélgica y Luxemburgo, caracterizado por permitir la eutanasia de una manera amplia y sin apenas control real posterior (en Holanda, por ejemplo, la primera vez desde la aprobación de su Ley en 2002 que un médico que ha

¹ Para un análisis de la experiencia comparada y de muchos otros aspectos en relación con estos temas, son recomendables dos textos recientes: Ana María Marcos y Javier de la Torre (editores), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 2019; y GIMBEL, J. F., *El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas*, INAP, Madrid, 2020.

² De hecho, como veremos, ya la Ley, que es orgánica porque desarrolla derechos fundamentales, determina, en su Disposición adicional quinta, que las decisiones denegatorias de la prestación de ayuda a morir pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa por la vía de la protección preferente y sumaria que la Constitución (art. 53.2) reserva a los derechos fundamentales más protegidos, los de la sección primera del capítulo II del Título I.

practicado una eutanasia, en este caso a un paciente con demencia pero sin un documento claro de voluntades previas, ha tenido que responder ante la justicia penal ha sido en 2019³), y el modelo de Oregón o anglosajón que permite, fundamentalmente, el suicidio asistido (aunque más tarde se fue abriendo la posibilidad a la eutanasia en algunos otros Estados) pero con un procedimiento nítido, aunque estricto y, por tanto, con mayores garantías de control frente a eventuales abusos. Este modelo de Oregón se ha exportado a diversos Estados norteamericanos⁴, pero también a Canadá y a los Estados de Territorio del Norte⁵ y Victoria⁶, en Australia, y, más recientemente, a Nueva Zelanda⁷. A estos dos modelos quizá pudiera añadirse el suizo, que es peculiar porque, en realidad, su ordenamiento no permite ni eutanasia ni suicidio asistido, sino que tan «solo» no castiga penalmente la ayuda al suicidio si no es por razones egoístas; y el colombiano también es singular porque el reconocimiento del derecho es amplio, pero al ser más judicial que legislativo, apenas se aplica en la realidad.

Pues bien, nuestro ámbito cultural, a diferencia del de los países donde se permite la eutanasia y/o el suicidio asistido por médico, y con la sola excepción de Colombia, es de tradición católica. Y no solo por la influencia política que aún ahora pueda tener su jerarquía (que es declinante), sino por las categorías mentales de la mayoría de la población, sobre todo la de cierta edad, educada durante generaciones en el rechazo frontal y sin excepciones de la eutanasia como un mal moral y en el cuidado de los mayores hasta la muerte por sus familiares como un bien moral. El catolicismo, a diferencia de la Reforma, tiene una impronta comunitarista más que individualista⁸; de modo que, en principio, valora menos que ésta el principio de autonomía personal. Quizá eso explique, por ejemplo, junto con otras causas, por qué en Bélgica la comunidad que habla

³ Consejos regionales de verificación de la eutanasia: Informe anual (2019), p. 5.

⁴ Hasta ahora: Vermont (2013), Washington (2008), Montana (2015), California (2016), Colorado (2016) y Hawaii (2018). En California, durante el primer año de aplicación de la ley, 2017, se administraron 577 dosis letales, pero solo se emplearon 374. Por cierto, el 90 % blancos; parecido número de mujeres y de hombres; el 90,4 %, mayores de 60 años: el 83,4 %.

⁵ Aunque su *Rights Terminally Ill Act* (1995) solo estuvo vigente dos años (llegó a aplicarse a tres personas) porque se consideró que los Estados eran incompetentes para regular esta materia, que la Federación prohibió mediante la *Euthanasia Laws Act* (1997).

⁶ La *Voluntary Assisted Dying Bill* (2017) ha entrado en vigor el 19 de junio de 2019. El modelo de Victoria sigue estrictamente el patrón de Oregón: solo se permite el suicidio asistido (y no la eutanasia) y solo para los enfermos terminales.

⁷ *End of Life Choice Bill* (2020).

⁸ Por eso no sorprende, por ejemplo, que, como ha observado GLENDON, M. A. («The forgotten crucible: the latin american influence on the universal human rights idea», en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 27-39), la influencia latinoamericana sobre la Carta de Naciones Unidas se deje notar sobre todo en los preceptos dedicados a la familia y a la justicia social y económica o en la correlación entre derechos humanos y deberes (p. 33).

holandés fue la que solicitó la eutanasia en un 76% en 2018 y un 77,3% en 2019, frente al 24% de 2018 y el 22,7% de 2019 de los que hablan francés⁹.

La Conferencia episcopal española emitió una «nota» el 11 de diciembre de 2020 «ante la aprobación en el Congreso de los Diputados de la Ley de la Eutanasia» oponiéndose y llamando a la objeción de conciencia frente a ella. Desde luego, comparto completamente su crítica a que la Ley española ha tenido «una tramitación sospechosamente acelerada», en un tiempo extraño como es el de la pandemia y «sin diálogo público». Sobre esto volveré más adelante. Es una nota muy breve, pero en ella se recogen los principales argumentos que suelen esgrimirse en todo el mundo contra la aprobación de la eutanasia¹⁰: (1) la «ruptura moral» que supone el cambio de los fines del Estado (de proteger la vida a causar la muerte de algunas personas) y de la profesión médica (de curar y aliviar el dolor de los enfermos, a provocar intencionadamente su muerte); (2) la pendiente resbaladiza («la experiencia de los pocos países donde se ha legalizado nos dice que la eutanasia invita a la muerte de los más débiles»); (3) el posible riesgo de abuso sobre las personas más vulnerables (que pueden experimentarse como «una carga para la familia» y como «un peso social», y, por ello, pueden verse condicionadas a pedir la muerte cuando una Ley les presiona en esa dirección») La nota de la Conferencia episcopal claramente se pronuncia a favor de los cuidados paliativos y del acompañamiento integral del enfermo, también en su dimensión espiritual, como alternativa a la eutanasia. Estos argumentos tienen cierto peso y recuerdan que no es razonable aproximarse a este asunto de modo frívolo o irreflexivo¹¹.

Recordemos cómo el Tribunal Supremo federal de Canadá argumentó en *Carter v. Canadá* (6 de febrero de 2015) que la prohibición de la eutanasia hasta ese momento en el ordenamiento canadiense perseguía, en principio, una finalidad constitucionalmente legítima: proteger a las personas vulnerables,

⁹ Commission fédérale de Contrôle et d'Évaluation de l'Euthanasie 2018-2019, Service public fédéral, santé publique, 2020, p. 4. La Comisión se pregunta en ese mismo informe por las causas de una desproporción tan significativa que se produce sistemáticamente todos los años, concluyendo que es preciso analizarlas de modo específico y que posiblemente se deba a varias razones, entre ellas, «las actitudes socioculturales» (p. 13).

¹⁰ En este mismo sentido, recientemente: DE LA TORRE, J., «Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar», en Ana María Marcos y Javier De La Torre (editores), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*. Ed. Dykinson, Madrid, 2019, pp. 15-32.

¹¹ Entre otros muchos autores, pero refiriéndose en concreto a la norma española, encontramos, por ejemplo, a MARCOS, A. M. («La eutanasia: propuesta de regulación en España», en «Eutanasia y suicidio asistido...», *ob. cit.*, pp. 53-75) quien observa las dificultades de autenticar la autonomía del paciente (ya que se halla en situación de vulnerabilidad), sobre todo en el caso de instrucciones previas; la paradoja de «aniquilar la autonomía invocándola»; o la idea de la intangibilidad de la vida humana, que es asunto no solo individual, sino social.

evitando que fueran inducidas a suicidarse o a que un tercero pusiera fin a su vida en un periodo de especial debilidad. Sin embargo, concluyó que una regulación de la eutanasia correctamente establecida podría superar ese obstáculo.

Además, desde otro enfoque la eutanasia y/o el suicidio asistido podrían considerarse como una forma de protección o ayuda a las personas en una situación límite por parte del Estado y de los profesionales sanitarios; además de tener en cuenta, por cierto, la propia libertad (también constitucional) de decisión de aquellas (argumento deliberada y absolutamente omitido por la Nota); y, por otro lado, una regulación establecida con inteligencia y garantías podría perfectamente conjurar el riesgo de la pendiente resbaladiza y de la presión indebida sobre los enfermos. Es verdad que el modelo holandés inspira sospechas de pendiente resbaladiza a muchos, pero el modelo anglosajón no lo hace, como demuestran los números de unos y de otros. En Holanda, con una población de seis millones y medio, fallecieron por eutanasia, en 2019¹², 6.361 personas, mientras que en Oregón, con una población de cuatro millones doscientos mil, lo hicieron 188 personas en ese mismo año¹³.

El argumento de los cuidados paliativos como alternativa absoluta a la eutanasia tampoco me parece convincente. Es evidente que deben garantizarse los cuidados paliativos de calidad a toda la población, lo que no ocurre aún en nuestro país. Es evidente también que allí donde se presta este tipo de servicio, la demanda de eutanasia y/o suicidio asistido disminuye drásticamente porque lo que la mayoría de la gente desea no es tanto no morir (algo inevitable) cuanto no sufrir dolor en ese proceso (algo casi siempre evitable). Aún más; en otros textos me he mostrado partidario de considerar los cuidados paliativos como un derecho fundamental, de tipo prestacional, nuevo: el derecho frente al dolor físico, cuya existencia entiendo que se halla en la penumbra del derecho a la integridad personal del artículo 15 CE. Tampoco podemos olvidar el hecho significativo de que en Bélgica y en Luxemburgo se aprobaron sendas leyes garantizando cuidados paliativos a toda la población el mismo día en que también se confirmaban las respectivas leyes de eutanasia. Todo esto es verdad. Pero incluso garantizando seriamente el derecho a los cuidados paliativos, subsiste la cuestión de los enfermos que o bien tienen síntomas refractarios, resistentes a la medicación o a los tratamientos, o bien tienen enfermedades degenerativas o discapacidades severas de las que no cabe esperar un fallecimiento próximo pero que les generan padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes, como reza la Ley española. Los cuidados paliativos ayudan mucho a solu-

¹² Consejos regionales de verificación de la eutanasia: Informe anual (2019), p. 5.

¹³ Oregon Death with Dignity Act, 2019, Data Summary, p. 3. Aunque recibieron el medicamento 290 personas. Entre 1997 y 2019, fallecieron 1.657 personas (recibieron el medicamento 2.518).

cionar el problema, pero no del todo. Su simple apelación no puede servir, por consiguiente, para escamotear la necesidad de afrontar jurídicamente algunas situaciones dramáticas que no pueden evitar.

Las ideas expuestas por la Nota de la Conferencia episcopal me parecen respetables (ya que pueden servir de orientación a muchas personas que libremente las adopten) y también consistentes en general, aunque derrotables. Hay en esa misma Nota, sin embargo, un argumento que me parece débil y malicioso en cuanto supone un juicio negativo (y un tanto conspirativo) de intenciones. Se insinúa en la Nota inicialmente cuando se afirma, críticamente, que la Ley «hace juego con la visión antropológica y cultural de los sistemas de poder dominantes en el mundo» y, poco después, se concreta el argumento en el párrafo quinto: «La muerte provocada no puede ser un atajo que nos permita ahorrar recursos humanos y económicos en los cuidados paliativos». La idea según la cual la regulación de la eutanasia persigue ahorrar costes a la seguridad social y a la sanidad también fue defendida por el portavoz parlamentario del PP en el debate de la Ley en el Congreso, pero supone atribuir una intención homicida y avariciosa al mismo tiempo a todos los que aprueban la norma y eso me parece mucho suponer.

En cualquier caso, retomando el hilo principal de la argumentación, cabe observar que la regulación española es singular en el derecho comparado por su tradición cultural de impronta católica. Solo Colombia es comparable, pero también hay diferencias porque en Colombia el reconocimiento del «derecho a morir dignamente» (en el sentido estricto de eutanasia activa directa) se hizo inicialmente por vía judicial, no legislativa (Sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997; la Sentencia T-970 de 2014 denunció que la ausencia de regulación a esa fecha impedía la realización de la eutanasia); la eutanasia no se haya todavía regulada por una Ley, sino por una Resolución del Ministerio de Salud y Protección Social, la número 1216 de 2015¹⁴; y, en consecuencia, es una práctica marginal, de escasos asuntos: entre 2015 y 2019, solo 94 casos¹⁵, lo cual da idea de la inseguridad que aún rodea al procedimiento. La regulación reglamentaria colombiana permite la eutanasia solo para los enfermos terminales capaces y conscientes (o incapaces e inconscientes que hayan dejado un documento de voluntad previa en ese sentido) solo tras haberles ofrecido cuidados paliativos. El procedimiento es gratuito. Otra semejanza relevante con la legislación española es que hay un control de verificación previo de los requisitos de la eutanasia

¹⁴ Otra Resolución, la 825 de 2018, regula la práctica de la eutanasia para los menores de edad, tras la Sentencia de la Corte Constitucional T-544 (2017) en este sentido, pero por el momento parece que no se ha aplicado en ningún caso todavía. Ver, CORREA, L., en [Www.desclab.com](http://www.desclab.com), consultado el 29 de enero de 2020, 9.35.

¹⁵ CORREA, L., en [Www.desclab.com](http://www.desclab.com), consultado el 29 de enero de 2020, 9.40.

por parte de un «comité científico interdisciplinar» integrado por un médico especialista, un abogado y un psiquiatra o psicólogo clínico.

2.^a Otra singularidad del modelo español es que la regulación legislativa surge directamente del legislador y no de la jurisdicción constitucional u ordinaria, esto es, sin un proceso de decantamiento jurídico previo y gradual que sí existe en la mayoría de los casos: Holanda (donde su Ley es de 2000, pero el asunto ya debutó en 1973, con el famoso caso Postma), Canadá (donde es el Tribunal Supremo federal quien en la Sentencia Carter de 2015 ordena al legislador regular la materia, lo que ha hecho en junio de 2016), Colombia (un caso semejante: la Corte Constitucional reconoce el derecho a la eutanasia en 1997, pero aún no hay una ley que la regule), etc. Es una regulación jurídica que se dicta, además, sin apenas debate público, en particular con los profesionales sanitarios. La opción de la regulación legislativa por la fórmula de la iniciativa parlamentaria («proposición») y no del Gobierno («proyecto») ha hurtado la intervención del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial (puesto que se modifica el Código Penal), pero también de las organizaciones médicas colegiales, de las asociaciones médicas por especialidad, de las principales entidades de bioética del país (como veremos, el Comité de Bioética de España emitió un muy interesante Informe el 30 de septiembre de 2020, informe que nadie le pidió) y de otros actores relevantes. Con las limitaciones derivadas de la situación de pandemia, con un patrón de conducta semejante con otras leyes de gran calado (como la reforma de la educativa, por ejemplo), con una actividad legislativa realizada fundamentalmente a través de Decretos-leyes del gobierno y con una reducción drástica de las posibilidades de participación y control parlamentarios, se produce un resultado cuanto menos inquietante desde el punto de vista de la calidad democrática de la toma de decisiones sobre los principales asuntos sociales. Esto no quiere decir que la Ley sea ilegítima ni que pueda contener una regulación más o menos constitucionalmente adecuada; quiere decir que las formas con que se ha aprobado no son, ni mucho menos, las democráticamente ideales.

3.^a La tercera peculiaridad de la Ley española sobre la que quiero llamar inicialmente la atención, además de otras de carácter técnico que se identifican en el apartado relativo a su valoración crítica, es que, sin duda, y como ella misma dice de sí en el Preámbulo, se trata de una norma que reconoce la eutanasia y el suicidio asistido como auténticos derechos individuales y lo hace de un modo seriamente garantista. La Ley regula detalladamente un procedimiento para la práctica de la eutanasia que pretende evitar toda forma de abuso y de rotura de diques. Por ejemplo, el control previo, además del posterior, que, salvo en Colombia, donde eutanasia y suicidio asistido no se practican con asiduidad, no existe en ningún otro país del mundo. Ciertamente, me parece

mejorable en algunos aspectos, pero, en lo esencial, es una regulación razonable y compatible con la Constitución. No obstante, algún aspecto me parece inconstitucional, como más abajo expondré.

En este estudio describiré en primer lugar la regulación legal; más tardé propondré una valoración crítica de la misma y, por último ofreceré alguna conclusión. La principal, quizá, es que este nuevo derecho a la eutanasia y/ suicidio asistido por médico es un auténtico derecho fundamental más que uno de carácter simplemente legal.

2. REGULACIÓN DEL SUICIDIO ASISTIDO Y LA EUTANASIA EN LA LEY ORGÁNICA

Antes de evaluar críticamente el contenido de la norma, es imprescindible describirlo con cierto detalle.

2.1 El Preámbulo: la eutanasia, un nuevo derecho individual, ya que no existe un deber constitucional de tutelar la vida a toda costa y en contra de su titular y sí existe una demanda social en este sentido

Evidentemente, las exposiciones de motivos de las normas son valiosas para interpretar lo que pretenden sus proponentes y, en consecuencia, para entender cabalmente la nueva regulación. Esta versa solo sobre la «eutanasia activa directa», es decir, «la actuación que produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios» y la conducta próxima que es el suicidio asistido por médico¹⁶. La ley no trata, pues, ni de la eutanasia «pasiva¹⁷» ni de la «activa indirecta¹⁸».

¹⁶ En este caso, «es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre».

¹⁷ Definida en el Preámbulo «como la no adopción de tratamientos tendentes a prolongar la vida y la interrupción de los ya instaurados conforme a la *lex artis*».

¹⁸ Por la que habría que entender «la utilización de fármacos o medios terapéuticos que alivian el sufrimiento físico o psíquico aunque aceleren la muerte del paciente –cuidados paliativos–».

La norma se intenta justificar por «una demanda sostenida de la sociedad actual¹⁹» que se concreta en cinco rasgos: el debate social que el tema suscita de modo recurrente a partir de ciertos casos altamente difundidos²⁰; la creciente prolongación de la duración de la vida con el inevitable deterioro físico/psíquico asociado; el incremento de los medios técnicos capaces de sostener durante un tiempo prolongado la vida de una persona; la secularización de la conciencia social y los valores personales, cada vez, por tanto, menos dependientes de códigos religiosos; y el reconocimiento de la autonomía de la persona también en el ámbito sanitario.

La Ley se propone «dar una respuesta jurídica, sistemática, equilibrada y garantista» a esa demanda social con una regulación que haga convivir armónicamente los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, de un lado, con los también derechos fundamentales de «la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad».

El legislador observa que habría dos modelos de tratamiento normativo de la eutanasia. El primero es el que despenaliza las conductas eutanásicas cuando se considera que quien las realiza no tiene una conducta egoísta, sino compasiva. No se cita ningún país en concreto, pero es fácil reconocer el modelo suizo. El legislador español descarta este modelo porque «da pie a que se generen espacios jurídicos indeterminados que no ofrecen las garantías necesarias». El segundo modelo, por el que se opta, es aquel que considera la eutanasia una práctica legalmente aceptable, aunque sea, por supuesto, bajo ciertas condiciones. En el Preámbulo se recuerda la doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos en el caso *Gross v. Suiza* (2013²¹) para apoyar la opción por el segundo modelo.

¹⁹ En contra de que exista tal demanda, puesto que tan solo hay 263.000 documentos de instrucciones previas en nuestro país, MARCOS, A. M., «La eutanasia...», *ob. cit.*, p. 67.

²⁰ El más famoso es, sin duda, el de Ramón Sampedro, inmortalizado por la película «Mar adentro» de Amenábar. Pero el más reciente, que se ha producido en paralelo a la tramitación de la norma es el de María José Carrasco, una mujer de 61 años con esclerosis múltiple en fase avanzada, a la que su pareja, Ángel Hernández, ayudó a suicidarse el 3 de abril de 2019 en Madrid, a petición de ella, preparándola un vaso con pentobarbital sódico y una pajita. Grabaron la trágica escena en vídeo. El Juzgado de violencia contra la mujer (no sin lógica resistencia puesto que este no es un caso de violencia de género) número 5 de Madrid ha sido quien ha instruido la causa, que se halla pendiente de juicio oral. La fiscalía ha pedido seis meses de prisión para Ángel Hernández. Esta pena supone la no entrada en la prisión. La entrada en vigor de la Ley, con efectos retroactivos favorables al tratarse de la modificación de una norma penal, no parece que pueda ser aplicable a este caso porque la nueva prestación de ayuda para morir se refiere a equipos sanitarios, no a particulares, y a un procedimiento establecido. No deja de resultar paradójico que el nacimiento de esta ley haya sido acelerado por un caso al que no va a poder ser aplicada.

²¹ Concretamente, la idea de que «no es aceptable que un país que haya despenalizado conductas eutanásicas no tenga elaborado y promulgado un régimen legal específico, precisando las modalidades de práctica de tales conductas eutanásicas».

La delimitación del «contexto eutanásico» que justifica la aplicación de la Ley es, como cabe suponer, capital. Vendría determinado por tres factores: unas determinadas condiciones de la situación física de la persona, con el consiguiente sufrimiento físico o mental correlativo; las posibilidades de intervención para aliviar su sufrimiento y las convicciones morales de la persona sobre la preservación de su vida en unas condiciones que juzgue incompatibles con su dignidad personal. Ha de garantizarse la libertad, autonomía y conocimiento de la decisión de poner fin a la propia vida, de modo que se evite toda forma de precipitación y abuso. El contexto eutanásico ha de ser controlado de modo externo a las personas solicitantes y ejecutora, tanto de modo previo (lo cual, como veremos, es una novedad en el Derecho comparado) como posterior. Y ha de reconocerse también el derecho a la objeción de conciencia del personal médico.

En definitiva, hace observar el Preámbulo, la Ley «introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia» conectado con diversos derechos y bienes constitucionales: vida (15 CE), integridad (15 CE), libertad (1.1.16 CE), dignidad (10.1 CE) e intimidad (18.1 CE)²². Según el legislador, «no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida».

2.2 Titulares activos del derecho a la eutanasia y el suicidio asistido

La Ley otorga el nuevo derecho a toda persona que cumpla los siguientes requisitos de edad, nacionalidad, capacidad y consentimiento.

Edad: se requiere mayoría de edad, esto es, 18 años [art. 5.1.a)]. No rige aquí, pues, la doctrina del menor maduro para poder adoptar decisiones autónomas sobre su propia salud e incluso vida (rechazo de tratamiento de soporte vital, por ejemplo) a los mayores de 16 años y menores de 18 del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Nacionalidad: toda persona española, residente legalmente en España o empadronada que pueda acreditar un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses [art. 5.1.a)].

²² «Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad, intimidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico... el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado».

Capacidad y libre consentimiento. Se requiere que el solicitante sea capaz y, además, esté consciente en el momento de pedir la prestación de ayuda a morir [art. 5.1.a)]. La decisión ha de ser «autónoma», es decir, fundada en «el conocimiento sobre su proceso médico, después de haber sido informada adecuadamente por el equipo sanitario responsable» (en la historia clínica hay que dejar constancia escrita de que la información ha sido recibida y comprendida por el paciente) (art. 4.2). La decisión sobre la eutanasia o el suicidio asistido ha de ser completamente «libre» y, por tanto, debe garantizarse, incluso con medidas de accesibilidad y diseño universales y/o ajustes razonables, en este caso especialmente para personas con discapacidad²³, que sea «individual, madura y genuina, sin intromisiones, injerencias o influencias indebidas» (art. 4.3). Como veremos, el procedimiento intentará reflejar este principio de autonomía de diversas maneras.

2.3 Contexto eutanásico que justifica la aplicación del nuevo derecho

Solo se puede solicitar la prestación de ayuda a morir en dos supuestos. Primero: si se sufre «una enfermedad grave e incurable» (art. 5.1.d), definida en la Ley como «la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva» [art. 3.c)].

Segundo supuesto: sufrir «un padecimiento grave, crónico e imposibilitante... certificado por el médico responsable²⁴» [art. 5.1.d)]. La Ley define este tipo de «padecimiento» en el artículo 3.b): «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí misma, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

²³ Para las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas se garantiza expresamente, en la Disposición adicional cuarta, los derechos, recursos y medios de apoyo de la Ley 27/2007.

²⁴ Que es el «facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales» (art. 3 d).

2.4 Procedimiento ordinario

Si el paciente es capaz, el procedimiento ordinario transita por nueve pasos que, si se cumpliera lo previsto por la norma, consumirían en torno a 40 días desde que se dirige la primera solicitud hasta llevar a cabo la prestación de ayuda para morir.

1. Primera solicitud.—Con carácter general, el procedimiento para ejercitar el derecho a la prestación de ayuda para morir en cualquiera de sus «dos modalidades» [art. 3.g)], la eutanasia²⁵ o el suicidio asistido por médico²⁶ de una persona capaz comienza con la formulación de una primera solicitud escrita dirigida a su médico responsable [art. 5.1.c)]. El documento debe estar fechado y firmado por el paciente solicitante, o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de su voluntad inequívoca. Si el paciente no puede firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fecharlo y firmarlo en su presencia. En ese caso, se debe mencionar que el solicitante no puede firmar el documento e indicar las razones (art. 6.1)

El documento de solicitud deberá firmarse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará. Si no es el médico responsable, lo entregará a este. El escrito se debe incorporar a la historia clínica del paciente (art. 6.2).

2. Proceso deliberativo con el médico responsable.—Recibida la solicitud, el médico responsable, en el plazo máximo de dos días, y tras verificar que se cumplen los requisitos de nacionalidad o residencia, mayoría de edad, capacidad y consciencia [art. 5.1.a)], voluntariedad [art. 5.1.c)] y contexto eutanásico [art. 5.1.d)], realizará con el paciente «un proceso deliberativo» sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende toda esa información; en el plazo máximo de cinco días, deberá proporcionársela por escrito al solicitante (art. 8.1).

3. Segunda solicitud y finalización del proceso deliberativo con el médico.—Tras quince días naturales desde la primera solicitud [art. 5.1.c)], el enfermo deberá presentar una segunda solicitud, también escrita, dirigida al médico responsable, quien, en el plazo de dos días, retomará con el paciente el proceso deliberativo «al objeto de atender cualquier duda o necesidad de ampliación de información» (art. 8.1)

²⁵ «Administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente» [art. 3.g)1.ª].

²⁶ «Prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte» [art. 3.g)2.ª].

Si el médico responsable considera que la pérdida de capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar un plazo menor al de los 15 días si lo considera «apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes», que deberá reflejar en la historia clínica [art. 5.1.c)].

4. Decisión de continuar o de desistir.—Transcurridas 24 horas desde la finalización del proceso deliberativo con el médico, este deberá recabar del paciente su decisión de continuar o de desistir de su solicitud.

5. Comunicación de la decisión de continuar y firma del documento de consentimiento informado.—Si el paciente decide continuar con el procedimiento, el médico responsable deberá comunicarlo (art. 8.2):

a) Al equipo asistencial, especialmente a los profesionales de enfermería.

b) En caso de que así lo pida el paciente, a los familiares y allegados que aquel señale.

En este momento, el médico deberá recabar también la firma del documento de consentimiento informado (art. 8.2).

6. Informe de un médico «consultor».—Este segundo médico es un «facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable» (art. 3.e) Tras la firma por el paciente del consentimiento previo, el médico responsable deberá dirigirse a este segundo médico especialista quien, después de estudiar la historia clínica y de examinar al paciente, deberá corroborar que se cumplen todas las condiciones legales expuestas, en el plazo máximo de diez días, a cuyo efecto redactará un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente. Las conclusiones de dicho informe deberán ser comunicadas al paciente (art. 8.3)

En caso de informe desfavorable del médico consultor (o de denegación de la prestación de ayuda a morir por parte del médico responsable —art. 7—) el paciente podrá recurrir a la Comisión de Garantía y Evaluación (art. 8.4).

7. Verificación previa por parte de la Comisión de Garantía y Evaluación (en adelante, CGE).—Tras el informe favorable del médico consultor, el médico responsable lo pondrá en conocimiento del presidente de la CGE (art. 8.5), en el plazo máximo de tres días hábiles, y este designará, en el plazo de dos, a dos miembros de la Comisión, un médico y un jurista, para que «verifiquen si, a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir» (art. 10.1). Estos miembros tendrán acceso a la historia clínica del paciente y

podrán entrevistarse con el profesional médico responsable y con el solicitante (art. 10.2). En el plazo máximo de siete días naturales, emitirán un informe detallado cuyo contenido se detalla en el artículo 12.b)²⁷. Si no hay acuerdo entre los dos miembros de la Comisión, se elevará la verificación al pleno de la CGE, que decidirá definitivamente (art. 10.3).

Si en informe es favorable, este servirá de resolución a los efectos de realización de la prestación (art. 10.3) Deberá ponerse en conocimiento del presidente, quien, a su vez, lo pondrá en conocimiento del médico responsable para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir (art. 10.4) Todo ello en el plazo máximo de dos días naturales.

8. Realización de la prestación de ayuda para morir.—Tras la resolución favorable de la CGE, el médico responsable procederá a la prestación de la ayuda, con «el máximo cuidado y profesionalidad», aplicando «los protocolos correspondientes que contendrán criterios en cuanto a la forma y tiempo de realización de la prestación» (art. 11.1) Si el paciente se encuentra consciente, deberá comunicar al médico responsable la modalidad de la ayuda: eutanasia o suicidio asistido. Si es eutanasia, el médico responsable y el resto de profesionales sanitarios asistirán al paciente hasta el momento de su muerte (art. 11.2) Si es suicidio asistido, el médico responsable y su equipo, «tras prescribir la sustancia que el propio paciente se auto-administrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento» (art. 11.3).

La muerte como consecuencia de la prestación tendrá la consideración legal de muerte natural a todos los efectos (Disposición adicional primera).

9. Comunicación a la CGE tras la realización de la prestación de ayuda para morir.—Realizada la prestación de ayuda para morir, y en el plazo máximo de cinco días hábiles, el médico responsable deberá remitir a la CGE de su comunidad o ciudad autónoma dos documentos con determinada información, el primero con los datos de los principales actores que han participado en el procedimiento y el segundo con los datos de contenido relevantes del mismo (art. 12²⁸).

²⁷ Hay aquí una evidente incoherencia sistemática porque la remisión a los datos del artículo 12 se refiere al caso en el que el paciente ya ha fallecido; por eso, algunos datos del artículo 12. B) no sirven para el primer informe del CGE. Descontados estos, los que sí valen son: Sexo y edad del solicitante; descripción de la patología padecida; naturaleza del sufrimiento continuo e insoportable y razones por las cuales se considera que no tenía perspectivas de mejoría; información la voluntariedad, reflexión y reiteración de la petición, así como sobre la ausencia de presión externa; copia del documento de instrucciones previas, si existiera; procedimiento seguido por el médico responsable para realizar la ayuda para morir; y capacitación de los médicos consultores y fechas de las consultas.

²⁸ El documento «primero» con estos datos: nombre completo y domicilio del paciente; datos personales y profesionales del médico responsable y del médico consultor; si el paciente hubiera

2.5 Procedimiento en situación de incapacidad de hecho²⁹ del paciente

La regla general de que el paciente sea capaz y consciente en el momento de la solicitud [art. 5.1.a)] y que la decisión sea «autónoma» (art. 4.2) conoce una excepción, prevista en el artículo 5.2: si el médico responsable certifica que el paciente (que ha de ser mayor de edad y español, residir legalmente en España o con empadronamiento superior a doce meses) no se encuentra en pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para formular las dos solicitudes antes mencionadas ni su consentimiento informado para recibir la prestación de ayuda para morir, el paciente podrá recibir, no obstante, esta prestación si se cumplen dos condiciones: 1.^a Se da el contexto eutanásico, es decir, el paciente sufre una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante, y 2.^a El paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas en ese sentido. En caso de haber nombrado representante en ese documento, será el interlocutor válido para el médico responsable.

La solicitud de la prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico responsable no por el paciente, obviamente, sino por otras dos personas: 1.^a Persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas suscrito con anterioridad por el paciente, y 2.^a En caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata (art. 6.4).

El artículo 5.2 remite los criterios de valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable a los protocolos de actuación que, en su momento, se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

También en este caso se exige que un médico consultor corrobore el cumplimiento de las condiciones legales (art. 8.3) El médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas (art. 9). Obviamente, al no estar consciente el paciente, la prestación de ayuda para morir solo se podrá realizar en la modalidad de eutanasia y no de suicidio asistido por médico (art. 11.1).

formulado un documento de instrucciones previas en el que hubiera designado un representante, datos de este. El documento «segundo» exige los datos expuestos en la nota anterior, a los que habría que añadir (ahora sí): fecha y lugar de la muerte y tiempo transcurrido desde la primera y última petición hasta la muerte de la persona.

²⁹ La «situación de incapacidad de hecho» es definida en el artículo 3.h): «Situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficiente para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica».

2.6 Derechos de los profesionales sanitarios (objeción de conciencia) y de todas las personas a las que se puede aplicar la Ley

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir podrán ejercer su derecho a la objeción de conciencia. Este derecho, que el artículo 3.f) define como el «derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones», es una decisión individual de cada profesional que deberá manifestarse anticipadamente y por escrito (art. 16.1). Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, sometido al principio de estricta confidencialidad y a la normativa de protección de datos de carácter personal (art. 16.2).

Por su parte, a los solicitantes se les reconoce diversos derechos en la Ley:

a) Obviamente, el principal es el derecho a la prestación de ayuda para morir bajo las condiciones que se estipulan legalmente (art. 4.1).

b) El solicitante tiene el derecho a revocar su decisión en cualquier momento (art. 6.3). También podrá pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda para morir (art. 6.3).

c) Gratuidad. La prestación de ayuda para morir estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y será de financiación pública, es decir, gratuita para el solicitante (art. 13.1).

d) La prestación de ayuda para morir podrá hacerse en centros sanitarios públicos, privados o concertados e incluso en el propio domicilio sin que puedan resultar menoscabados ni el acceso ni la calidad asistencial (art. 14).

e) Derecho a un equipo médico imparcial: no podrá intervenir profesional alguno que pudiera incurrir en conflicto de intereses o pudiera resultar beneficiado de la práctica de la eutanasia (art. 14).

f) Intimidad y confidencialidad. Los centros sanitarios que realicen la prestación de ayuda para morir adoptarán las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el tratamiento de sus datos de carácter personal (art. 15.1) Deberán contar con sistemas de custodia activa de las historias clínicas de los pacientes e implantar en el tratamiento de los datos las medidas de seguridad de nivel alto previstas en la legislación de protección de datos (art. 15.2)

g) Derecho de reclamación administrativa y, en su caso, judicial frente a eventuales denegaciones de la prestación. La denegación de la prestación por el médico responsable, deberá hacerse por escrito y de manera motiva-

da (art. 7.1) Contra dicha denegación, el solicitante podrá presentar en el plazo máximo de quince días hábiles una reclamación ante la CGE competente. El médico responsable está obligado a informarle de esta posibilidad (art. 7.2). El médico responsable que deniegue la solicitud, con independencia de que se haya o no formulado una reclamación ante la CGE, deberá remitir a esta, en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la denegación, los dos documentos de datos del artículo 12, adaptando el documento segundo para incluir los datos clínicos relevantes para la evaluación del caso y por escrito el motivo de la denegación (art. 7.3).

Si la denegación de la solicitud de la prestación de la ayuda para morir procede del médico consultor, el paciente podrá recurrir a la CGE con el mismo procedimiento del médico responsable del artículo 7.2.

Si el informe desfavorable procede de los dos miembros de la CGE que deben evaluar la solicitud inicialmente, el paciente puede reclamar ante la Comisión (sin que puedan participar los dos miembros de la Comisión que han realizado el informe), que deberá resolver en el plazo máximo de veinte días naturales [art. 18.a)]. El mismo procedimiento se aplica a las denegaciones que procedan del médico responsable o del consultor. Las resoluciones de la Comisión desfavorables a la solicitud, podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 10.5) Este recurso se tramitará por el procedimiento previsto para la protección preferente y sumaria de los derechos fundamentales de la persona en la legislación sobre la jurisdicción contencioso-administrativa (Disposición adicional quinta).

2.7 Las Comisiones de Garantía y Evaluación

Se trata de órganos fundamentales para la cabal aplicación de la nueva Ley porque son los que ejercen el control previo y posterior de la prestación de ayuda para morir. Deberán crearse (art. 17) como órgano administrativo y dotarse de régimen jurídico por el respectivo gobierno en todas las Comunidades Autónomas y también constituirse como máximo en los tres meses siguientes desde que se publica la Ley en el *BOE*. Se muestra aquí la preocupación del legislador por «acelerar» la puesta en marcha de estas Comisiones porque la Ley Orgánica entra en vigor a los tres meses de su publicación en el *BOE*, salvo, precisamente, este artículo 17, que (por un cambio que introdujo la tramitación de la proposición en el Senado) entra en vigor desde la publicación de la Ley Orgánica en el *BOE* y no tres meses después.

Las Comisiones de Ceuta y Melilla serán creadas y reguladas por el Ministerio de Sanidad. Con una composición multidisciplinar (entre ellos, necesariamente, personal médico y de enfermería y juristas) y un mínimo de siete miembros; no se establece un número máximo. Cada Comisión (finalmente, habrá 19 en total) elaborará un reglamento de régimen interno, autorizado por la respectiva administración autonómica (en el caso de las Ciudades autónomas, por el Ministerio de Sanidad). En tanto no se apruebe ese reglamento, serán de aplicación las reglas generales para los órganos administrativos colegiados de la sección 3.^a del capítulo II del título preliminar de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disposición transitoria única). El Ministerio de Sanidad y los presidentes de las CGE de las Comunidades Autónomas se reunirán anualmente, bajo la coordinación del Ministerio, para homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas (art. 17.5)

Los miembros de las CGE están obligados a guardar secreto sobre el contenido de sus deliberaciones y a proteger la confidencialidad de los datos personales que, sobre profesionales sanitarios, pacientes, familiares y allegados hayan podido conocer en su condición de miembros de la Comisión (art. 19).

Las funciones de las CGE se detallan en el artículo 18. Ya se ha señalado la de resolver sobre las denegaciones de prestación del médico responsable, del médico consultor o del informe de los dos miembros de la CGE. También resolverá si este informe no se ha evacuado por existir disparidad de criterios entre los dos miembros, en el plazo de 20 días naturales. Igualmente, dirimirá los posibles conflictos de intereses que pudiera haber respecto del equipo médico y el paciente (art. 14).

Si la resolución es favorable a la prestación de ayuda para morir, la CGE requerirá a la dirección del centro sanitario para que en el plazo máximo de siete días naturales facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios.

Si transcurre el plazo de los 20 días naturales y la CGE no dicta resolución, se entiende que el silencio es negativo y queda abierta la posibilidad de recurso contencioso-administrativo.

Otra función extraordinariamente relevante de la CGE es la de verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado cumpliendo todos los requisitos legales [art. 18.b)]. Para ello utilizará, en principio, solo los datos del documento segundo del artículo 12, es decir, sin los datos personales ni profesionales de los participantes en la prestación. No obstante, en caso de duda, la CGE podrá por mayoría simple levantar el anonimato y acceder al documento primero. En este caso, si la imparcialidad de algún miembro de la CGE se considerara afectada, este podrá retirarse volunta-

riamente o ser recusado. También podrá acceder la CGE, por mayoría simple, a la historia clínica del paciente que guarde relación con la realización de la prestación de ayuda para morir.

Así pues, las CGE realizan un control de legalidad previo y posterior a la prestación. La Ley les asigna otras funciones que podríamos considerar complementarias, como la de detectar posibles problemas en el cumplimiento de la norma, proponiendo mejoras concretas para su incorporación en los manuales de buenas prácticas y protocolos (art. 18.c³⁰); resolver dudas o cuestiones que puedan surgir durante la aplicación de la Ley, sirviendo de órgano consultivo en su ámbito territorial [art. 18.d)]; elaborar y hacer público un informe anual de evaluación de la aplicación de la Ley en su territorio, que deberá remitirse a la consejería de salud respectiva [art. 18.e)]³¹; y, en general, aquellas que puedan atribuirles los gobiernos autonómicos o, en el caso de Ceuta y de Melilla, el Ministerio de Sanidad [art. 18.f)].

2.8 Modificación del Código Penal

La Ley modifica el apartado cuarto del artículo 143 del Código Penal en este sentido: «4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de ésta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3³²». En esta nueva redacción, se cambia el tenor literal del contexto eutanásico del artículo 143.4 CP a partir de la definición del artículo 5.1.d). La «enfermedad grave que conduzca necesariamente a la muerte» se contrae ahora, creo que sin alterar en lo más mínimo su significado, a la fórmula: «enfermedad grave e incurable». Y «los graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar» de la redacción inicial del artículo 143.4 CP se transforman ahora en la ya citada fórmula: «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», que sí precisa y cambia, por ello, el sentido de la primera redacción.

³⁰ La Disposición adicional sexta ordena al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaborar en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la aplicación concreta de la Ley, asegurando la igualdad y la calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir.

³¹ Y las consejerías de salud deberán remitir este Informe al Ministerio de Sanidad (disposición adicional tercera) Los datos conjuntos serán hechos públicos y presentados por el Ministerio.

³² Que se refieren a la cooperación necesaria al suicidio de otra persona, incluso si llega hasta el punto de ejecutar la muerte.

En cualquier caso, lo relevante de la nueva redacción del Código Penal es que se añade un apartado, el quinto, de este tenor: «5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia». En otras palabras: se sigue manteniendo la atenuación de la pena que ya existía para la cooperación al suicidio ajeno cuando no se respete alguno de los requisitos de la nueva regulación legal de la eutanasia o el suicidio asistido, pero se llega a la exención de la responsabilidad penal si se realiza observando lo previsto en dicha regulación.

3. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA LEY

La Ley me merece un juicio global positivo desde el punto de vista de su constitucionalidad y de las garantías que proporciona frente a eventuales abusos y rotura de diques del deber estatal de protección de la vida. No obstante, también en mi opinión, ofrece algunos puntos vulnerables susceptibles de reproche y mejora. Expondré los principales.

1.^a La aprobación legislativa apresurada y poco reflexiva ya ha sido mencionada y no tiene reparación. De nuevo, tengo que insistir que el reconocimiento de un derecho como este debería hacerse, idealmente, reformando la Constitución y, a poder ser, con un referéndum *ad hoc*, como han hecho recientemente los neozelandeses (el 17 de octubre de 2020³³) o hicieron en su día los ciudadanos de Oregón³⁴ y en otros Estados de la Unión. De no ser así, cabría esperar, al menos, un procedimiento legislativo que se abriera a un debate más profundo y plural que el partidista.

2.^a La justificación de la Ley en el Preámbulo descansa en la «demanda sostenida de la sociedad actual» mostrada por el debate social de casos recurrentes; la creciente prolongación de la vida y paralelamente del deterioro físico o psíquico de los pacientes; los abusos de una medicina de aparatos; la secularización de los valores personales y el reconocimiento de la autonomía personal en el ámbito sanitario. Ciertamente, todos ellos son hechos objetivos.

³³ La eutanasia fue aprobada con el 65,2% de los votos emitidos. En ese mismo día se votaron las elecciones generales y la legalización del uso (no medicinal) del cannabis, que fue derrotada por el 51,17%.

³⁴ La *Dead Whit Dignity Act* (8 de noviembre de 1994) no fue aprobada por el legislador estatal, sino por referéndum popular (con el voto favorable del 51%), permitido como forma de aprobación de leyes por el artículo IV, sección I de la Constitución de Oregón.

Sin embargo, no se deriva de ellos necesariamente el reconocimiento de un derecho a la eutanasia o el suicidio asistido. Si esto fuera así, la eutanasia estaría permitida como regla general en la mayoría de los países. La «demanda social» tiene que ver más, en general, con un proceso de morir sin dolor que con una prestación directa de ayuda a morir, configurada, además, del modo generoso con que se hace en la norma. De hecho, la eutanasia será, incluso reconocida legalmente, una actividad subsidiaria y secundaria, rodeada de requisitos, condiciones, procedimientos y controles estrictos, para una serie de casos que no hayan podido ser resueltos ni por la medicina paliativa ni por la limitación de esfuerzo terapéutico. La eutanasia y el suicidio asistido son el último recurso ante una situación de dolor y sufrimiento extremos, no la primera elección de un enfermo grave.

Así pues, la demanda social sostenida de la eutanasia así anunciada no me parece un motivo ni suficientemente probado (más allá de la reacción social hacia ciertos casos límite y del deseo generalizado de ausencia de dolor en los tramos finales de la vida), ni suficientemente sincero pues la elaboración de la norma ha evitado a aquellos sujetos que son precisamente sus principales aplicadores: los profesionales sanitarios, ni suficientemente consistente porque, desde mi punto de vista, la justificación más sólida de la eutanasia se remite al valor constitucional de la libertad/autonomía de una persona en aquellos casos en los que el dolor o sufrimiento son objetivamente extremos y subjetivamente intolerables y no al discutible valor de unas encuestas.

El Preámbulo alude a los derechos fundamentales en presencia, pero, creo, no de una manera excesivamente precisa. Se conecta la eutanasia con el derecho a la vida (art. 15 CE), cuando es, más bien, su excepción y esto no se señala³⁵. También se mencionan, de corrido y sin sopesar su importancia al caso, la integridad (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18 CE). El legislador ha optado por acumular por

³⁵ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2021 (rec. 6395/2019), en su fundamento cuarto, ha vuelto a confirmar la doctrina del Tribunal Constitucional en las sentencias sobre las huelgas de hambre de los reclusos de los GRAPO (120 y 137/1990), además de la Sentencia *Pretty v. Reino Unido* del Tribunal de Estrasburgo, que el derecho a la vida no incluye la facultad de disponer de ella. No obstante, ha recordado, en general, la «no fácil determinación del contenido» de dicho derecho y, en el caso concreto, ha estimado que la declaración de utilidad pública de la Asociación Derecho a una Muerte Digna es válida, como había sostenido la Sentencia previa de la Audiencia Nacional, ya que las actividades de información y asesoramiento que dicha asociación efectúa para preparar la muerte de algunas personas «no deja de ser una protección de la misma vida» y, por tanto, promueven valores constitucionales.

escrito y desordenadamente todos esos derechos y «bienes» y dejar que sea cada intérprete el que los una u oponga a voluntad. La cuestión puede clarificarse, creo, de modo más sencillo. La eutanasia y el suicidio asistido son una excepción del deber estatal de protección jurídica de la vida del artículo 15 CE (por desgracia, no existe un derecho a la vida ya que la muerte es un hecho obstinado). Por eso del derecho a la protección de la vida no se puede derivar una dimensión negativa (como sí tienen otros derechos fundamentales: uno puede, por ejemplo, asociarse o no hacerlo). El derecho a la protección de la vida no incluye la facultad de disponer de ella. De ahí que una eventual reforma de la Constitución dirigida a permitir la eutanasia debería incluir expresamente esta excepción tras reconocer con carácter general el «derecho a la vida».

La justificación constitucional de la eutanasia se deduce del derecho de libertad o autodeterminación personal pero limitada a un contexto eutanásico puesto que no se reconoce un derecho constitucional al suicidio en general (que es una libertad fáctica y no jurídica). El problema en el ordenamiento español es que nuestra Constitución ni contiene un derecho fundamental de libertad, sino un valor (art. 1.1), un principio (art. 10.1: libre desarrollo de la personalidad) y algunas manifestaciones concretas en el capítulo segundo del Título I; ni cuenta con un derecho de «privacidad» al modo norteamericano o del artículo 8 del Convenio de Roma, como percha donde se puedan colgar nuevos derechos. De modo que la intimidad del artículo 18.1 CE no tiene nada que ver con la *privacy* ni con la eutanasia. A mi juicio, la libertad de autodeterminación corporal es el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. Juan María Bilbao ha sostenido, en este mismo sentido, que la cláusula del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) «tiene que ver con la protección de la autonomía individual frente a normas de cariz paternalista³⁶». Pues bien, el libre desarrollo de la personalidad, que el Preámbulo de la Ley ni siquiera cita en estrados, se concretaría, a mi juicio, en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, que podría llegar a ser en nuestro ordenamiento (a falta de reforma constitucional y si el Tribunal Constitucional así lo decidiera) el derecho fundamental de libertad en general³⁷. Otra opción podría ser crear un derecho de privacidad general al estilo norteamericano y europeo en el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE como fuente de creación

³⁶ «Artículo 10.1», en *Comentario a la Constitución española. 40 Aniversario 1978-2018*, Libro homenaje a Luis López Guerra, Dirs.: Pablo Pérez Trepms y Alejandro Saiz Arnaiz, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, p. 274.

³⁷ Tampoco existe por el momento consenso doctrinal. A favor de caracterizar el derecho a la integridad personal como un derecho de libertad se muestra, entre otros, CANOSA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006. En contra, ARRUEGO, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Editorial Comares, Granada, 2019, p. 84.

de nuevos derechos de libertad o nuevas manifestaciones de derechos ya tipificados.

El Preámbulo también menciona la libertad ideológica y de conciencia del artículo 16 CE. La libertad ideológica está relacionada porque, finalmente, alguien consiente la eutanasia o el suicidio asistido porque es compatible con su personal sistema de valores. La libertad de conciencia juega a favor de la eutanasia pero también como fundamento para no elegirla como paciente ni participar en una ajena como profesional sanitario.

La Sentencia del Tribunal Supremo federal canadiense *Carter v. Canadá* (2015) también conectó la eutanasia y el suicidio asistido con la libertad y lo que en el ordenamiento canadiense llaman «derecho a la seguridad», que vendría a coincidir con nuestro derecho de integridad personal. La libertad, razonó el Tribunal, protege «el derecho a adoptar elecciones personales fundamentales de modo ajeno a interferencias estatales» y la seguridad «abarca una noción de autonomía personal» que implica, entre otras cosas, «el control sobre la propia integridad corporal» también sin injerencias de los poderes públicos (p. 64). La prohibición de asistencia médica a morir limitaría el derecho a la libertad y seguridad de la señora Taylor porque afecta a la «toma de decisiones médicas que son personales y fundamentales», imponiendo «daño y estrés psicológico» y privándola «del control sobre su integridad corporal³⁸» (p. 65). Según el Tribunal Supremo, la respuesta penal a una condición médica grave e irremediable es «un asunto crítico» respecto de la dignidad y autonomía. El ordenamiento permite a las personas que se hallan en esta situación pedir sedación paliativa, rehusar la nutrición e hidratación artificial, o solicitar la retirada de los equipos de soporte vital, pero, hasta ese momento, les deniega el derecho a pedir ayuda médica para morir. Esto afecta a su capacidad para adoptar decisiones relativas a su integridad corporal y a recibir cuidados médicos y, por tanto, limita su libertad. Dejar que personas como la señora Taylor sigan sufriendo de un modo intolerable y permanente, lesiona su derecho a la seguridad personal (p. 66).

La Sentencia *Carter* conecta este nuevo derecho a recibir asistencia médica a morir con el derecho del paciente a tomar las decisiones con autonomía. Se trataría de una facultad más de este derecho a «decidir sobre el propio destino» que habilita a las personas adultas a dirigir el curso de sus cuidados médicos y que subyace al concepto de «consentimiento informado» (p. 67). Es el mismo principio que opera en los casos que afectan al derecho a rehusar el

³⁸ Según el Tribunal Supremo, la prohibición de ayuda médica a morir «denegaba a los enfermos, sería e irremediamente, la oportunidad de adoptar una decisión muy importante para su sentido de la dignidad e integridad personales», en el marco de «sus valores vitales permanentes y su experiencia de vida» (p. 65).

consentimiento a un tratamiento médico o a pedir que el tratamiento sea interrumpido (p. 67). He aquí el punto: la sentencia *Carter* elimina, dentro del parámetro común comparado en estas materias, la distinción entre eutanasia pasiva y activa indirecta, de un lado, y la eutanasia activa directa de otro. Las hace coincidir dentro del mismo derecho de autonomía del paciente a adoptar decisiones médicas en relación con el final de la vida.

Así pues, la decisión sobre vivir o dejar de hacerlo se enmarca, según el Tribunal canadiense, en el contexto de los valores y experiencia vital de cada persona; ésta debe tener el control de su integridad corporal. Representa la respuesta de cada uno, profundamente personal, al dolor serio y al sufrimiento. Impedir esta decisión lesiona el derecho a la libertad y seguridad personales. Y, por tanto, la Sentencia concluye que el artículo 241 b) del Código Penal, en la medida en que prohíbe la asistencia médica a morir a adultos capaces que piden tal ayuda como resultado de una condición médica grave e irremediable que cause un sufrimiento permanente e intolerable, infringe los derechos de libertad y seguridad personales del artículo 7 de la Carta canadiense de derechos y libertades.

El Preámbulo hace referencia a dos modelos de eutanasia en derecho comparado, pero sin claridad conceptual alguna. En el primero, que se descarta, se habla de países que despenalizan las conductas eutanásicas cuando se considera que quien la realiza no tiene una conducta egoísta, pero que ello genera «espacios jurídicos indeterminados». No se deduce con facilidad a qué países se refiere. ¿Quizá a Suiza, por la mención expresa a conductas de ayuda «no egoísta»³⁹? El segundo modelo sería el de los países donde la eutanasia sería una práctica legalmente aceptable siempre que se observen determinados requisitos y garantías. En realidad, todos. Y tampoco, en realidad, hay demasiados «espacios jurídicos indeterminados» en ninguno de los países donde se permite la eutanasia o el suicidio asistido. La extraña categorización del Preámbulo tampoco distingue entre sistemas que permiten la eutanasia y el suicidio asistido y aquellos otros que solo permiten este último. Esta sí que hubiera sido una clasificación interesante que hubiera permitido al legislador explicar por qué permite las dos conductas cuando los sistemas de suicidio asistido funcionan razonablemente bien y son más garantistas que los otros.

3.^a El carácter garantista de la Ley se muestra en la restricción de su titularidad activa: la eutanasia o el suicidio asistido solo son elegibles para personas que residen normalmente en España, mayores de edad, y, en general, capaces y

³⁹ El artículo 115 de su Código Penal permite la ayuda al suicidio, siempre que no sea por motivos «egoístas».

conscientes en el momento de solicitarlos. Al ceñir la titularidad de este derecho a españoles, residentes en territorio nacional, ya sean españoles o extranjeros, y extranjeros empadronados (se entiende que sin residencia legal) pero con un año al menos de residencia, se intenta evitar claramente el turismo eutanásico.

La regla de la mayoría de edad es muy probable que se haya establecido para evitar el agrio debate social que se hubiera planteado si se hubiera extendido a menores. El legislador seguramente haya tenido en mente lo ocurrido con el cambio del sistema de indicaciones a uno de plazos en relación con el aborto voluntario, cuando el tema principal de debate social y político fue si las mayores de 16 y menores de 18 tenían derecho o no decidir el aborto sin consentimiento e incluso sin información previa de sus padres o representantes legales. La regulación inicial de 2010 fue modificada en 2015 y, al parecer, está en trance de próximo cambio otra vez. Por cierto que la cuestión del aborto es semejante a la de la eutanasia: de conducta penalizada (el aborto hasta 1985) a auténtico derecho (en el caso del aborto, el derecho «a una maternidad libremente decidida»: artículo 3.2 de la Ley de salud sexual y reproductiva (2010), un derecho también de libertad, conectado con otros derechos constitucionales) pasando por una simple conducta no punible en ciertos casos (entre 1985 y 2010).

No albergo duda alguna de que, más pronto que tarde, una vez aprobada la Ley y consagrada, por tanto, cierta irreversibilidad normativa de la eutanasia, ésta se extenderá a los menores, como ha ocurrido en todos y cada uno de los países donde se permite, primero dotando de la capacidad de decidir la eutanasia a las personas mayores de 16 años capaces y conscientes y segundo estableciendo la necesidad de escuchar a los mayores de 12 y menores de 16 aunque la decisión la adopten finalmente sus padres o representantes legales.

El requisito de la capacidad y la consciencia es especialmente sensible para evitar abusos. Por ello, la regulación de lo que se denomina «situación de incapacidad de hecho» debe interpretarse con particular cautela y de modo muy estricto. La simple justificación en un documento previo de instrucciones previas no parece suficiente por los problemas de interpretación de ese documento, porque no se puede garantizar que la voluntad pasada y actual del mismo paciente coincidan y porque la Ley no aclara qué ocurre en caso de conflicto entre el representante del paciente y el equipo médico, entre otras razones. Estamos en presencia de la decisión más importante en la vida y sobre la vida de un sujeto especialmente vulnerable que, además, no es consciente ni capaz. A mi juicio, no sería inoportuno exigir que en estos casos interviniera el Ministerio Fiscal para validar la regularidad del procedimiento. La disposición adicional sexta ordena al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaborar los protocolos de valoración de la situación de incapacidad de hecho (art. 5.2).

La Ley amplía el contenido de las voluntades anticipadas, que podrán ahora incluir la extensión a la prestación de ayuda para morir. Como agudamente han sostenido S. Álvarez y L. Braquehais⁴⁰, la regulación de la eutanasia en estos casos excluiría el procedimiento general de formación del consentimiento y sus garantías, lo que «no parece acorde al espíritu de la Ley». El papel del representante del enfermo se transformaría y, además, habría que evaluar cuidadosamente que no incurriera en conflicto de intereses. Por eso, proponen L. Álvarez y L. Braquehais⁴¹ que a la hora de otorgar el documento de voluntades anticipadas se exigiera el procedimiento previsto por la Ley con carácter general (dos solicitudes, plazo de 15 días entre ellas, etc.).

La Ley remite la iniciativa de la eutanasia en este supuesto a alguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente y, sino, al médico que lo trata (art. 6.4) Esta previsión me parece absolutamente desafortunada por lo que se refiere a conferir iniciativa al médico. Este, en mi opinión, debe mantener una posición de absoluta neutralidad a lo largo de todo el proceso. El médico informa, asesora, acompaña y ayuda al paciente, pero no decide por él ni debe influirle. No es casual, por ejemplo, que el artículo 7 de la *End of Life Choice Bill* de Nueva Zelanda (2020) establezca que «la muerte asistida no debe ser a iniciativa o a sugerencia del médico responsable». Este podría ser, a mi juicio, un claro motivo de inconstitucionalidad de la Ley.

De menor gravedad, pero en la misma línea de estresar la necesaria imparcialidad del médico responsable en este proceso, es la posibilidad, reconocida en el artículo 8.2, de que sea el médico quien, a petición del paciente, comunique la voluntad de ser ayudado a morir a «familiares» y allegados que aquel señale». Una cosa es que el médico responsable anime al paciente a plantear su deseo de ser ayudado a morir con sus familiares, amigos o consejeros, como señala el artículo 8.2.e) de la Ley neozelandesa, y otra muy distinta, y a mi juicio inaceptable, es que sea el propio médico el que lleve a cabo esa comunicación. Esto ni entra dentro de los servicios profesionales de un médico, ni permite dejar a salvo su imparcialidad en el procedimiento de ayuda a morir.

Tampoco resulta del todo clara, como han observado S. Álvarez y L. Braquehais⁴² la compatibilidad entre la prohibición de intervenir en la prestación de ayuda para morir de «quienes resulten beneficiados de la práctica de la eu-

⁴⁰ «Las instrucciones previas en la proposición de ley de la eutanasia», en *Notario del siglo XXI*, núm. 95, 2021, p. 42.

⁴¹ *Ibidem*, p. 43

⁴² «Las instrucciones previas en la proposición de ley de la eutanasia», en *Notario del siglo XXI*, núm. 95, 2021, p. 40.

tanasia» (art. 14) con la posibilidad de que se practique en centros privados o concertados (art. 14.2), los cuales «obviamente, cobrarán por sus servicios».

4.^a ¿Eutanasia o suicidio asistido? La norma española permite ambas, aunque cabe suponer que la regla general en la práctica será la eutanasia y no el suicidio asistido, como demuestran otras experiencias comparadas: así, por ejemplo, en Holanda en 2019 hubo 6.092 fallecimientos por eutanasia y tan solo 245 con ayuda al suicidio. Es fácil vaticinar que en España habrá aún menos porcentaje de suicidios asistidos porque tenemos una cultura menos permeable en la práctica que la holandesa al principio de autonomía del paciente.

Numerosas regulaciones permiten solo el suicidio asistido y no la eutanasia para asegurar al máximo la libertad de decisión del paciente sin intromisiones ilegítimas. Es el modelo Oregón o anglosajón. Esta hubiera podido ser una opción del legislador, aún más garantista que la fórmula elegida. La experiencia de Oregón y el resto de Estados que han seguido su estela muestra que este modelo conjura eficazmente el peligro de la pendiente resbaladiza. El legislador español, ya hemos visto, no ha optado por un modelo gradualista, sino que ha ido directamente a un programa de máximos. En todo caso, también hay que reconocer que incluso algunos Estados del modelo Oregón, como Canadá o Nueva Zelanda, han ido transitando hacia la permisión de la eutanasia, que es una solución adecuada para enfermos que, aun siendo capaces y estando conscientes, se hallan en una situación de extrema debilidad física y/o psíquica.

5.^a La delimitación precisa del contexto eutanásico es crucial. Ese contexto es el muro de separación de la eutanasia y el suicidio asistido con un derecho al suicidio en general de todos aquellos que por cualquier motivo estén cansados de vivir. Algunas regulaciones comparadas, las menos, solo permiten la eutanasia o el suicidio asistido para enfermedades terminales pero no para otras enfermedades que no conllevan un peligro de muerte inmediato aunque produzcan padecimientos de enorme entidad. Por ejemplo, Oregón, Colombia o Nueva Zelanda, que, además, definen la enfermedad terminal como aquella con un pronóstico de vida inferior a los seis meses.

La mayoría de regulaciones cubren, sin embargo, estas dos posibles causas de eutanasia o suicidio asistido. La experiencia comparada muestra, sin embargo, que la mayoría de casos son de enfermedades terminales, sobre todo por causa de cáncer (en torno al 70 % de todas las muertes por esta vía). La Ley española, que se inspira en el modelo canadiense, habla de «enfermedad grave e incurable» [art. 5.1.d)]. La palabra «grave» es un pleonasma innecesario: si la enfermedad es incurable no puede ser sino grave. En mi opinión, hubiera sido mejor emplear el adjetivo mucho más preciso y entendible «terminal» que «incurable» porque si el artículo 3 c) no definiera esta enfermedad como aquella

que tiene «un pronóstico de vida limitado», podría entenderse que «incurable» no equivale a «terminal».

La Ley no limita taxativamente ese «pronóstico de vida limitado», como sí hacen otras legislaciones. Esto significa que la concreción la irán haciendo las 19 Comisiones de Garantía y Evaluación, como cabe suponer no necesariamente de modo idéntico, con las discriminaciones aparejadas. No obstante, la definición del artículo 3 c) apunta inequívocamente a la fase final de la enfermedad terminal: sufrimientos físicos y psíquicos constantes e insoportables, sin alivio tolerable, fragilidad progresiva. Con esta redacción, sería difícil, a mi juicio, permitir en muchos casos la eutanasia o el suicidio asistido en un periodo anterior a la muerte de seis meses, por ejemplo, como ocurre en Oregón. Más bien, la norma parece ceñir la ayuda para morir a la última fase terminal o de agonía. Así que paradójicamente, en Oregón se habla de enfermedad «terminal», aunque no lo es tanto, mientras que la regulación española no habla de enfermedad «terminal», sino «incurable» pero se circunscribe, en realidad, al momento en que la enfermedad incurable se convierte ya en absolutamente terminal.

Mayores incertidumbres exegéticas y, por tanto, mayores divergencias en la «jurisprudencia» de las 19 CGE, se irán planteando una vez aprobada la Ley respecto de la otra situación, la de los «padecimientos graves, crónicos e imposibilitantes». La experiencia muestra que aquí cabe incluir, normalmente, las fases avanzadas de enfermedades neurodegenerativas y las discapacidades más severas (tetraplejia, etc.). Pero, de nuevo, la definición de la Ley (art. 3. b) dibuja una situación de modo particularmente restrictivo: tienen que darse, a la vez, cuatro condiciones: limitaciones que impidan a una persona valerse por mí misma, limitaciones sobre su capacidad de expresión y relación, sufrimiento constante e intolerable, inexistencia de mejoría o curación. Interpretados cabalmente, estos requisitos impiden la rotura de diques o extensión de la eutanasia y el suicidio asistido a situaciones no suficientemente justificables. Un indicador que enuncia la Ley y que puede servir de criterio exegético (pero no de condición necesaria) es «la dependencia absoluta de apoyo tecnológico». Las personas en esta situación no están lejos, en realidad, de aquellas otras que dependen de un tratamiento de soporte vital pero que, por ello, pueden válidamente pedir la limitación de esfuerzo terapéutico. De hecho, se había tradicionalmente alegado por parte de alguna doctrina la discriminación que sufrían los primeros tipos de enfermos respecto de los segundos ante una situación comparable. Por ejemplo, R. Dworkin, quien subraya, incluso, que la eutanasia pasiva puede ser más cruel y más destructora de la humanidad que la activa: (negando la validez de la eutanasia activa y admitiendo la pasiva) «el derecho produce el resultado aparentemente irracional de que la gente puede elegir

morir lentamente, negándose a comer, rehusando los tratamientos que la mantienen con vida, o asfixiándose al desconectar los respiradores, pero no pueden elegir la muerte rápida e indolora que sus médicos podrían fácilmente proveer⁴³». Un observador imparcial no experto que mirase desde la sala de un hospital dos escenas: cómo se interrumpe el tratamiento de soporte vital a alguien o se le seda y cómo se proporciona un medicamento letal a otra persona, no hallaría, en efecto, diferencias apreciables: una intervención médica, con intención paliativa que por último produce la muerte del paciente. Incluso la denominada eutanasia pasiva o limitación de esfuerzo terapéutico requiere un hacer, aunque su sentido fundamental sea el de omitir un determinado tratamiento. Y suele ir acompañada de la administración de medidas de doble efecto (paliativo y de adelantamiento de la muerte: eutanasia activa indirecta).

Aunque son situaciones, a mi juicio, no comparables estrictamente porque los enfermos que, en este contexto, piden la limitación de esfuerzo terapéutico fallecen por la evolución de su propia enfermedad natural y los otros no, lo cierto es que son situaciones próximas y con la entrada en vigor de la Ley cesará todo tipo de discriminación entre enfermos.

Por último, y aunque pueda deducirse con facilidad del texto de la Ley en diversos puntos, una advertencia del tipo del artículo 4.2 de la *End of Life Choice Bill* (2020) neozelandesa quizá fuera oportuna simbólicamente como claro principio orientador y pedagógico de la norma: «Una persona no es elegible para una muerte asistida solo por sufrir una enfermedad mental, tener una discapacidad o una edad avanzada».

6.^a En cuanto al procedimiento de la prestación de ayuda para morir, hay que observar que, en efecto, la Ley es garantista. Se trata de un procedimiento que, en lo esencial, sigue el modelo anglosajón de eutanasia. Se busca asegurar el libre consentimiento del enfermo a lo largo del proceso; se le facilita periodos de reflexión para que pueda confirmar su deseo (por ejemplo, exigiéndole dos peticiones de eutanasia tras quince días), pero también revocar su deseo si quiere, cosa que puede hacer, por supuesto en todo momento; se exige el dictamen de dos profesionales médicos, uno de ellos especialista en su enfermedad; se prevé un control posterior pero, condición inédita en la experiencia comparada, también uno de carácter previo por parte de la CGE; se reconocen correctamente ciertos derechos complementarios del principal (la prestación de la ayuda para morir) para el paciente, etc.

⁴³ *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 240.

No obstante, se pueden plantear, a mi juicio, algunas posibles objeciones de fondo⁴⁴. La principal, de cierto calado, tanto que hasta podría ser considerada en su momento como inconstitucional, es la ausencia en todo el proceso del dictamen de un psiquiatra o de un psicológico clínico, a pesar de que el nuevo derecho a la eutanasia se funda en la capacidad, la consciencia y el consentimiento genuinamente libre en un contexto de vulnerabilidad personal. El contexto eutanásico definido por la Ley, además, hace referencia expresa a «sufrimientos psíquicos» respecto de la enfermedad «grave e incurable» [art. 3.c) y también en relación con el padecimiento «grave, crónico e imposibilitante» art. 3.b), donde, sin duda, la valoración psiquiátrica es aún más acuciante]. Por poner un ejemplo comparado, la regulación neozelandesa, con buen criterio, la exige (art. 12). La lógica sistemática de la Ley sufre cuando conecta la validez de la eutanasia a condiciones que solo pueden juzgar profesionalmente especialistas sanitarios que no son convocados para ello.

El muy interesante *Documento de posicionamiento de la Sociedad española de Psiquiatría sobre la PLORE*, de 3 de febrero de 2021, titulado: «Eutanasia y enfermedad mental» apunta en la misma dirección. Consta que la eutanasia es un problema complejo para los enfermos psiquiátricos porque (entre otras razones): la ideación suicida, el deseo de morir forman parte, a menudo, de la propia patología (p. 10); el suicidio asociado con trastornos mentales es una de las principales causas de muerte en personas de 15 a 34 años (p. 2); los países europeos que permiten la eutanasia sí aceptan la enfermedad psiquiátrica como causa primaria, pero el resto de países no (p. 2); que en dichos países europeos no hay muchos casos de eutanasia por trastornos mentales (por ejemplo, 28 casos de media al año en Bélgica desde 2016 al 2019), pero han ido creciendo significativamente con el paso del tiempo: por ejemplo, hubo en Holanda 6 casos en 1997 y 67 por enfermedad mental y 148 por demencia en 2018 (p. 3); que las personas con trastornos mentales suelen sufrir una especial vulnerabilidad (empleo, vivienda, estigma social, etc), de modo que «es importante garantizar que estas carencias remediabiles no contribuyan al deseo de morir» (p. 3); habría que tratar la eventual depresión de los enfermos que pidan la ayuda para morir (p. 6). Lo cierto es que este documento muestra la dificultad de conciliar el principio de voluntariedad de la decisión de recibir la ayuda para

⁴⁴ Formales he observado también algunas: la rúbrica que se exige al profesional sanitario del documento de consentimiento informado del paciente se entiende que se refiere solo a la segunda petición de eutanasia, pero la Ley no lo aclara (art. 6.2); la petición de paciente puede hacerse por otros medios a la firma escrita cuando no pueda hacerlo, pero sería deseable que se hubiera ejemplificado cómo (art. 6.1); el contenido del informe de verificación previa del artículo 10 se remite al 12.b), pero hay una incorrección sistemática porque este se refiere al caso de que el paciente ya haya fallecido.

morir en los casos de trastornos mentales porque estas «pueden llegar a anular de forma transitoria o definitiva la capacidad de decidir» (p. 4). Una persona con «descompensación psicopatológica» (p. 5) no es totalmente libre para decidir una prestación de este tipo. Por otro lado, el informe exige «una evaluación profesional extremadamente rigurosa» de la competencia del paciente (p. 13), de la determinación de la voluntariedad de la decisión, de la presencia de enfermedades reversibles como una depresión antes de adoptar la decisión, del carácter «incurable» del sufrimiento psíquico que pudiera justificar la eutanasia, etc. (p. 13); aunque no lo reclama expresamente, es imposible que una evaluación así la pueda evacuar alguien que no sea especialista en salud mental. La Sociedad de Psiquiatría concluye (p. 14) desaconsejando la aplicación de la eutanasia exclusivamente para enfermedades mentales y, en general, exigiendo «extrema prudencia» en la aplicación de la Ley al personas con trastorno psiquiátrico.

Tampoco aclara la Ley quién ha de ser el «médico responsable», si uno de atención primaria u otro de atención hospitalaria (oncólogo, médicos de cuidados paliativos, cirujano, psiquiatra). En la mayoría de las situaciones previstas por la norma, el paciente estará atendido por varios profesionales simultáneamente y no siempre la coordinación entre el sistema de primaria y de hospital es la ideal. Sería deseable que las decisiones que la norma encarga al «médico responsable» se remitiera, mejor, al «equipo responsable», en el que va a jugar un papel decisivo también el personal de enfermería.

Esto conecta con otro potencial problema de aplicación práctica de la Ley, quizá el principal: ¿qué harán los profesionales sanitarios respecto de la posibilidad de inscribirse en el Registro de objetores de conciencia de esta prestación? Lo cierto es que este nuevo derecho va a plantear a los profesionales sanitarios numerosos problemas, por cierto, sin aumento de salario: va suponer mayor carga de trabajo; y de un trabajo delicado y complejo como pocos; la mayoría de profesionales no están preparados ni entrenados para hacerlo; tampoco sensibilizados (al revés, han sido educados en la vigencia absoluta del principio *primum non nocere*, presente en todos los códigos deontológicos); tradicionalmente en nuestro país los colegios médicos y las principales asociaciones de médicos por especialidad se han opuesto a la eutanasia y al suicidio asistido; es fácil adivinar nuevos problemas y conflictos: ¿qué ocurrirá, por ejemplo, si el paciente desea la eutanasia pero sus familiares no? ¿en qué posición dejará eso al profesional sanitario?; la Ley lo obvia por completo, pero los profesionales sanitarios podrán ser objeto de persecución penal si infringen las normas de este procedimiento, lo cual puede tener, obviamente y pese a todo, un efecto desaliento; cabe vaticinar que la atención primaria será aún menos

receptiva a la aplicación de la Ley que la hospitalaria, etc. Estas cosas ocurren cuando se impone una norma sin hablar antes mucho y pacientemente con los profesionales sanitarios que tienen que aplicarla.

Empiezan, por otra parte, a sucederse documentos de colegios de médicos⁴⁵.

La disposición adicional séptima sugiere a las consejerías de sanidad autonómicas la mayor difusión de la Ley y la formación específica de los profesionales sanitarios (por cierto, sin previsión de fondos de financiación adicionales), así como la coordinación de la oferta de formación continua sobre la ayuda para morir, pero me temo que no será suficiente para asegurar su general y uniforme aplicación. Además, la LORE crea una prestación estatal nueva sin previsión económica (que deberán atender las comunidades y ciudades autónomas) alguna.

7.^a Control del proceso. La Ley crea un órgano nuevo, las Comisiones de Garantía y Evaluación, que existe, bajo unas u otras formas y denominaciones, en todos los países donde se permite la eutanasia. Este órgano lleva a cabo el control previo y posterior del procedimiento, por lo que es capital. La Ley prevé la creación de 19 CGE. Pero ¿qué ocurre si alguna Comunidad o Ciudad Autónoma no llega a crearla o lo hace de modo muy tardío? El Estado central, el Ministerio de Sanidad, no ha querido reservarse una CGE central (que, de momento, además de suplir la falta de creación de alguna CGE autonómica, podría servir de CGE de Ceuta y de Melilla) La articulación competencial entre el Estado central y las Comunidades que hace la Ley (de total descentralización, con un modelo, por cierto, semejante al abordaje de la pandemia a partir del final de la primera ola) es discutiblemente original y es posible que plantee problemas. No hay que olvidar, tampoco, que la Disposición adicional sexta de la Ley ordena al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaborar en el plazo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la Ley un muy importante «manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta puesta en práctica de esta Ley».

La Ley no dibuja siquiera un diseño estándar para las CGE, salvo la exigencia de que estén compuestas al menos por siete miembros, que, por tanto,

⁴⁵ Empezando por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (2021), en el Informe sobre la objeción de conciencia de los profesionales médicos o incluso el Comunicado del Colegio de Médicos catalán ante la inminente aprobación de la Ley orgánica reguladora de la eutanasia, de 14 de enero de 2021 (consultado en www.comb.cat, el 5 de marzo de 2021: 11:06, que cuestionan la oportunidad e incluso la validez jurídica del Registro mismo (a pesar de la STC de 25 de septiembre de 2014 que legitimó el Registro para los casos de aborto) como límite que no cumple el principio de proporcionalidad del derecho fundamental a no declarar sobre su propia ideología (art. 16.2 CE).

pueden ser muy diferentes en su configuración. No garantiza la profesionalidad e independencia de tales miembros. No exige, lo que sería razonable, que la mayoría de miembros fueran profesionales sanitarios porque, en definitiva, son ellos los únicos que pueden aplicarla. Por otro lado, es evidente que una CGE compuesta por detractores de la eutanasia resolverá de modo muy diferente los mismos casos en comparación con otra en la que predominen los partidarios. Y vamos a tener 19 órganos decidiendo de forma parcialmente diferente sobre un derecho que debería ser ejercido en condiciones de igualdad por todos sus titulares con independencia de donde residan. Esta configuración institucional barroca y centrífuga de la Ley está condenada a generar problemas en su aplicación.

Menos razonable aún me parece que la Ley obvie completamente el control posterior de la prestación de ayuda para morir y una cláusula necesaria que establezca que si la CGE observara que esta prestación ha sido irregular, procederá a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, además de mencionar las responsabilidades de tipo disciplinario o civil en que pudiera incurrir el equipo médico. El legislador ha intentado, probablemente, no «asustar» a los profesionales sanitarios, recordando tan solo el deber general de responsabilidad que pesa sobre ellos en la Disposición adicional segunda⁴⁶. Esto nos conduce a una cuestión más general: ¿debe el legislador reconocer el nuevo derecho de los pacientes a la eutanasia, manteniendo una cierta neutralidad en esa decisión, que es del enfermo, o debe «animar» a que profesionales y pacientes opten por esta fórmula? La Ley en examen a veces parece obra del segundo tipo de legislador, el legislador militante. Y olvida que un número alto de eutanasias en un país no es necesariamente un triunfo de las libertades, porque los enfermos que opten por no recibirlas también habrán ejercitado su libertad de decisión. El triunfo es que exista esa posibilidad. Y que no se extienda a los casos donde no esté justificada porque el Estado sigue teniendo un deber general de protección de la vida.

⁴⁶ En la proposición inicial del grupo parlamentario socialista (*BOCG* de 31 de enero de 2020), sí se hacía mención, en el artículo 18, a que «si dos tercios o más de los miembros de la CGE considera que no se han cumplido los requisitos legales (en la prestación de ayuda para morir), deberá comunicarlo a la dirección del centro sanitario para abrir una investigación. Este comunicará a la CGE las conclusiones de la investigación y adoptará las medidas necesarias para asegurar la correcta aplicación de la ley». Este procedimiento era incompleto pero al menos, era mejor que la inexistente regulación específica actual del control posterior de la prestación. El hecho de haberlo suprimido a lo largo de la tramitación de la norma es, por lo demás, altamente significativo. Sobre todo, porque el control posterior no deja de tener un carácter eventualmente sancionatorio y, por ello, requiere una tipificación estricta. También esta carencia de la Ley podría ser juzgada inconstitucional en su momento por parte del Tribunal Constitucional.

8.^a La Ley es criticable, finalmente, no solo por lo que dice, sino también por lo que no dice. Aunque, como expuse más arriba, la cuestión de los cuidados paliativos no exime por completo de plantearse el problema del reconocimiento de la eutanasia, lo cierto es que esta, en puridad, solo debería plantearse tras el rechazo por el enfermo de los cuidados paliativos. En la Ley se menciona el derecho a cuidados paliativos de manera indirecta como objeto de la información de la que ha de disponer el enfermo antes de tomar la decisión de recibir la prestación de ayuda para morir en los artículos 5.1.b) y 8.1, pero en ningún momento se ofrece como derecho garantizado en todo caso y como alternativa real a la eutanasia. Y resulta que España, según el estudio titulado *Atlas de los cuidados paliativos en Europa* (2019)⁴⁷, en el que ha participado la Sociedad española de cuidados paliativos (SECPAL), ocupa el lamentable puesto 31 de los 51 países europeos analizados. De las 288.000 personas que mueren en nuestro país al año que necesitan cuidados paliativos, hay 80.000 que mueren sin ellos. El Informe advierte del «estancamiento e incluso retroceso» de los cuidados paliativos en España; de que hay un promedio de 0,6 servicios especializados por cada 100.000 habitantes, porcentaje muy alejado del 2% que recomiendan los organismos internacionales; que no hay una ley nacional que asegure los cuidados paliativos de calidad en todo el territorio; que hay importantes brechas de igualdad entre Comunidades Autónomas y entre el medio rural y el urbano; que solo se enseña medicina paliativa en 22 de las 42 Facultades de Medicina y en 69 de las 112 Facultades de Enfermería. La SECPAL afirma categóricamente: «el derecho a los cuidados paliativos sigue siendo inalcanzable para miles de personas en nuestro país⁴⁸».

En un sentido semejante (asegurar ante todo el acceso a cuidados paliativos de calidad en todo el territorio nacional) se pronuncia también, entre otros muchos, el Colegio de médicos catalán⁴⁹.

En este contexto, en el que todavía no se garantizan los cuidados paliativos como un derecho de los ciudadanos, y teniendo en cuenta que deben ser una alternativa real a la eutanasia y el suicidio asistido, la ausencia de una Ley nacional de cuidados paliativos supone que la Ley de la eutanasia nazca profundamente desequilibrada. El reconocimiento legal de la eutanasia requiere de un ecosistema normativo donde se asegure prestaciones sanitarias de calidad que incluyan los cuidados paliativos.

⁴⁷ www.secpal.es y ahí: infocuidadospaliativos.com (consultado el 31 de enero de 2021: 11:44).

⁴⁸ www.secpal.es (consultado el 31 de enero de 2021: 11:05).

⁴⁹ Comunicado del CCMC ante la inminente aprobación de la Ley orgánica reguladora de la eutanasia, de 14 de enero de 2021 (consultado en www.comb.cat, el 5 de marzo de 2021: 11:06).

Como muy bien asegura la SECPAL en su comunicado de 21 de diciembre de 2020 ⁵⁰ con motivo de la aprobación por el Congreso de la Ley reguladora de la eutanasia, la buena muerte no se garantiza solo reconociendo el derecho a elegir el momento de morir, el «cuándo morir», que hace la Ley, sino también, lo que no hace la norma, garantizando el «cómo», es decir, asegurando cuidados paliativos de calidad como alternativa real, el «dónde» (domicilio, residencia, hospital), lo cual, a pesar de lo que diga la Ley, no es real aún, y el «con quién», algo que a veces tampoco se permite (como hemos tenido oportunidad de comprobar, dramáticamente, en el tiempo de pandemia ya que, en general, no se ha permitido a los familiares de los enfermos acompañarles en su agonía).

4. CONCLUSIÓN: EL NUEVO Y SUBSIDIARIO DERECHO FUNDAMENTAL A LA AYUDA PARA MORIR

En definitiva, y pese a todas las críticas jurídicas y de oportunidad política de las que puede hacerse acreedora ⁵¹, las aquí expuestas y muchas otras, puede concluirse razonablemente que la Ley reguladora de la eutanasia responde al modelo garantista de tipo anglosajón y no presenta, a mi juicio, sustanciales tachas de inconstitucionalidad. Se ha aprobado con superávit de prisa y déficit de diálogo, me temo, pero cabe suponer que este nuevo derecho a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico ha llegado para quedarse. Tras la entrada en vigor de la Ley, hay tres momentos críticos de los que depende su cabal aplicación: primero, el porcentaje de profesionales sanitarios objetores; segundo, cómo se elabore y qué contenido tenga el Manual de buenas prácticas del Consejo Interterritorial de Salud ⁵²; tercero, cómo se constituyen, y si llegan a hacerlo en todo el territorio, las comisiones autonómicas de garantía y evaluación.

Se reconoce, pues, un nuevo derecho legal pero con evidentes y densos puntos de conexión con la Constitución. Es un derecho de estatura constitucional. Creo que estamos en presencia, realmente, de un nuevo derecho constitucional/fundamental. De un «derecho a la muerte autodeterminada», en el marco del derecho al libre desarrollo de la personalidad, habla también, por

⁵⁰ www.secpal.es (consultado el 31 de enero de 2021: 9:24).

⁵¹ Un interesante elenco de las cuales se pueden encontrar en MARCOS A. M., «La eutanasia...», *ob. cit.*, sobre todo pp. 66 ss. Algunas de ellas, por cierto, coincidentes con las aquí expuestas, como la carencia de diálogo de los autores de la norma con los profesionales sanitarios, la necesidad de asegurar mejor los cuidados paliativos, las dudas sobre el procedimiento de urgencia del artículo 5.1.c), o el riesgo de dispersión de criterios de 19 órganos.

⁵² Un Manual muy relevante que, de no ser muy cuidadosos, corre el serio riesgo de incurrir en una eventual deslegalización de la materia.

ejemplo, el Tribunal Constitucional federal alemán en su Sentencia de 26 de febrero de 2020⁵³. La propia jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, a cuya luz deben interpretarse los derechos fundamentales españoles ex artículo 10.2 CE, muestra (resultando sorprendente que el legislador no se haya hecho eco de esto en el Preámbulo) que el derecho de cualquier persona a decidir cómo y en qué momento poner fin a la propia vida, siempre que se trate de personas capaces y de decisiones libres, es una de las facultades del derecho a «la vida privada» del artículo 8 del Convenio de Roma⁵⁴.

Un derecho fundamental, sí, pero en tensión dialéctica con el deber estatal de protección de la vida, de modo que tiene un contenido limitado y de interpretación estricta y no expansiva. Como límite de la prohibición del suicidio en general y del deber estatal de protección de la vida, sobre todo de las personas más vulnerables, el derecho a la eutanasia tiene que superar un examen de proporcionalidad. Que persigue una finalidad constitucional, la libertad de autodeterminación corporal en contexto eutanásico (dentro del derecho general de autonomía del paciente) y es un medio adecuado para ella, no parece demasiado discutible. Los puntos más opinables siempre han estado, primero, en la indispensabilidad, puesto que, para algunos, los cuidados paliativos harían innecesaria la eutanasia⁵⁵, e incluso el reconocimiento del suicidio asistido pero no de aquella podría hacer respetar mejor tal subprincipio de intervención mínima; y, segundo, en la valoración coste/utilidad típica de la proporcionalidad en sentido estricto, ya que la introducción de la eutanasia puede arrojar beneficios en cuanto al mejor disfrute del derecho de autonomía del paciente, pero también peligros como la rotura de diques simbólicos, la pendiente resbaladiza, el riesgo de presión indebida sobre los enfermos, etc. A lo largo de este artículo he ido exponiendo los argumentos que me parecen razonables para sortear la posible lesión de estos dos rasgos del principio de proporcionalidad⁵⁶. En

⁵³ Ver el magnífico comentario de RIQUELME, P., «Suicidio asistido y libre desarrollo de la personalidad en la República Federal de Alemania», *Revista de Derecho Político*, núm. 109, 2020, pp. 295-325.

⁵⁴ Ver Haas v. Suiza (2011), Koch v. Alemania (2012) y, sobre todo, Gross v. Suiza (2014).

⁵⁵ En este sentido se pronuncia también el Informe del Comité de Bioética de España (2020), p. 17.

⁵⁶ El criterio de la proporcionalidad también fue examinado por el Tribunal Supremo canadiense en Carter v. Canadá (2015). Tras concluir que la prohibición penal de la ayuda médica a morir es un límite de los derechos a la libertad y seguridad personales de la señora Taylor, un límite no justificado porque es sobreinclusivo, el Tribunal pasa a examinar si se trata de límites que superan el juicio de proporcionalidad, esto es, si la prohibición penal persigue una finalidad *pressing and substantial*; si es una medida conectada racionalmente a dicha finalidad; si se limita mínimamente el derecho en cuestión y, por último, si existe proporción entre los beneficios y los costes de la limitación del derecho. El Tribunal acepta que el límite persigue una finalidad primordial, la defensa de los enfermos vulnerables. La Sentencia sí cree que la prohibición penal del suicidio es una

cualquier caso, el derecho a la prestación de ayuda para morir es un derecho de configuración estricta y limitada en cuanto a sus titulares, el contexto que lo justifica, el procedimiento que debe asegurar la total libertad de decisión del enfermo y las modalidades de control a que se haya sometido. Se podría configurar teóricamente, por ello, como una simple excepción legal de la garantía constitucional de protección de la vida. Pero, a mi juicio, en la medida en que supone el ejercicio del derecho constitucional de libertad en el contexto de las decisiones sobre el final de la propia vida no es solo un derecho legal, sino también constitucional/fundamental. De hecho, la ley es orgánica no solo en el punto en el que reforma el Código Penal y goza de la protección judicial preferente y sumaria del artículo 53.2 CE.

Eso sí, un derecho constitucional *subsidiario* en la medida en que solo puede ejercitarse en condiciones limitadas y muy estrictas de titularidad, contenido, procedimiento y control, y, sobre todo, porque solo puede aplicarse en un contexto muy preciso tras haber agotado todas las demás posibilidades, en un momento muy preciso de la enfermedad de una persona: cuando es terminal

medida conectada racionalmente a la finalidad de proteger a las personas enfermas vulnerables; se trata de un «método racional de evitarlos» (p. 100). Sin embargo, valorando si la medida es la menos limitativa del derecho, concluye que no. Esta cuestión, como señala el Tribunal, «es el corazón de este caso» y fue el foco principal de la actividad probatoria (p. 103). En opinión del Tribunal Supremo de la Columbia británica, de donde procedía la causa, la prohibición penal absoluta hubiera resultado necesaria si se demostrara que: 1.º los médicos fueran incapaces de asegurar la competencia, voluntariedad y no ambivalencia de los pacientes cuando toman la decisión; 2.º los médicos no pudieran comprender o aplicar el requerimiento de consentimiento informado para el tratamiento médico; 3.º o si se probara que en otros países hay abuso de los pacientes, falta de cuidados o una pendiente resbaladiza respecto de la terminación de la vida. Pues bien, el Tribunal (p. 109) sostuvo que una regulación permisiva con las debidas garantías era capaz de proteger a los enfermos vulnerables del abuso y del error. Los médicos podrían asegurar la competencia y plena libertad de los enfermos para decidir y podrían aplicar el estándar del consentimiento informado a este tipo de pacientes, como lo vienen haciendo sin problemas para los casos de limitación de esfuerzo terapéutico o de medicina paliativa con efecto colateral letal. También afirmó que no había pruebas concluyentes de que en los ordenamientos permisivos hubiera riesgos más altos de abuso o de error.

Tampoco acepta la Sentencia el argumento de la pendiente resbaladiza aportado por el Gobierno canadiense. Éste afirmó que hay muchas posibles fuentes de error y muchos factores que pueden recaer sobre un paciente vulnerable a la hora de tomar una decisión y, por tanto, provocar el riesgo de que personas sin un deseo racional y meditado de morir pidan, sin embargo, la ayuda para morir: daño cerebral, depresión, enfermedad mental, coerción, influencia indebida, manipulación psicológica o emocional, prejuicios sociales contra personas mayores, discapacitados y enfermos, error diagnóstico, etc. Frente a esta tesis, considera el Tribunal Supremo que tales riesgos pueden ser limitados a través de un sistema de garantías cuidadosamente diseñado y controlado. En su opinión, «un daño teórico y especulativo como el que sugiere el Gobierno, no puede justificar una prohibición absoluta» (p. 119). En conclusión, la Sentencia falla que la prohibición absoluta de la ayuda al suicidio no es la medida limitativa del derecho menos gravosa y, por consiguiente, es desproporcionada.

o cuando produzca padecimientos insoportables. Es un derecho a decidir cuándo y cómo morir, pero solo en contexto eutanásico.

Como sagazmente ha observado José Miguel Vidal tras la lectura de este texto⁵⁷, este «nuevo» derecho de eutanasia se asemeja a otros derechos de naturaleza legal, como el matrimonio homosexual o el derecho a una maternidad libremente asumida, que, sin embargo, tienen indudable densidad constitucional. Habría que plantearse, en general, cómo nacen los derechos fundamentales en España tras más de cuatro décadas de vigencia de una Constitución que apenas se ha reformado. Este crucial problema excede, obviamente, el propósito del presente estudio. Es un tema a estudiar en profundidad. J. M. Vidal sugiere que, así como ya conocemos la categoría de los «derechos constitucionales de configuración legislativa», quizá habría que plantear una nueva, la de los «derechos legales de configuración constitucional», entre los que podrían incluirse los mencionados.

En relación con el derecho a la eutanasia, nos movemos en un terreno donde no hay soluciones óptimas; nos movemos entre respuestas jurídicas difíciles y discutibles sobre un asunto que en sí mismo es terrible: la muerte de una persona en un contexto de extrema vulnerabilidad física y/o mental. Son los «derechos infelices» de los que habla Massimo Donini⁵⁸. El interesante Informe del Comité de Bioética de España en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia, de 30 de septiembre de 2020, muestra su temor a que la conversión de la eutanasia en un derecho, esto es, la generalización de un permiso legal justificado, quizá, en algunos casos concretos pero no en otros, pudiera no preservar la noción de la vida humana no «como algo digno de reverencia», sino «como objeto de elección» (p. 11), extendiendo en la mayoría de la sociedad, por el valor simbólico del Derecho, «la percepción de que la práctica es buena» (p. 11), sin tener en cuenta que siempre es una excepción y no la regla (p. 17) (porque, en caso contrario, habría que permitir el derecho al suicidio en general).

No obstante, para despejar estas dudas, además de los aspectos señalados en este texto que quizá pudieran llegar a considerar en su momento inconstitucionales por el Tribunal Constitucional y de las mejoras técnicas y de refuerzo de las garantías que pudieran añadirse, habrá que estar a cómo se aplique la Ley realmente. En este sentido, el Informe anual que la Ley exige en su Disposición adicional tercera, de modo semejante al del resto de ordenamientos donde se permite la eutanasia y el suicidio asistido, resultará una herramienta muy útil,

⁵⁷ Notas personales benevolentemente dirigidas al autor de estas líneas (9 de febrero de 2021).

⁵⁸ *Rivista Italiana di Medicina Legale*, núm. 2/2016, pp. 559-581.

junto con las recomendaciones (y no solo información estadística) de las CGE, para ir afinando progresivamente los perfiles de este nuevo derecho fundamental a recibir ayuda para morir en contexto eutanásico.

En mi opinión, la Ley española es, en términos generales, garantista y aunque configura la eutanasia y el suicidio asistido como derechos, lo hace, como no podría ser de otro modo constitucionalmente válido, como derechos excepcionales, de interpretación estricta tanto por sus titulares, como por su contexto, procedimiento y técnicas de control. La experiencia comparada revela que el control, que es posterior, es lábil e impreciso, y se ha aplicado en contadas ocasiones. La regulación española somete el ejercicio de los nuevos derechos a un control previo, que es original, y que, a mi juicio, si se aplicase correctamente, impedirá extender indebidamente la norma a los supuestos donde no se deba.