

PRIMERAS CONSIDERACIONES A LA LEY ORGÁNICA 3/2021,
DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA. EL
RECONOCIMIENTO DE UN NUEVO DERECHO

*FIRST CONSIDERATIONS TO THE ORGANIC LAW 3/2021, OF MARCH 24,
REGULATING EUTHANASIA. THE RECOGNITION OF A NEW RIGHT*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 980-995



María Teresa
AGUT GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 26 de mayo de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 31 de mayo de 2021

RESUMEN: El presente trabajo tiene como finalidad realizar breve un estudio de la reciente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE. 25 de marzo de 2021) aprobada en España, desde una perspectiva constitucional, destacando los aspectos principales de la misma. La materia objeto de estudio no está exenta de polémicas porque abarca consideraciones jurídicas, médicas y éticas de gran complejidad.

PALABRAS CLAVE: Eutanasia; suicidio asistido; derechos; vida; muerte; despenalización.

ABSTRACT: *The aim of this paper is to carry out a brief study of the recent Organic Law 3/2021, of March 24, on the regulation of euthanasia (BOE. March 25, 2021) approved in Spain, from a constitutional perspective, highlighting its main aspects. The matter under study is not exempt from controversy because it covers legal, medical and ethical considerations of great complexity.*

KEY WORDS: *Euthanasia; assisted suicide; rights; life; death; decriminalization.*

SUMARIO.- I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.-
1. Antecedentes históricos.- 2. Regulación normativa en España.- II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.- 1. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.- 2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.- 3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.- 4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.- 5. Destipificación del delito de eutanasia.

I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA EUTANASIA.

I. Antecedentes históricos.

Históricamente el hombre siempre ha tratado de regular aquellas conductas que llevan a la muerte voluntaria de una persona, bien sea provocada por el propio sujeto o bien realizada por un tercero; pero no ha existido un único criterio, sino que este ha ido variando de acuerdo con la concepción religiosa, filosófica, científica, política, ... imperante en cada momento. En el pensamiento clásico ya Platón o Aristóteles justificaron la eutanasia: había que dejar morir a quienes no eran sanos de cuerpo o en caso de falta de utilidad pública. Por su parte, Hipócrates fue un claro exponente de oposición a la misma y base de la deontología médica, cuyo juramento preceptúa: "no daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente, tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo.", y que ha llegado hasta nuestros días, así, el art. 36.3 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, reza textualmente: "El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste.

Francis Bacon en el s. XVIII, fue el encargado de introducir la concepción de eutanasia que conocemos en la actualidad, considerando un derecho de la persona el morir sin sufrimiento, dulcemente. Friedrich Nietzsche a comienzos del s. XX, desde un prisma totalmente distinto, destacó la necesidad de liberar a la sociedad de aquellas personas que resultaran inválidas o incapaces, sirviendo posteriormente de fundamento para la filosofía nazi. En dicho sentido, Hitler fue el primer dirigente político elegido democráticamente que dio un paso más allá y aprobó permitir

I *Biblioteca Clásica de Gredos, Tratados Hipocráticos*, Madrid, 1983, Gredos, vol. I (63), Madrid p. 77, citado en CADENAS OSUNA, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", Madrid, 2018, *Boletín Oficial del Estado*, vol. 15, 2018, p. 44.

• María Teresa Agut García

Magistrado-Juez sustituta y Profesora asociada del Área de Derecho (Universidad Jaime I-Castellón). Correo electrónico: maagut@uji.es.

“dar muerte a enfermos incurables después de un enjuiciamiento crítico de su situación médica, y atendiendo para ello a consideraciones humanitarias”².

Estos ejemplos sirven de referente para entender que el tema no es baladí, y que resulta muy delicado y complejo alcanzar una conclusión única sobre la eutanasia tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Surge la gran dicotomía entre la muerte o la vida (aunque esta última esté sometida a sufrimientos extremos o difíciles de soportar). Se cuestiona si debe prevalecer el derecho a la vida o, por el contrario, la voluntad de la persona que desea poner fin a la misma. Que no se trata de un asunto menor lo demuestra el hecho de que hasta la fecha son muy pocos los países del mundo que han reconocido y regulado la eutanasia en sus ordenamientos jurídicos. ¿Puede el Estado obligar a un enfermo a seguir viviendo contra su voluntad?

2. Regulación normativa en España.

Recientemente ha sido aprobada en España la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia³ (en adelante LOEU), cuya entrada en vigor está prevista para el próximo 25 de junio de 2021. La norma está compuesta por tan solo diecinueve artículos dispuestos a lo largo de cinco capítulos, a los que se unen siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

Pese a que eran cuantiosos sus detractores, finalmente la Ley ha logrado ver la luz con un resultado de 202 votos a favor, 141 en contra y 2 abstenciones en el Pleno del Congreso de los Diputados. Se trata de una materia que también en nuestro país deja a muy pocos indiferentes, y ha provocado que su tramitación parlamentaria estuviera rodeada de una encendida polémica política y social. Es fruto de la demanda social existente tras varios casos de gran relevancia mediática (Ramón Sampedro, María José Carrasco...), consecuencia, entre otros, del aumento de la esperanza de vida unido a los grandes avances médicos, que en numerosas ocasiones permiten mantener al paciente con vida mediante el uso de máquinas. Muchos dudaban de que fuera posible su regulación normativa, pero parece que erraron en sus pronósticos.

En nuestro contexto próximo, Holanda, Luxemburgo y Bélgica⁴ son los únicos países que recogen en sus ordenamientos jurídicos la eutanasia activa, así como el suicidio asistido. Por su parte, Suiza se limita a reconocer el suicidio asistido.

2 LUGMAYR, M. “La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. I, enero-abril 2008, p. 152.

3 B.O.E. 25 de marzo de 2021.

4 MARCOS DEL CAÑO, A. M. Y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021, p. 72.

España, hasta este momento, había optado por un paternalismo estatal en el que los poderes públicos debían proteger a ultranza el derecho a la vida⁵, no reconociendo el derecho subjetivo de los ciudadanos a disponer de su propia muerte⁶.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), garante de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), reconoce en su jurisprudencia la dificultad de que todos los Estados miembros del Consejo de Europa alcancen un consenso sobre el derecho de una persona a elegir el cuándo y la forma en que quiere morir. Dicha organización internacional está compuesta por países con tradiciones, religiones,... y ordenamientos jurídicos muy diversos, lo que supone muy diferentes formas de abordar la cuestión. En este sentido, el TEDH avala un amplio margen de discrecionalidad en los Estados sobre el “derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad y actuar en consecuencia”⁷, derecho que resulta amparado en el art. 8 CEDH.

El TEDH ha manifestado que no resulta aceptable que un país despenalice las conductas eutanásicas, salvo que, por contrapartida, establezca en su ordenamiento jurídico un procedimiento legal específico en el que se contengan las conductas eutanásicas⁸. La finalidad de la LOEU es cumplir con dicha premisa, dotando a España de una regulación sistemática y ordenada de los supuestos en los que se autoriza la eutanasia, lo que, por otro lado, supone que dichas conductas van a carecer del reproche penal que padecían hasta esta aprobación.

II. LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

I. Compatibilidad de los derechos y principios constitucionales.

Como reza la LOEU en su Preámbulo, el significado etimológico de la eutanasia es “buena muerte”, y se define como “el acto deliberado de dar fin a la vida de una persona, producido por voluntad expresa de la propia persona y con el objeto de evitar un sufrimiento.” El último inciso, evitar el sufrimiento, adquiere, por obvias razones, una especial relevancia a la hora de delimitar la eutanasia de otras formas de acabar con la vida propia, que no se contemplan.

5 QUINTERO OLIVARES, G., JARIA I MANZANO, J. y OLIVERAS JANÉ, N.: *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia. 2015, p. 25.

6 STC 120/1990, de 27 de junio.

7 STEDH (Sección 1ª) Caso Haas contra Suiza, 20 enero 2011.

8 STEDH (Sección 2ª) caso Gross contra Suiza, 14 mayo 2013.

Para abordar la cuestión, no obstante las definiciones que contiene la propia Ley en su art. 3, es necesario, en primer lugar, diferenciar la eutanasia activa directa, la eutanasia activa indirecta y la eutanasia pasiva. La primera supone la causación de la muerte por petición de una persona que padece una enfermedad por la administración de un producto letal; la eutanasia activa indirecta consiste en dar tratamientos terapéuticos para mitigar el dolor, que es su objetivo principal, pero también provocan el acortamiento de la vida del paciente; y, en último lugar, la eutanasia pasiva o de omisión, que es cuando se abandonan los tratamientos médicos para que la enfermedad avance por sí sola, sin intentar la curación, de manera que inevitablemente, desembocará en la muerte.

La LOEU solo se refiere a la eutanasia que se produce de manera activa y directa, si bien reconoce dos conductas eutanásicas diferentes, aquella por la que por un profesional sanitario pone fin a la vida del paciente cuando este lo solicita expresamente, y otra en la que es el propio paciente quien acaba con su vida, pero ayudado por el profesional sanitario que le facilita los medios necesarios para poder hacerlo, pudiendo incluso asesorarle sobre las sustancias y dosis necesarias, así como su prescripción o suministro, para que aquel lo logre por sí mismo.

Contrariamente, la LOEU no contempla el suicidio asistido, esto es, aquella acción por la que persona que padece una enfermedad irreversible cuenta para acabar con su vida con la ayuda de otra que le proporciona los medios o conocimientos necesarios para poder hacerlo. Su diferencia fundamental con la eutanasia es que, pese a que en ambos supuestos se pretende alcanzar la muerte, en el suicidio es el propio enfermo el que se provoca a sí mismo la muerte, o con la ayuda de otra persona, pero al margen del proceso previsto en la LOEU.

La Constitución Española de 1978 (en adelante CE), no recoge expresamente el derecho a la eutanasia, pero ello no significa que no deba tomarse en consideración su contenido al abordar la cuestión, sino todo lo contrario. De este modo, la LOEU, según expresa en su preámbulo, introduce en el ordenamiento jurídico español un nuevo derecho individual: la eutanasia, que se basa en la compatibilidad y el respeto de diversos derechos y principios reconocidos constitucionalmente y que pueden entrar en conflicto. Estos son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) y el derecho a la intimidad (art. 18 CE), y, de otro, los principios de dignidad, libertad o autonomía de la voluntad (art. 10 y I.1 CE).

El legislador ordinario ha optado por proteger la autonomía y voluntad de quien libremente y siendo plenamente capaz, quiere poner fin su vida debido a una situación vital que vulnera gravemente su dignidad, su intimidad e integridad al padecer un sufrimiento “grave, crónico e imposibilitante” o una “enfermedad grave e incurable”, que le provoca un sufrimiento insoportable y “que no puede

ser aliviado”. El derecho a la vida decae en favor del resto de derechos y bienes con los que debe ser ponderado: no existe un deber constitucional de imponer o proteger la vida, incluso contra la voluntad de su propio titular. Con la LOEU se reconoce, así, un nuevo derecho individual a la eutanasia, que debe ser protegido y facilitado por el Estado a través de un estricto proceso que le otorga seguridad jurídica para que pueda ser ejercido con todas las garantías.

En paralelo a dicho derecho encontramos la “objeción de conciencia de los profesionales sanitarios”, esto es, el derecho de los profesionales sanitarios a no actuar de acuerdo con las previsiones de la LOEU siempre que ello sea incompatible con sus convicciones personales, morales y religiosas [art. 3. f) LOEU]. Es necesario que se trate de una decisión individual y motivada, y que el sujeto esté directamente implicado en un proceso de prestación de ayuda para morir, así como acreditarse anticipadamente y por escrito; y dicha declaración se incluirá en el “registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir”, que debe crearse por la Administración sanitaria (art. 16 LOEU). De este modo, los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir pueden libremente decidir si quieren o no formar parte del proceso eutanásico salvaguardando su derecho a la libertad ideológica y de conciencia⁹.

Como contrapartida, la Disposición adicional segunda LOEU establece un régimen sancionador para aquellos profesionales que se nieguen injustificadamente a practicar la eutanasia, debiendo seguirse el régimen sancionador previsto en el capítulo VI del título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de todas aquellas otras responsabilidades de pudieran derivarse de carácter civil, penal y profesional o estatutaria como consecuencia de sus actos.

2. Carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia.

No puede pasarse por alto la modalidad legislativa utilizada por el legislador español para regular la eutanasia: una ley orgánica (por oposición a una ley ordinaria)¹⁰, y el hecho de que en ningún momento justifique las razones para dicha elección. Llama la atención porque, de un lado, el texto constitucional no reconoce expresamente el derecho a la eutanasia, y, de otro, en su art. 81 CE preceptúa que tan solo revestirán la forma de leyes orgánicas aquellas “relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, las cuales regularán el contenido esencial de tales derechos y libertades. Por tanto, al menos a priori,

9 A todo ello hay que añadir que la Disposición Adicional Séptima LOEU ha previsto planes de formación continua específica para los profesionales médicos sobre ayuda a morir, que incluirá aspectos técnicos, legales y de apoyo emocional.

10 De acuerdo con la Disposición final tercera LOEU, la misma tiene carácter de ley orgánica a excepción de los arts. 12, 16.1, 17 y 18, de las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima, y de la disposición transitoria única, que revisten el carácter de ley ordinaria.

no resultaría justificado el uso de esta modalidad legislativa si no estuviéramos en presencia del contenido esencial de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido. Sin embargo, tal y como ya habíamos indicado, el preámbulo de la LOEU parece querer justificar tal aparente incongruencia destacando la relación directa de la eutanasia con diversos derechos fundamentales (señaladamente, los derechos a la vida y a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y de conciencia y a la intimidad), así como con otros derechos y bienes protegidos constitucionalmente (dignidad, libertad o autonomía de la voluntad)¹¹.

Sin embargo, son necesarias algunas puntualizaciones. De un lado, hay que recordar que, en términos generales, “el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y puedan alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho; (...) los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales [también] (...) pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental”¹². Y tal reconocimiento conlleva que le sean de aplicación todas las garantías que nuestro ordenamiento jurídico confiere a los derechos fundamentales en su art. 53.2 CE, esto es, una tutela judicial mediante un procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo constitucional.

Otra cuestión a tener presente es que, de acuerdo con lo previsto en el art. 81 CE, la ley orgánica debe desarrollar un derecho fundamental, pero ello debe hacerse de modo restrictivo, de manera que no todo lo que tenga este que ver con dicho derecho debe recogerse a través de este tipo normativo, sino que la indicada ley orgánica debe reducirse a regular los elementos esenciales del mismo que de forma general o parcial permitan concretar o desarrollar la norma constitucional que lo reconoce.

En el ordenamiento jurídico español el derecho a vida tradicionalmente se ha configurado por la doctrina del TC como un derecho de protección de todas aquellas perturbaciones que el mismo pudiera sufrir, no como un derecho de libertad en el que su titular pueda decidir libremente sobre su propia vida y en el que los poderes públicos participen para que el sujeto logre alcanzar la voluntad de morir. Por el contrario, los poderes públicos están obligados a proteger a ultranza bienes como la vida e integridad física frente a cualquier ataque, aun cuando proceda

11 En la vertiente procesal, en lógica coherencia con el rango de la norma, la Disposición adicional quinta LOEU, prevé que los recursos a los que se refieren los arts. 10.5 (denegación de la eutanasia) y 18.a) (denegación de la eutanasia por silencio administrativo), se tramitarán por el procedimiento previsto para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

12 STC 51/1988, de 22 de marzo en su FJ5^o nombrada en RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: “Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia”, *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021, p. 5.

de la voluntad de su propio titular¹³. Inexorablemente, ello conlleva también que el suicidio no sea tolerado en nuestro ordenamiento jurídico: la conducta del suicida se consiente, pero, por el contrario, las conductas de aquel que induzca o coopere son castigadas penalmente.

Es claro que la LOEU, con el juego combinado de diversos derechos fundamentales y otros bienes y derechos, ha venido a alterar el criterio tradicional sobre el derecho a la vida. Pero la LOEU no define con claridad cuál es la naturaleza jurídica de este nuevo derecho a la eutanasia ni cuál es su relación sistemática con el resto de derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional española. Esto es, no deja claro si estamos ante un verdadero derecho fundamental o no, si se trata del contenido esencial de uno o varios derechos fundamentales, o simplemente del contenido adicional, en cuyo caso difícilmente estaría justificado su desarrollo mediante ley orgánica.

En estos casos, “cuando es la ley orgánica la que traspasa su campo propio y se inmiscuye en materias reservadas a ley ordinaria, la práctica habitual del TC es la «degradación» o declaración de la ley o el precepto formalmente orgánico como ley ordinaria, pudiéndose reformar o derogar, en el futuro, mediante una disposición legal ordinaria” y además “no es necesario que esa «degradación» afecte a todo el texto de la ley orgánica: el Tribunal Constitucional puede restringir su declaración de ley ordinaria a uno o varios preceptos concretos, que, a partir de entonces, pueden ser derogados o modificados sin la especial rigidez del procedimiento propio de las leyes orgánicas”¹⁴.

Es probable que en un futuro el TC deba resolver a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad si debió acudir al uso de ley ordinaria y no de ley orgánica para la aprobación de la LOEU. Como acabamos de indicar, el ordenamiento jurídico español no permite que se invadan materias propias de ley ordinaria por un uso injustificado de la ley orgánica, porque da lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico al provocar la congelación de su rango normativo y reducir su modificación posterior al juego de las mayorías cualificadas. Ahora bien, ello también permitiría que el articulado de la LOEU quedara indemne frente a los cambios políticos que pudieran darse en un futuro y que muy probablemente tratarían de modificar su contenido.

Por último, no podemos obviar que tal vez también se planteen cuestiones competenciales ente el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), toda vez que LOEU se dicta al amparo del art. 149.1.1.ª y 16.ª CE,

13 STC 53/1985, de 11 de abril, STC 137/1990, de 19 de julio, STC 11/1991, de 17 de enero y STC 154/2002, 18 de julio.

14 RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: “Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia”, cit., p. 6.

que atribuyen al Estado la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y sobre las bases y coordinación general de la sanidad, y de acuerdo con el art. 148.1.21^a CE, las CCAA podrán aprobar todas aquellas disposiciones necesarias para desarrollar y complementar una la ley estatal. Del mismo modo que pueden existir en la práctica notables diferencias entre CCAA, ya que, de un lado, las CCAA deben constituir y determinar el régimen jurídico de la Comisión de Garantía y Evaluación de sus respectivos territorios, y, de otro, no puede olvidarse que la prestación de la eutanasia tiene lugar en el marco del Sistema Nacional de Salud, y las competencias en materia sanitaria asumidas por las CCAA.

3. Titularidad y ejercicio del derecho a la prestación de ayuda para morir.

Toda persona que cumpla una serie de condiciones expresamente reconocidas en la LOEU tiene derecho a solicitar y recibir la ayuda necesaria para morir. En particular, es preciso haber alcanzado la mayoría de edad¹⁵ y ser capaz y consciente en el momento de realizar la solicitud, y tener la nacionalidad española, o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en nuestro país superior a doce meses (art. 5 LOEU)¹⁶.

Debe tratarse de una petición autónoma del propio paciente, libre, voluntaria y tomada después de haber sido debidamente informado por el equipo sanitario responsable, sin ningún tipo de intromisión o presión externa, y así debe quedar reflejado en el historial médico. Cuando la persona ya no se encuentre en pleno uso de sus facultades o no pueda expresar su voluntad, podrá estarse a su voluntad previa recogida en un documento de instrucciones, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes (art. 5 LOEU). En todo caso, debe quedar debidamente reflejada la situación médica del paciente, para ello el médico responsable ha de certificar que el paciente sufre “una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante”.

Son necesarias dos solicitudes voluntarias por escrito o por cualquier otro medio que permita dejar constancia, debiendo mediar quince días entre ambas. Excepcionalmente, ese tiempo se reduce cuando el médico considere que el

15 “Por un lado, se puede considerar, a priori, que está excepcionando el régimen previsto en la Ley 1/2002 al excluir a los menores de edad pues, con carácter general, esta última fija la edad para ejercitar el consentimiento informado en los dieciséis años. Sin embargo, dicha conclusión varía si atendemos al artículo 9.4 párrafo segundo de la precitada Ley 41/2002, ya que impide que presten consentimiento los menores de edad cuando se trate de «una actuación de grave riesgo para la vida o salud»”, en ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: “La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, núm. 9830, 2021, p. 6.

16 Puede ser una forma de garantizar “...el principio de Bioderecho por el que hay que preservar y establecer regulaciones que traten de armonizar las distintas legislaciones en los demás países, para evitar los denominados ‘turismos bioéticos’, en este caso el ‘turismo eutanásico’...”, en MARCOS DEL CAÑO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, cit. p. 106.

transcurso de dicho periodo podría suponer una pérdida de capacidad en el paciente, adecuándose en lo necesario para su prestación. La solicitud debe dejar constancia inequívoca de la voluntad del paciente de su deseo de morir, de la fecha en la que se efectúa, así como el momento en que se produce, y debe firmarse en presencia de un profesional sanitario, quien lo rubricará, debiendo entregarse, en todo caso, al médico responsable. Ahora bien, dicha solicitud puede ser revocada en cualquier momento por el paciente o solicitar un aplazamiento para ser ayudado a morir (art. 6 LOEU).

No obstante, la solicitud de ayuda para morir puede ser denegada por el médico responsable, debiendo realizarse siempre por escrito y de manera motivada (art. 7 LOEU).

4. Procedimiento para la realización de la prestación de ayuda para morir.

La prestación de ayuda para morir se incluye dentro del Sistema Nacional de Salud por lo que resulta gratuita (art. 13 LOEU). Su realización puede tener lugar en los centros públicos, privados o concertados o bien en el propio domicilio del paciente atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto (art. 14 LOEU). Debiendo, en todo caso, extremarse las precauciones necesarias para garantizar la intimidad del solicitante y la confidencialidad, con un tratamiento de medidas de seguridad de nivel alto de conformidad con la protección de datos de carácter personal (art. 15 LOEU)⁷.

En el procedimiento a seguir participan distintas figuras médicas, de un lado, el médico responsable, que es el facultativo que coordina toda la asistencia sanitaria y la información del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo, y, de otro, el médico consultor, que es el facultativo que posee una formación específica en el ámbito de las patologías que padece el enfermo y que no pertenece al equipo responsable.

Junto a los profesionales médicos, debe destacarse la creación de una Comisión de Garantía y Evaluación en cada una de las CCAA, que será multidisciplinar, debiendo contar con un número mínimo de siete miembros, entre los que se incluirán personal médico, de enfermería y juristas, y entre cuyas funciones se encuentra, resolver las reclamaciones que formulen las personas a las que el médico responsable haya denegado su solicitud de prestación de ayuda para morir (arts. 17 y 18 LOEU).

Tras la primera solicitud por el paciente de prestación de ayuda para morir a su médico responsable, una vez comprobado que se cumplen los requisitos

17 Art. 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

para la solicitud, dicho profesional, en el plazo de dos días, llevará a cabo con el paciente un “proceso deliberativo” acerca de su estado, posibilidades terapéuticas, los resultados y los cuidados paliativos, asegurándose de que este comprende la información, la cual, además, deberá facilitarse por escrito en el plazo máximo de cinco días naturales. A continuación, el paciente ha de cursar una segunda solicitud y, de nuevo, en el plazo de dos días, su médico responsable tendrá un proceso deliberativo con él para responder a cualquier duda o ampliación de información que requiera. Transcurridas veinticuatro horas, el médico recabará del paciente si desea o no continuar con la solicitud y, en caso afirmativo, el médico habrá de comunicarlo al equipo asistencial, y también a sus familiares o allegados si así se lo solicita el paciente (art. 8 LOEU).

Posteriormente, el médico responsable deberá consultar a un médico consultor, quien estudiará el historial clínico del paciente y examinará personalmente al paciente para comprobar si se cumplen los requisitos exigidos, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud, redactando a continuación un informe (favorable o desfavorable), cuyas conclusiones deberán comunicarse al paciente en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Si el informe es favorable, seguidamente, dos miembros de la Comisión de Garantía y Evaluación, un jurista y un profesional médico, comprobarán si se cumplen los requisitos y condiciones necesarios para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir, emitiendo un informe en el plazo máximo de siete días. Si ambos están conformes y es favorable, el procedimiento continúa; si, por el contrario, los dos miembros no coinciden en su decisión, la cuestión se eleva al pleno de la Comisión, la cual resolverá. La resolución definitiva deberá ponerse en conocimiento del presidente para que, a su vez, la traslade al médico para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir, todo ello en el plazo máximo de dos días naturales. El transcurso del plazo de veinte días naturales sin haberse dictado resolución dará derecho a los solicitantes a entender denegada su solicitud de prestación de ayuda para morir, quedando abierta la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 18.a) LOEU]. Igualmente, si la decisión de la Comisión es desfavorable, se puede acudir ante la jurisdicción contencioso-administrativa para su impugnación (art. 10 LOEU).

Téngase en cuenta que, si el derecho a la prestación se reconoce por la Comisión de Garantía tras resolver sobre la denegación de la misma del médico responsable, aquella requerirá a la dirección del centro 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 [art. 18.a) LOEU].

Una vez se obtenga la resolución positiva, comienza la fase para realización para la prestación de ayuda para morir. Esta debe realizarse siempre y en todo momento con la mayor rigurosidad y profesionalidad médica posible y atendiendo a las necesidades del paciente y a su voluntad sobre la modalidad que quiere recibir para ayudarlo a morir: a) si la prestación consiste en la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistirán al paciente hasta el momento de su muerte; b) si la prestación consiste en la prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia que este se puede autoadministrar, el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, tras prescribir la sustancia que el propio paciente se autoadministrará, mantendrá la debida tarea de observación y apoyo a este hasta el momento de su fallecimiento (art. 11 LOEU)

Una vez realizada la prestación, en el plazo máximo de cinco días hábiles, el médico responsable comunica a la Comisión la realización de la ayuda a morir mediante la remisión de dos documentos debidamente sellados conteniendo los datos relativos al paciente, profesionales intervinientes (responsable y consultor), y en el otro detallará el proceso llevado a cabo desde la petición por el paciente hasta su muerte, así como aquella información de interés para proceso eutanásico (art. 12 LOEU).

A la muerte del paciente alcanzada a través de este procedimiento se le atribuye la consideración legal de muerte natural a todos los efectos, con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva aparejadas -por ejemplo, para de evitar exclusiones del riesgo por las aseguradoras-.

Para lograr su efectividad práctica la propia ley establece mecanismos para habilitar la máxima difusión entre el personal sanitario y la ciudadanía para el conocimiento de su contenido. Además, para garantizar el disfrute del derecho a la eutanasia por aquellas personas limitadas por una discapacidad auditiva, sordas y sordociegas, se establecen recursos y medios de apoyo específicos. Con todo, el legislador alude a pacientes con deficiencias físicas, pero ha omitido mencionar a personas que padezcan discapacidades intelectuales, salvo que hayan sido incapacitadas judicialmente, en cuyo caso podrán ejercer el derecho a través de sus representantes legales.

En definitiva, la LOEU establece un derecho reducido a unos supuestos muy concretos, fijando un protocolo de actuación que pretende en todo momento asegurar que en el paciente concurren los requisitos necesarios para que esté justificada la eutanasia, al tiempo que facilita que la misma se lleva a cabo por profesionales médicos y garantiza al paciente la prestación más adecuada. Precisamente esta configuración legal del derecho a la eutanasia, esto es, que para

su disfrute no sea suficiente con un acto unilateral del paciente, si no que dependa de que se establezcan los medios necesarios para lograr su efectividad y de la voluntad favorable de aquellos profesionales que intervienen en el procedimiento, amparándose en que de este modo se le dota de todas las garantías necesarias, ha sido cuestionada.

En primer término, se critica que, en la práctica, los diversos plazos exigidos para completar todo el procedimiento, así como su excesiva burocratización pueden conllevar a que el disfrute real y efectivo del derecho se vea desprovisto de contenido, piénsese desde la solicitud de ayuda a morir hasta que efectivamente esta tenga lugar puede transcurrir más de un mes en aquellos casos de que todos los plazos transcurran normalmente.

Se plantea también si está justificado que el disfrute efectivo de ese derecho por el paciente dependa del informe positivo de terceras personas, o que requiera el control de la Administración sanitaria. Además algunas voces críticas han cuestionado por qué debe ser un médico el que practique la eutanasia y no pueda llevarse a cabo por otra persona, en particular, por alguien más próximo afectivamente al paciente. En dicho sentido, es cierto que no podemos soslayar que estamos ante situaciones muy complejas y sensibles, con una alta carga emocional, en las que no solo entra en juego el estado físico o psíquico del paciente, sino que además este puede verse afectado por otras circunstancias que también deben valorarse (se sienta una carga para sus familiares, sufra una gran soledad...).

La eutanasia sigue siendo uno de los grandes debates de este tiempo tanto en España como en el resto de países de nuestro entorno. Y la regulación de la LOUE, como hemos visto, se limita a reconocer el derecho a morir en unas muy concretas circunstancias, lo que deja abierto del debate sobre si cualquier ciudadano debería poder exigir al Estado ayuda para poner fin a su vida, con independencia de que sufra o no una enfermedad grave o terminal o padecimientos físicos o psíquicos insoportables.

5. Destipificación del delito de eutanasia.

“Cuando se trata de la eutanasia en el marco jurídico se genera una relación conflictiva que alienta la bien conocida dialéctica entre la penalización o la colaboración del Estado a la misma”¹⁸. En efecto, basta atender que el no reconocimiento legal expreso de la eutanasia ha supuesto durante años en España la criminalización de aquellas conductas realizadas por la persona que ayudaba a

18 SUÁREZ LLANOS, L.: “La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, p. 326.

un enfermo aquejado de un dolor o padecimiento insoportable a que lograra su objetivo, la muerte.

En efecto, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), en su redacción vigente (hasta que tenga lugar la entrada en vigor de la LOEU), dentro del Título destinado al homicidio, en el art. 143, apartados 1º y 2º, regula la inducción y la cooperación necesaria al suicidio, elevándolas a la categoría de tipo delictivo autónomo, pese a que el suicidio por sí solo resulta atípico. Por su parte, el art. 143 apartado 3º CP establece el homicidio consentido, esto es, la participación ejecutiva en el suicidio. Y, en fin, el art. 143 apartado 4º CP recoge las conductas relacionadas con la eutanasia activa, incluyendo una atenuante en aquellas conductas de cooperación necesaria siempre que se den las circunstancias de enfermedad grave o incurable o padecimientos físicos o psíquicos insoportables en la persona que quiere poner fin a su vida cuando su petición se realice de forma seria e inequívoca¹⁹; conducta respecto de la cual la doctrina ha abogado por aplicar el estado de necesidad como causa de justificación y no tan solo las causas de exculpación o de atenuación de la pena contenidas en el tipo²⁰.

La LOEU abre una nueva vía para que la última de las indicadas conductas deje de estar perseguidas penalmente, siempre y cuando se observe el proceso que ella establece. Así, su Disposición Final Primera modifica el apartado 4º e incorpora un nuevo apartado 5º en el art. 143 CP. De este modo, la nueva redacción, en esencia, mantiene la pena para los supuestos de cooperación en la muerte de una persona, salvo que dicha cooperación se lleve a cabo cumpliendo lo establecido en la LOEU.

Solo el tiempo nos permitirá conocer cuál será el alcance práctico de la LOEU, si efectivamente era necesaria una regulación normativa de este tipo. Y si la *vacatio legis* prevista para su entrada en vigor (tres meses), ha sido suficiente para proveer toda la estructura necesaria para la aplicación de la norma con todas las garantías necesarias, sin que en ningún caso se vulneren derechos constitucionales.

19 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012, p. 125.

20 MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 22ª ed., Valencia, 2019, p. 73.

BIBLIOGRAFÍA

CADENAS OSUNA, D.: "El consentimiento informado y la responsabilidad médica", *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, vol. 15, 2018.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y BARBER BURUSCO, S.: "Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozo del tratamiento penal en España", *Nuevo Foro Penal*, vol. 8, núm. 79, julio-diciembre 2012.

LUGMAYR, M.: "La larga sombra de Hitler: una contribución al debate actual sobre la eutanasia", *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 1, enero-abril 2008.

MARCOS DEL CAÑO, A. M. y DE LA TORRE DÍAZ, J.: *Así no; no así. La ley de la eutanasia en España*, Dykinson, Madrid, 2021.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 22^a ed., Valencia, 2019.

ORTIZ FERNÁNDEZ, M.: "La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

QUINTERO OLIVARES, G., JARIA I MANZANO, J. y OLIVERAS JANÉ, N.: *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: "Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia", *Diario La Ley*, núm. 9830, 2021.

SUÁREZ LLANOS, L.: "La ley de la muerte. Eutanasias, éticas y derechos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012.