

JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO

**Catedrático de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela**

Algunas consideraciones sobre el art. 143.4 del Código penal*

-
- * El presente trabajo, elaborado para su publicación en el Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ruperto Núñez Barbero, responde en lo esencial a mi intervención en el “VI Congreso de Justicia Penal (Realidad social, Derecho penal y Constitución europea)”, celebrado los días 28 y 29 de abril de 2005 en la Universidad de Huelva. Con posterioridad, me sirvió de base para la Ponencia expuesta en el “VIII Seminario Interuniversitario de Derecho Penal”, que tuvo lugar en la Universidad de Alcalá de Henares los días 23 y 24 de junio de 2005.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. CONDUCTA TÍPICA. 1. Modalidades de eutanasia despenalizadas: *A) Eutanasia indirecta. B) Eutanasia pasiva.* 2. Exclusión de la inducción. 3. Atipicidad de la cooperación no necesaria. **III. PETICIÓN DE LA MUERTE. REQUISITOS.** 1. Petición expresa. Capacidad de decisión. *A) Deficiencias psíquicas. B) Edad. C) Estado de inconsciencia.* 2. Petición seria. 3. Petición inequívoca. **IV. EL ESTADO DEL ENFERMO.** 1. Enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte. 2. Enfermedad grave que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. **V. ELEMENTO SUBJETIVO. VI. JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA.**

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de las líneas que siguen es el de analizar los principales problemas interpretativos que suscita la redacción del art. 143.4 CP, a la luz de las diversas contribuciones doctrinales al respecto, que conforman una ya abundante bibliografía, concretada en varias monografías, comentarios y numerosos artículos.

En dicho precepto se castiga al “que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. Se tipifica, pues, la llamada eutanasia directa, con la que se produce intencionadamente la muerte de quien la solicita y está en alguna de las condiciones mencionadas en el precepto, quedando, fuera de su ámbito tanto la adopción de medidas imprescindibles para evitar el intenso sufrimiento del enfermo desahuciado, que al propio tiempo implican el adelantamiento de su muerte (eutanasia indirecta), como la interrupción o no iniciación de un tratamiento que, aunque podría retrasar el momento del fallecimiento, no proporcionaría durante ese período unas condiciones de mínima calidad vital (eutanasia pasiva).

Teniendo en cuenta que los criterios de clasificación manejados en este ámbito (distinguiendo, por ej., eutanasia activa, pasiva, directa e indirecta, y voluntaria, no voluntaria e involuntaria), pueden ensombrecer más que aclarar nociones que deben alcanzar un alto grado de precisión (en este sentido, el Grupo de Opinión del *Observatori de Bioètica i Dret* –en adelante, GOOBID– alude a que la complejidad terminológica dificulta la obtención de criterios de decisión en los casos concretos¹), y dado que no siempre se da coincidencia entre los especialistas sobre el contenido que cabe asignar a los diversos términos que se emplean (así sucede, por ej., con el de *ortotanasia*), vamos a utilizar únicamente aquí las palabras eutanasia activa (indirecta y directa) y pasiva por estar muy consolidadas en la literatura penal, fijando, eso sí, para evitar confusiones, su alcance y las diversas situaciones que se plantean. Esta tradicional clasificación, como apunta García Arán, es, además, aconsejable para el análisis del Derecho positivo, teniendo en cuenta que el art. 143.4 alude a la eutanasia activa directa, que incluye situaciones de vida terminal y otras en que la muerte natural puede estar todavía lejana². No cabe desconocer, sin embargo, que el Grupo de Estudios de Política Criminal (en lo sucesivo, GEPC) prefirió evitar dicha terminología³, proponiendo al respecto Díez Ripollés los nombres de eutanasia *terminal*, *paliativa* y *cualitativa* por

- 1 Con la posible combinación entre sí de las “clases” de eutanasia citadas, se puede incrementar todavía más la falta de claridad. Cfr. GOOBID, “Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia”, Barcelona, diciembre de 2003, pp. 10 y s., en <http://www.bioeticayderecho.ub.es> o <http://www.bioeticayderecho.com>. Llamar en todo caso eutanasia a la no voluntaria, cuando en realidad estamos ante el tipo de homicidio, resulta altamente perturbador. Cfr. Lema Añón, C.-Brandariz García, J. A., “Disponibilidad de la propia vida, eutanasia y responsabilidad penal: Notas iusfilosóficas y jurídico-penales”, en *Responsabilidad penal del personal sanitario* (J. A. Brandariz García-P. Faraldo Cabana, coordinadores), Ed. Netbiblo, A Coruña, 2002, p. 30.
- 2 Cfr. García Arán, en “Comentarios al Código Penal. Parte Especial”, t. I (J. Córdoba Roda-M. García Arán, directores), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 5.
- 3 Cfr. GEPC, “Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”, en *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Ed. GEPC, Málaga, 1993, pp. 19 s.

estimar que reflejan mejor el contenido que debe ser abarcado por cada clase de eutanasia, argumentando que lo relevante es la situación clínica y la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte⁴.

Con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995, el art. 409 del texto refundido de 1973 disponía que “el que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor”. Es decir, se castigaba con la pena de seis años y un día a doce años la inducción y la ayuda al suicidio, sin distinguir si la cooperación era necesaria o no lo era (aunque algún autor interpretaba que esta última –complicidad– era impune⁵), y con la de doce años y un día a veinte años la modalidad del homicidio consentido. Este artículo, objeto de crítica constante, incurría, además de en otros defectos, en dos errores capitales: punía, por una parte, con la misma sanción la muerte en la que mediaba consentimiento, o incluso petición del *sujeto pasivo*, que la muerte sin consentimiento (homicidio previsto en el art. 407), situación legal que resultaba absolutamente incomprensible. Y, por otra parte, también de modo sorprendente, no distinguía entre los supuestos en los que la muerte se causaba a un enfermo en muy precarias e irreversibles condiciones de salud, que la pedía por resultarle insufrible vivir en el estado en que se encontraba, y los supuestos en los que bastaba, sin ninguna otra condición, que se consintiera

-
- 4 Cfr. Díez Ripollés, J. L., en “Comentarios al Código penal. Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes” (J. L. Díez Ripollés-L. Gracia Martín, coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pp. 230 (nota 300) y ss. Cfr., también, Díez Ripollés, “Eutanasia y Derecho”, en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada* (J. L. Díez Ripollés-J. Muñoz Sánchez, coordinadores), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 517 ss. Véase, igualmente, García Rivas, N., “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, en *Revista Penal*, 2003, nº 11, pp. 23 s.
- 5 Así, por ej., González Rus, J. J., en “Manual de Derecho Penal. Parte Especial” (M. Cobo del Rosal, dir.), I, Edersa, Madrid, 1993, pp. 94 s.

en la muerte. La respuesta de nuestro Derecho para ambos casos era invariablemente la misma: reclusión menor⁶.

No podían llamar la atención, por consiguiente, los reproches de un cualificado sector doctrinal dirigidos a semejante norma, pidiendo su derogación y postulando, en aras de la exigible seguridad jurídica, una reglamentación específica de la eutanasia⁷. Pero no quedaban ahí los afanes de estos autores, sino que, tratando de introducir racionalidad en la intelección y alcance del precepto, argumentaban a favor de considerar que en los casos de eutanasia podía concurrir un estado de necesidad. En otras palabras, se admitía, dado el tenor del art. 409, la tipicidad de los comportamientos eutanásicos, pero no su antijuridicidad, proponiendo a tal efecto la aplicación de una causa de justificación: la del estado de necesidad. De esta suerte, dado que estaban justificadas, las conductas eutanásicas podían tenerse por no contrarias al Ordenamiento jurídico. Y esto era así, como fundamentó en su momento Gimbernat Ordeig⁸, porque frente al derecho fundamental a la vida, protegido en el art. 15 de la CE (vida, sin embargo, no deseada por el enfermo, dada su situación), resultaba obligado tener en cuenta otros derechos igualmente protegidos constitucionalmente: como el derecho al *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE), pues la personalidad se manifiesta en la vida pero también en la muerte que uno elige; la *dignidad* de la persona (art. 10.1 CE), puesto que nadie mejor que el enfermo para decidir en una situación límite donde está su dignidad, si en luchar por la vida o renunciar a ella, para poner fin a un sufrimiento juzgado insoportable; la *libertad*

6 El ACP, como en su momento advirtió Juanatey Dorado, era "junto con el italiano, el texto legislativo de nuestro ámbito cultural que, con notable diferencia, castiga más gravemente estas conductas" ("Participación en el suicidio y eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto de Ley Orgánica de 1992", en *Poder Judicial*, 28, n° monográfico sobre el PLOCP, 1992, diciembre, p. 111).

7 Cfr. Gimbernat Ordeig, E., "Eutanasia y Derecho penal", en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 54.

8 Cfr. Gimbernat Ordeig, E., "Eutanasia...", *cit.*, pp. 52 s.

ideológica (art. 16.1 CE), que apoya la toma de decisiones desde opciones no religiosas; y la *prohibición de tratos inhumanos o degradantes* (art. 15 CE), teniendo en cuenta, efectivamente, que ciertos sufrimientos pueden implicar una tortura para quien los tiene que soportar, siendo entonces la muerte una auténtica liberación. Y, en efecto, como oportunamente subrayó García Arán, para sostener la impunidad de la eutanasia directa no era preciso acudir al abstracto enfrentamiento entre vida y libertad, enfrentamiento que además de implicar una hipotética prelación de derechos fundamentales, de difícil asunción, llevaría a admitir que la vida no es un *prius* lógico respecto al resto de los derechos fundamentales. Lo decisivo, pues, en esta materia vendría a ser la ponderación del mal que se causa a la vida entendida no como un valor absoluto y anterior a cualquier otro en atención a su prioridad biológico-natural, sino como una existencia degradada por el sufrimiento y no querida por su titular. En tales condiciones, la vida no debe ser impuesta a toda costa, habida cuenta del mal que se causaría a otros derechos o valores como la dignidad, la libertad o la intimidad⁹. O dicho en otras palabras –las de Zugaldía Espinar–, los valores fundamentales del Ordenamiento jurídico no pueden ser objeto de jerarquización desde una perspectiva abstracta, sino desde una concreta¹⁰.

9 Cfr. García Arán, M., “Eutanasia y disponibilidad de la propia vida”, en *Delitos contra la vida y la integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 29.

10 Cfr. Zugaldía Espinar, J. M., “Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero, II, 1987, 13 (publicado en 1989), pp. 293 ss. Sobre la disponibilidad de la propia vida en la CE, *vid.*, entre otros, Bajo Fernández, M., “Disponibilidad de la propia vida”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 1135 ss.; Del Rosal Blasco, B., “La participación y el auxilio ejecutivo al suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal”, en ADPCP, I, 1987, pp. 73 ss.; del mismo autor, “El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 693 ss.; Díaz Aranda, E., “Dogmática del suicidio

Vista así la cuestión, los bienes jurídicos acabados de señalar colocados en uno de los platillos de la balanza, a fin de calibrar la existencia del referido estado de necesidad, tendrían mayor peso, desequilibrándola a favor de éstos, que el único bien jurídico puesto en el otro platillo (vida que no se quiere vivir por el afectado). Se abría, de este modo, como digo, el camino para entender amparado (justificado) el comportamiento eutanásico, por más que el problema nunca llegó a la jurisdicción penal durante ese tiempo y no se pudo, en consecuencia, confirmar o desmentir en la praxis tal punto de vista, sostenido por un significativo y amplísimo sector de la literatura penal¹¹.

Con todo, y pese a que tal interpretación era de gran aceptación doctrinal, no se dejaba de pedir, por razones de seguridad jurídica, como antes se destacó, la contemplación específica de la eutanasia. Y va a ser el CP de 1995, en su citado art. 143.4, el que

y homicidio consentido”, Serv. de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1995, pp. 89 ss.; Díez Ripollés, “Eutanasia...”, *cit.*, pp. 519 ss.; Juanatey Dorado, C., “Derecho, suicidio y eutanasia”, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 335 y ss.; Muñagorri Lagufa, I., “Eutanasia y Derecho Penal”, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 41 ss.; Núñez Paz, M. A., “Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir dignamente”, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 263 ss.; Toledano Toledano, J. R., “Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España”, Atelier, Barcelona, 1999, pp. 153 ss.; Tomás-Valiente Lanuza, C., “La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)”, en *Colección los delitos*, nº 30, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 25 ss.; Valle Muñoz, J. M., “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, nº 37, pp. 159 ss.

- 11 Entre los que se incluyen, con alguna variación acerca del fundamento de la justificación, además de los ya citados Gimbernat y García Arán, Díez Ripollés, “Eutanasia...”, *cit.*, pp. 539 s.; Juanatey Dorado, “Derecho...”, *cit.*, pp. 388 ss.; Muñagorri Lagufa, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 112; Muñoz Conde, F., “Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 76; Valle Muñoz, “Relevancia...”, *cit.*, p. 179. En sentido contrario, por ej., situando el problema en el plano de la culpabilidad, Torío López, A., “Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, pp. 240 ss.

introduce, por primera vez en nuestra historia legislativa, una regulación de los supuestos en los que la voluntad de morir responde a la intención del enfermo de que se ponga fin al estado en que se encuentra, derivado de la grave enfermedad que padece.

El precepto, recibido con alabanzas por algunos autores por la referencia específica al contexto eutanásico y por la considerable reducción de las sanciones, que permite aplicar en un buen número de casos la suspensión de la ejecución de la pena de prisión que se pueda imponer o su sustitución¹², no responde, sin embargo, a juicio de muchos, a las expectativas creadas¹³.

12 El art. 143 castiga las conductas que tipifica en el número 4 con la pena inferior en uno o en dos grados a las señaladas en sus números 2 y 3. Y aunque, como con razón observa Juanatey Dorado, la remisión debió haberse hecho a los números 3 y 2, respectivamente, y no a los números 2 y 3 (“Participación...”, cit., p. 119), el error legislativo ha de subsanarse en vía interpretativa para soslayar consecuencias absolutamente inadmisibles (*argumentum ad absurdum*). En el mismo sentido, Toledano Toledano, “Límites...”, cit., p. 217. Consecuentemente, la rebaja se hará teniendo en cuenta lo realizado por el sujeto activo: si cooperó con actos necesarios a la muerte de quien la solicitó, en los términos a los que me referiré con detalle más adelante, la degradación de la pena debe partir de la prisión de dos a cinco años que establece el n° 2, con lo cual la sanción reducida en un grado que corresponde será, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70 CP, la de prisión de un año a dos años menos un día; y la inferior en dos grados irá desde los seis meses a un año menos un día. Si la cooperación del sujeto activo llegó hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la disminución se hará partiendo de la pena de seis a diez años de prisión prevista en el n° 3, resultando entonces que la pena inferior en un grado será la prisión de tres a seis años menos un día, y la inferior en dos grados tendrá una extensión de un año y seis meses a tres años menos un día. Por consiguiente, la pena imponible nunca llegará a los dos años en el supuesto de quien, en un contexto eutanásico, coopera con actos necesarios a la muerte de la persona que lo pide, siendo, pues, siempre posible en este supuesto la suspensión, para la que se requiere que la pena *no supere* los dos años: arts. 80.1 y 81.2ª, cifra de dos años que en la hipótesis que nos ocupa, como queda dicho, nunca se superará dado que falta un día incluso para llegar a ella. Con la reforma del art. 80.1 (por LO 15/2003, de 25 de noviembre) sustituyendo “inferiores a dos años” por “no superiores a dos años” se comprenden ahora en el ámbito de la suspensión, con mayor claridad (aunque un importante sector doctrinal ya lo entendía así, puesto que el art. 81.2ª se refería, y lo sigue haciendo, a pena no superior a los dos años),

Por lo demás, desde una perspectiva de carácter procesal, se ha criticado por Barquín Sanz, la exclusión del delito recogido en el art. 143.4 del ámbito de competencia del Tribunal del Jurado (cfr. art. 2. 1 LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado)¹⁴.

las penas privativas de libertad de dos años. Cfr., sobre ello, Abel Souto, M., "Discordancias y errores introducidos en el Código Penal por la simbólica reforma de 25 de noviembre de 2003, que deben ser erradicados del texto punitivo", en *La Ley penal*, diciembre 2004, n° 11, p. 80. Sigue siendo, no obstante, criticable que el art. 80.2 continúe aludiendo a "penas privativas de libertad inferiores a dos años". Si, en el citado contexto, el autor causa directamente la muerte de quien la solicita, la pena podrá ser también no superior a los años, siempre que la reducción lo fuera en dos grados y el juez decidiese concretar la pena (que, rebajada en dos grados, está comprendida, como se indicó, entre un año y seis meses a tres años menos un día) en una cuantía que no rebase dicha cifra de dos años.

Y de no haber sido suspendida la pena de prisión, cabe su sustitución, en los términos del art. 88, siempre que no exceda de un año o, excepcionalmente, de dos.

- 13 Críticamente sobre el alcance del precepto y la opción político-criminal por la que ha optado el legislador, entre otros, Gimbernat Ordeig, E., "Prólogo a la segunda edición", Código penal, 10ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 50; González Rus, J. J., en "Derecho Penal Español. Parte Especial" (M. Cobo del Rosal, coord.), Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 115; Jorge Barreiro, A., en "Comentarios al Código penal" (G. Rodríguez Mourullo, dir.-A. Jorge Barreiro, coord.), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 418; Juanatey Dorado, "Participación...", *cit.*, p. 111; Landrove Díaz, G., "El derecho a una muerte digna", en *La Ley*, 1998-2, pp. 2000 ss.; Lema Añón-Brandariz García, "Disponibilidad...", *cit.*, pp. 15 ss., especialmente 41; Muñagorri Laguña, "Eutanasia...", *cit.*, pp. 101 ss. Recordemos, por lo demás, la propuesta despenalizadora del GEPC, firmada por un amplio número de Profesores de Derecho penal, Jueces y Fiscales: "Propuesta...", *cit.*, pp. 19 ss., así como las recomendaciones del GOOBiD: "Documento sobre la disposición...", *cit.*, pp. 7 ss. y 16.
- 14 Cfr. Barquín Sanz, J., "La eutanasia como forma de intervención en la muerte de otro", en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2001, p. 193. Para Muñoz Conde ("Derecho...", *cit.*, p. 80); "curiosamente el delito ha sido excluido del ámbito del juicio por Jurado".

II. CONDUCTA TÍPICA

Consiste en *causar o cooperar activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro*¹⁵. Se comprenden, pues, en esta descripción tanto actos eutanásicos de causación, como actos de cooperación necesaria para que dicha muerte sea posible. Y dada la dicción de la norma, hay que estimar que su aplicación no está condicionada por la concurrencia de ninguna característica específica del sujeto activo, pudiendo ser realizada la acción típica por cualquiera, tratándose o no de personal sanitario, criterio legal que, según Landrove Díaz, debe ser considerado un acierto¹⁶ (Valle Muñiz, sin embargo, no estima afortunado que el legislador extienda la aplicabilidad del art. 143.4 a personas no pertenecientes al ámbito asistencial, médicos o personal bajo su dirección, propugnando *de lege ferenda* la configuración del delito como especial¹⁷).

1. Modalidades de eutanasia despenalizadas

A) Eutanasia indirecta

Quedan fuera de la fórmula legal tanto la eutanasia indirecta como la pasiva. Con la primera de ellas, como se sabe, se busca, en vía principal, la eliminación o el alivio de los graves sufrimientos que está padeciendo el enfermo (carencia extrema de bienestar físico o psíquico), a través de la aplicación de lenitivos

15 Censura Juanatey Dorado el error gramatical en que incurre el legislador con dicha formulación, puesto que aunque lo que, evidentemente, quiere es castigar la causación de la muerte de otro (además de la cooperación necesaria en dicha muerte), el precepto no lo expresa correctamente. Tal error debería evitarse haciendo "que el verbo causar fuese acompañado de sus complementos" ("Participación...", *cit.*, p. 119).

16 Cfr. Landrove Díaz, "El derecho...", *cit.*, p. 2004.

17 Cfr. Valle Muñiz, en "Comentarios al Nuevo Código Penal" (G. Quintero Olivares, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 708.

o analgésicos, en dosis habitualmente crecientes, necesarias para hacer frente con la debida eficacia al dolor que lo afecta. Pero tales medidas implican, al propio tiempo, el efecto colateral de adelantar, con casi total seguridad o con una alta probabilidad, su muerte (“doble efecto”), debiendo señalarse que debe constar el consentimiento o voluntad del enfermo, que puede, naturalmente, figurar en su “declaración vital” o “instrucciones previas”¹⁸, y que, en estos casos, de acuerdo con lo subrayado por la doctrina, puede igualmente tratarse de una voluntad presunta, a deducir de posibles manifestaciones anteriores del sujeto, grado de proximidad de la muerte, medida en la que se acorta la vida, opinión de sus representantes, etc., con lo cual es admisible, en palabras de García Arán, que si no hay oposición expresa del enfermo, pero tampoco petición expresa, pueda quedar fuera de la responsabilidad penal la eutanasia indirecta si es descartable un incremento del riesgo de muerte jurídicamente relevante, conforme a los criterios

18 El cumplimiento de la solicitud del sujeto, concretada en una petición *in actu* o en el documento de “instrucciones previas”, conecta con el importante tema del derecho a la objeción de conciencia que, según el GEPC, no debería eximir al médico en las modalidades permitidas de eutanasia “de la obligación de transferir el paciente a un médico que esté dispuesto a realizarla o, en su caso, a ponerlo en conocimiento del centro a efectos de que éste asegure el efectivo ejercicio de su derecho por el enfermo. Debería responder en su caso jurídicamente por las situaciones obstaculizadoras si con ello impide el ejercicio del derecho por parte del paciente que ha solicitado ayuda para morir” (“Manifiesto sobre el ejercicio a la objeción de conciencia”, y “Propuesta alternativa al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia”, en *Una alternativa al tratamiento jurídico de la objeción de conciencia*, Ed. GEPC, Málaga, 1995 pp. 12 y 37 s., respectivamente). En similar dirección, el GOOBiD, que parte de que la objeción de conciencia del personal sanitario debe ser respetada, estima que nunca esto puede suponer un perjuicio para el paciente, resaltando como la STC 106/1996, de 12 de junio, afirma que los centros sanitarios están obligados a prescribir o proporcionar los servicios y prestaciones reconocidos por el sistema de salud (en “Documento sobre la disposición...”, *cit.*, pp. 11. Sobre el tema, *vid.* Flores Mendoza, F., “La objeción de conciencia en Derecho penal”, Ed. Comares, Granada, 2001, pp. 409 ss.; Corcoy Bidasolo, M., “Problemas jurídico-penales en la objeción de conciencia en el ámbito de las actividades sanitarias”, en *Estudios de Bioética y Derecho* (María Casado, comp.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 65 ss.

básicos de imputación objetiva¹⁹. En resumen, y como señala Silva Sánchez, la *lex artis* médica permite el “doble efecto” en *situaciones límite* aunque el paciente no haya expresado nada al respecto (dolores no mitigables de otra manera en supuestos de enfermedad avanzada, enfermedad terminal, agonía, minusvalía grave crónica y estado vegetativo persistente)²⁰.

Por el contrario, sigue siendo típica la conducta cuando medie la oposición expresa del enfermo a cualquier tratamiento que, atenuando su sufrimiento, colateralmente le pueda acortar la vida, puesto que la disponibilidad sobre ésta incluye la decisión de cómo morir²¹. Es el enfermo, en resumen, quien debe decidir dónde está su dignidad, si en seguir luchando por su supervivencia, pese al pronóstico infausto que le fue realizado, o aceptar que se alivie su situación, aunque sea a costa de adelantar su muerte²². Sin embargo, aunque efectivamente debe ser respetada la voluntad del enfermo y procede la abstención de intervenir, considera Gimbernat que si, pese a dicha oposición del enfermo, el médico aplica cuidados paliativos, que adelantan la muerte, no responde por homicidio, “sino que esa responsabilidad será de carácter

19 Cfr. García Arán, M., “Eutanasia...”, *cit.*, p. 31. Si, por el contrario, el incremento del riesgo está presente por tratarse, por ej., de un enfermo no terminal, la imputación objetiva del resultado no puede negarse, pudiendo acudir en estos casos, según Díez Ripollés, al conflicto de deberes (vida en cualesquiera condiciones-vida digna), en el que prevalecería el deber de intervención (art. 20.7º), situación en la que “el tratamiento anticipador de la muerte logra una mejora, si se quiere relativa, de la salud en cuanto que asegura o pretende asegurar un resto de vida con sufrimientos atenuados o incluso eliminados” (“Comentarios...”, *cit.*, p. 240 s.).

20 Por más que la existencia de *zonas grises* no pueda descartarse. Cfr. Silva Sánchez, “Los «documentos de instrucciones previas» de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”, en *La Ley*, 2003-4, p. 1666.

21 Así, García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, p. 65, que indica que en estos supuestos surge el tipo de homicidio, si bien, para impedir que tengan un trato más riguroso que la eutanasia activa directa, que constituye un tipo privilegiado frente al homicidio, “puede considerarse la aplicación del conflicto de deberes en forma completa o incompleta”.

22 Cfr. Gimbernat Ordeig, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 53.

administrativo-sancionador, civil, profesional o estatutaria”, invocando a tal efecto Gimbernat lo que dispone la Disp. Adic. 6ª 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 clínica²³. En definitiva, para este autor, “la falta de consentimiento del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia indirecta –impune– en una directa –la única que está tipificada como delito en el Código penal”²⁴.

Y de estarse, en concreto, ante un supuesto de inconsciencia total o parcial, o de incapacidad para prestar el consentimiento, basta para que pueda llevarse a cabo la eutanasia indirecta en un enfermo terminal con la ausencia de oposición de sus representantes. Y si esta oposición se produce –asegura García Arán–, es posible todavía, en función de las circunstancias del caso, acudir al conflicto de deberes (mantenimiento de la vida-protección de la vida digna), estimando, por su parte, Gimbernat, en virtud de diversos argumentos, que los parientes del enfermo terminal no pueden determinar la procedencia o improcedencia de su sedación²⁵. El mencionado conflicto de deberes al que se refiere García

23 La citada Disp. Adic. 6ª de la Ley 41/2002 establece que “las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedente en derecho”.

24 Gimbernat Ordeig, “El problema jurídico de la muerte y del dolor”, en *El Mundo*, 19 de abril de 2005, p. 5. Como se acaba de expresar en el texto, mantiene un punto de vista distinto García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, p. 65. Para Valle Muñoz, la eutanasia indirecta no presenta naturaleza penal tan sólo cuando medie consentimiento o cuando éste no hubiera podido obtenerse. De tal afirmación se desprende que para Valle sí hay infracción penal si la eutanasia indirecta se practica con la oposición del enfermo. *Id.*, asimismo, González Rus, “Derecho...”, *cit.*, pp. 115 s.; Muñoz Conde, “Derecho...”, *cit.*, p. 79. Según Nieto Martín, en la misma línea, del art. 143.4 se deduce la atipicidad de la eutanasia indirecta consentida, en “Sistemas penales comparados. Tratamiento jurídico penal de la eutanasia”, en *Revista Penal*, 2005, nº 16, p. 184. Implícitamente, también, Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 108, nota 138.

25 Estos argumentos, que resumo, los concreta Gimbernat en los siguientes: a) la voluntad presunta del paciente no puede ser interpretada en el sentido de

Arán, sin embargo, no parece ya hipotizable en estos supuestos si la muerte del enfermo no está próxima y falta un pronóstico médico contrastado del que se derive que el tratamiento paliativo resulta imprescindible para evitar sufrimientos ciertos, pues en tal situación no puede optarse por remedios que acorten la vida, por más que exista petición de los representantes, que en este caso no podrían sustituir el consentimiento del paciente²⁶.

Desde hace años, la doctrina manifestaba su acuerdo en que tal modalidad de eutanasia quedaba extramuros del área penal, discutiendo tan sólo si esto se debía a que la conducta era atípica o estaba justificada, es decir, si su exclusión del Derecho penal lo era por estar ausente la propia tipicidad del comportamiento eutanásico o, concurrente ésta, dicha exclusión se debía a que estábamos ante una acción amparada por una causa de justificación²⁷. En todo caso, parece claro que el recto ejercicio de la Medicina (*lex artis*) impone que ante los dolores insufribles del paciente, la disyuntiva entre su mitigación, por más que con ello se produzca un adelanto de la muerte, o la inactividad del facultativo, debe resolverse a favor de la primera acción: una vida no mucho más

entender que tiene un valor superior una vida más prolongada, incluso con fuertes dolores, que otra más corta sin tales sufrimientos; b) la oposición de los familiares no puede ser decisiva en la aplicación de medidas paliativas, pues el art. 9.5 de la citada Ley 41/2002 reclama que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”, con lo cual la oposición al tratamiento paliativo (que es lícito administrativa y penalmente) no satisface el interés del paciente ni salvaguarda su dignidad; c) el Derecho no podría permitir que parientes, por venganza, vetaran, de modo vinculante para el médico, la evitación, a través de la aplicación de cuidados paliativos, de los intensos dolores sufridos por el paciente (“El problema...”, *cit.*, p. 5).

26 Cfr. García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, pp. 65 y s.

27 Para Torío López, el problema del fundamento de la exención de la responsabilidad criminal –atipicidad o justificación de la conducta– es, en última instancia, algo secundario desde una perspectiva de política criminal (“Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IV, Univ. de Santiago, 1981, p. 193).

larga, acompañada de dolores insoportables, no es más valiosa que otra algo más corta en la que se eliminan o reducen tales padecimientos por la acción médica. El uso de sedantes o drogas analgésicas, en los supuestos a los que estoy aludiendo, y a falta de oposición del paciente a recibir el tratamiento paliativo, no sólo se acomoda a la *lex artis* médica, sino que, como sugiere Valle Muñiz, la toma de una decisión en sentido contrario podría hacer surgir, a la vista del caso concreto, la correspondiente responsabilidad penal²⁸.

Por lo demás, y pese a que, como acabamos de subrayar, existen argumentos de fondo con indiscutible peso para considerar que las hipótesis de eutanasia indirecta quedan al margen de lo punible, en las condiciones descritas, es lo cierto que la cuestión aparece ahora resuelta por el propio Derecho positivo, tras la entrada en vigor del CP de 1995. En efecto, al prever su art. 143.4 la punición atenuada de la eutanasia activa tipificando la conducta del que “causare o cooperare activamente con actos necesarios y *directos* a la muerte de otro...”, parece obligado interpretar, en argumentación *a contrario sensu*, que devienen impunes los supuestos que no sean de eutanasia activa directa. Y pese a que la dicción de la norma podría dar a entender que la expresión “activamente con actos necesarios y directos” va vinculada únicamente al que coopera, pero no al que causa (con lo cual sólo estaría fuera del art. 143.4 la cooperación necesaria cuando no fuese ni directa ni activa, mientras que la “causación” *indirecta* y la *omisiva* estarían abarcadas por él), la doctrina claramente dominante estima que tal formulación va referida tanto a la cooperación necesaria como a la causación²⁹. Díez Ripollés, por su parte, afirma que no es la literalidad del precepto la que determina la atipicidad de los supuestos aludidos –de causación

28 Cfr. Valle Muñiz, “Relevancia...”, *cit.*, pp. 182 s. Aluden a “lesiones por omisión”, por constituir el dolor un menoscabo de la salud, entre otros, Gimbernat Ordeig, “El problema...”, *cit.*, p. 4; González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 117.

29 Así lo había estimado ya, en relación con el PLOCP de 1992, Juanatey Dorado, “Participación...”, *cit.*, p. 119.

indirecta y omisiva—, sino consideraciones de otro orden, como las relativas al criterio de restricción de la imputación objetiva del resultado, ausencia de la posición de garante o del deber de asistencia, y ausencia del deber de socorro³⁰.

Así las cosas, admitido mayoritariamente que la eutanasia indirecta no aparece comprendida por el art. 143.4 (y, como veremos, tampoco la pasiva), constituiría un absurdo inadmisiblemente aceptar que atenuase lo más grave para la ley (esto es, la eutanasia activa directa, que es la contemplada únicamente por el art. 143.4) y resultarían punibles sin atenuación alguna conductas de menor intensidad, que tendrían así, incomprensiblemente, un castigo superior. En definitiva, razones de carácter *intrasistemático*, atentas a la *voluntas legis*, conducen a afirmar que la exclusión de la fórmula legal de las conductas *indirectas*, que son de menor entidad que las por ella abarcadas, no puede tener como finalidad apartarlas de la atenuación para castigarlas más severamente, sino, precisamente, para declarar su impunidad. O dicho en otras palabras, la expulsión de la eutanasia indirecta del ámbito del tipo atenuado no puede hacer surgir, por contrario a básicas reglas exegéticas, una responsabilidad penal más rigurosa, sino que debe comportar, simplemente, su calificación de conducta atípica³¹. Cosa bien distinta es saber si todos los grupos

30 Cfr. Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, pp. 234 ss. y 244, nota 357. Según este autor —como ya se resaltó en una nota anterior—, en caso de que la “anticipación de la muerte no sea de muy escasa entidad”, la imputación objetiva resulta difícil de negar, pero —de contarse con los requisitos concernientes a la voluntad del enfermo— podría acudir a la colisión de deberes (20.7º), dado que si bien se adelanta la muerte, ello tiene como objetivo la atenuación o incluso eliminación de los sufrimientos padecidos por el enfermo.

31 Según se acaba de indicar, esta posición constituye doctrina dominante: véase, entre otros, Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *op. cit.*, p. 181; Blanco Lozano, C., “Tratado de Derecho Penal Español”, II, vol. I, Bosch Ed., Barcelona, 2005, p. 107; González Rus, J. J., en “Derecho...”, *cit.*, p. 115; García Arán, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 30; Jorge Barreiro, “Comentarios...”, *cit.*, p. 416; Landrove Díaz, G., “El derecho...”, *cit.*, p. 2004; Nieto Martín, en “Sistemas...”, *cit.*, p. 184; Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, pp. 149 y 431 ss.; Romeo Casabona, C. M^a, “Los delitos contra la vida y la integridad personal

parlamentarios, según apunta Barquín, fueron conscientes de este resultado al aprobarse la redacción del art. 143.4, cuestión que no parece del todo clara³².

B) Eutanasia pasiva

Tampoco la eutanasia pasiva, conforme a lo ya adelantado, constituye un comportamiento típico, modalidad que surge cuando se interrumpe, o no se inicia, un tratamiento médico o quirúrgico que podría retrasar el momento de la muerte, pero sin proporcionar al paciente, durante ese tiempo, una mínima autonomía de sus funciones vitales esenciales.

La doctrina, en lo tocante al tema de la voluntad o consentimiento, teniendo en cuenta las especiales características del

y los relativos a la manipulación genética”, Ed. Comares, Granada, 2004, p. 127; Tomás-Valiente Lanuza, C., “La cooperación...”, *cit.*, pp. 107 ss.; Valle Muñoz, en “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 706. Según Silva Sánchez, al implicar la eutanasia indirecta “un acortamiento activo de la vida, el supuesto de hecho resulta abarcado por el tenor literal del art. 143.4 CP. El que, sin embargo, la conducta, pese a realizar *gramaticalmente* (o *formalmente*) el tipo de homicidio atenuado del art. 143.4 no lo realice en sentido material depende de que pueda sostenerse que aquella constituye un «riesgo permitido». A mi juicio –escribe Silva–, la referida conducta de suministro de analgésicos sólo puede considerarse constitutiva de un riesgo permitido cuando la realiza un médico en el marco de la *lex artis*. En tal caso la conducta es *conforme a rol*, puede calificarse como «acto médico», de modo que, aunque suponga la causación de la muerte (y con dolo eventual o con dolo de consecuencias necesarias), no debe considerarse materialmente típica por falta del elemento de creación de un riesgo no permitido. En todos los demás casos, a saber, cuando no es un profesional médico quien realiza la conducta, o lo hace al margen de la *lex artis*, la conducta debe considerarse penalmente típica” (“Los «documentos...”, *cit.*, p. 1666).

32 Vid. Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, p. 182. No obstante, para Tomás-Valiente Lanuza, el que en los debates parlamentarios no se hubiese aludido nunca a la ilicitud de las conductas indirectas y omisivas podría entenderse como que su adecuación a Derecho se daba por sentada (“La cooperación...”, *cit.*, p. 109).

estado del enfermo, estima suficiente, para poder llevar a cabo la actuación eutanásica, con que no conste su oposición o, si carece de capacidad a tal efecto, la oposición de sus representantes, adquiriendo aquí una importancia decisiva las “instrucciones previas”, que deben prevalecer sobre cualquier opinión expresada por dichos representantes acerca de la suspensión o continuación del tratamiento. En consecuencia, y según destaca García Arán, “en estos supuestos de calidad de vida prácticamente nula, la protección jurídica es en cierto modo residual, estableciéndose una presunción *iuris tantum* del consentimiento en su no prolongación artificial, sólo desvirtuable si se manifiesta expresamente la oposición”³³. Como parece lógico, si el enfermo, pese a que objetivamente la prolongación de la vida no vaya a implicar una mejora de su calidad, quiere luchar por seguir viviendo, manifestándose contrario a la suspensión o no iniciación de tratamientos, el médico tiene la obligación de cumplir con sus deseos, porque en esta hipótesis se da una coincidencia entre el derecho fundamental a la vida y los intereses constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y de libertad ideológica.

Ahora bien, hay dos supuestos en los que, como resalta Gimbernat³⁴, la situación objetiva sobrevenida hace que el médico, a pesar de todo, no esté obligado a actuar desde una perspectiva jurídico-penal. El primero de ellos concurre cuando el pronóstico es mortal y el mal entró ya en un proceso irreversible, porque la *lex artis* impone que el médico devuelva a las personas a la vida y no prolongue su agonía, con lo cual, y según establecen las reglas deontológicas médicas, debe evitarse emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza o inútiles, no siendo aceptable, en fin, proseguir un tratamiento artificioso *ad infinitum*. O expresado de otro modo, los sofisticados medios con los que cuenta en la actualidad la medicina no están destinados a prolongar artificialmente la vida que se acaba, creando “cadáveres vivientes”, sin posibilidades de una posterior supervivencia digna. Por lo cual,

33 García Arán, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 26.

34 *Cfr.* Gimbernat Ordeig, “Eutanasia...”, *cit.*, pp. 53 s.

más allá de que no se tenga el deber de obrar en estos supuestos, hay que reputar prohibido este comportamiento, de inadmisibles *furor curandi*, que puede derivar en el denominado *encarnizamiento terapéutico*³⁵. Tal *obstinación médica*, lejos de aportar beneficio al paciente consolida un estado sin salida, y podría dar lugar, como afirma Núñez Paz, a un delito de coacciones o a una falta de malos tratos de obra³⁶. En conclusión, y según indica Romeo Casabona, “iniciar o continuar el tratamiento cuando carece de sentido, sin expectativas reales de devolver la consciencia al paciente, constituiría una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona”³⁷. El segundo de los supuestos, en el que decae la obligación médica de actuar, se refiere a la situación de quien, sin estar en *muerte cerebral* (dado que si lo está, ya no nos encontramos obviamente en un ámbito eutanásico³⁸), padece

35 Ampliamente sobre ello: Núñez Paz, M. A., “Interrupción del tratamiento médico en estados vegetativos irreversibles. El llamado «encarnizamiento terapéutico»”, en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, vol. V, Ed. Univ. de Salamanca, 2003, pp. 105 ss.

36 Así, Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, p. 80.

37 Romeo Casabona, “El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español”, en *RFDUG*, Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero, II, *vol. cit.*, p. 196.

38 Quedan fuera de estas líneas, como es lógico, todas aquellas acciones realizadas sobre personas jurídicamente muertas, en razón de que no resulta posible, claro es, la aplicación de la eutanasia a un fallecido, esto es, no se puede provocar la muerte de un muerto. La cuestión remite entonces a fijar el momento en que debe entenderse que legalmente una persona ha dejado de existir, estimándose invariablemente por la doctrina penal que tal momento viene determinado por el *cese irreversible de las funciones cerebrales*, conforme a lo establecido en el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y transplante de órganos (el ar. 1º del RD 426/1980, de 22 de febrero, que desarrolla la Ley, enumera los datos que deben darse para la comprobación de la muerte). Tal criterio de la muerte cerebral, como resalta Romeo Casabona, respeta al máximo las garantías de protección de la persona, teniendo en cuenta que dicha muerte cerebral comporta la “pérdida de conciencia y de otras funciones superiores, sin las cuales el individuo no puede realizar su condición de persona” (“El médico ante el Derecho”, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1985, p. 39. *Vid.*, del mismo autor, “El marco...”, *cit.*, pp. 194 s.). En definitiva, pues, cualquier acción, por ej., de desconexión

un coma profundo e irreversible. Pues bien, y por las mismas razones acabadas de apuntar, y en concreto porque los modernos medios asistenciales están para devolver la vida y la conciencia y no para perpetuar la inconsciencia, hay que afirmar que resulta criminalmente irrelevante la conducta consistente en poner fin a la asistencia a estos pacientes mediante la desconexión de los aparatos de los que dependen, lo que implica igualmente, por ej., la suspensión de la alimentación e hidratación artificial a través de sonda, en tanto sean consideradas como una medicación o una forma de tratamiento³⁹. En suma, y como asegura Roxin, “debe existir en algún momento un límite para la prolongación artificial de la vida, más allá del cual ya no sea decisiva la voluntad del paciente... porque el retraso continuo del incontenible proceso

de aparatos que sostengan alguna función vital de la persona, cuya muerte cerebral ha sido verificada, no afecta a esta exposición.

- 39 En la actualidad, la distinción entre medios *ordinarios*, como la nutrición y la hidratación (que serían irrenunciables), y medios *extraordinarios* (de los que podría llegar a prescindirse) ha perdido importancia en favor del *criterio de la proporcionalidad*, conforme al cual lo decisivo es saber qué resulta proporcionado o desproporcionado en la situación concreta del paciente. En el caso de Karen Ann Quinlan –quien, debido a la ingestión de una importante dosis de alcohol y barbitúricos, perdió el conocimiento en abril de 1975 entrando en un estado vegetativo persistente, sin posibilidad de recuperar su conciencia–, pese a que, en marzo de 1976, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey autorizó que le fuera retirado el aparato de respiración artificial al que estaba conectada, el fallecimiento no se produjo hasta el año 1985 por una neumonía, siendo alimentada durante esos años a través de una sonda. En el caso de Nancy Cruzan, que estuvo, asimismo, en un estado vegetativo irreversible desde 1983 a 1990, y tras la intervención de varias instancias judiciales, se decidió finalmente la desconexión de la sonda, reconociéndose por vez primera el derecho a la suspensión de la alimentación e hidratación artificial, que fueron consideradas como una medicación (describe minuciosamente estos casos, dando cumplida cuenta de las diversas actuaciones judiciales: Casado González, M., “La eutanasia: Aspectos éticos y jurídicos”, Ed. Reus, Madrid, 1994, pp. 58 ss.). También en el reciente caso de Terri Schiavo –que en 1990, a los veintiséis años, cayó en coma permanente por una bajada de potasio a causa, al parecer, de un régimen de adelgazamiento–, se concluye autorizando, en marzo de 2005, después de una intensa contienda legal, la retirada de las sondas que la alimentaban, lo que determinó su muerte, caso del que se hicieron amplio eco los medios de comunicación social.

mortal con ayuda de modernos instrumentos médicos no se corresponde con nuestra idea de muerte digna⁴⁰.

Aunque la presente modalidad eutanásica, al igual que la indirecta, quedó implícitamente despenalizada en nuestro Ordenamiento por la entrada en vigor del CP de 1995, puesto que *sólo* se castiga la activa en su art. 143.4 (“el que causare o cooperare *activamente* con actos necesarios y directos...”) y no, en consecuencia, la causada por omisión (eutanasia pasiva), ni, como ya fue subrayado, la indirecta, es lo cierto que ya se aducían, antes de la entrada en vigor del citado texto punitivo de 1995, relevantes razones para, ausente la oposición del afectado, propugnar la impunidad de esta clase de eutanasia y que quedaron reflejadas en los párrafos anteriores, con el añadido, como también se acaba de exponer, de que el deber de esforzarse por el mantenimiento de la vida cesa incluso con la oposición del enfermo (que pudo expresarla mediante declaración previa), o la de sus representantes o familiares, cuando ya no es posible esperar una mejoría que permita que el paciente salga de su dramático estado para tener una existencia digna, existencia que resulta incompatible con situaciones de prolongación artificial de la vida próximas al ensañamiento terapéutico.

Una importante cuestión que se suscita en este punto es la relativa a si alguna de las conductas que estamos encuadrando en la eutanasia pasiva posee, en realidad, naturaleza activa, porque, de ser esto así, estaríamos subsumiendo en ella supuestos que entrarían en contradicción, según un amplio entendimiento doctrinal, con la propia esencia de esta clase de eutanasia.

Desde luego, no hay duda de que estamos ante una omisión cuando no se inicia o se interrumpe una actuación médica, por ej., dejando de tratar una nueva enfermedad en un canceroso desahuciado, tratamiento que sólo serviría para alargar una muerte

40 Roxin, C., “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, vol. cit., p. 17

de todos modos próxima⁴¹. No obstante, hay supuestos en los que la respuesta no parece tan obvia: es el caso paradigmático de la desconexión de aparatos o instrumentos técnicos de mantenimiento de determinadas funciones vitales, por ej., del respirador artificial de quien lleva una vida vegetativa sin esperanzas de recuperación. Pero, como se acaba de decir, de ser considerada tal conducta un *facere*, estaríamos, según ciertos autores, ante una hipótesis que no encaja en la clase de eutanasia que ahora se analiza, sino, acaso, en la eutanasia directa (activa) tipificada en el art. 143.4 del CP (de admitirse, claro, para la aplicación de este precepto en relación con las personas que no pueden realizar la petición *in actu*, la solicitud formalizada en sus “instrucciones previas”, pues, en caso contrario, podría surgir una tipicidad más grave, cuestión que será abordada más adelante).

Pues bien, como en los casos por los que nos estamos preguntando el comportamiento activo está dirigido en realidad a una omisión (omitir la continuidad del tratamiento), la frontera entre eutanasia pasiva (impune) y la activa (punible) no puede fijarse atendiendo a criterios *naturalísticos*, esto es, a criterios que diluciden la cuestión sobre la base de la concurrencia o ausencia de movimientos corporales. Por el contrario, la respuesta a dicho interrogante debe resolverse desde una óptica jurídica, entendiendo que lo decisivo es saber si existe o no una omisión en sentido normativo. Y parece correcto admitir, por tener además el comportamiento de desconexión de aparatos un significado social de interrupción del tratamiento, que tal modo de proceder constituye, en esencia, la omisión de una actividad adicional, pudiéndose aseverar entonces que nos hallamos ante una omisión impune, siempre que estén presentes –no hace falta subrayarlo– los presupuestos relativos a la voluntad del enfermo

41 Obsérvese que en estos casos, y en otros, pueden confluír eutanasia pasiva e indirecta, dado que lo ordinario, y exigible, si se dan los debidos presupuestos relativos a la voluntad del enfermo, es que si a éste le surge cualquier tipo de complicación, a la que, por su gravísimo estado, ya no merece la pena hacer frente (pasiva), se le aminore al propio tiempo el sufrimiento mediante analgésicos que, secundariamente, pueden adelantar su muerte (indirecta).

antes comentados. Así pues, aunque la conducta de referencia sea, desde una perspectiva fenomenológica, activa, en la medida en que va destinada a una omisión, debe ser considerada por el Derecho conducta omisiva, dado que a fin de cuentas el instrumento, cuyo funcionamiento se para, viene a ser la *longa manus* del médico, una prolongación de su actividad profesional⁴², de forma que, como asegura Roxin, “el médico puede desconectar la máquina cuando la situación del paciente en el momento de efectuarla sea de tal naturaleza que la conexión de la respiración artificial en ese instante ya no sería indicada”⁴³.

Una interpretación distinta lo que, en realidad, propiciaría es que fueran las características del dispositivo mecánico de apoyo, su diferente configuración, las que marcaran la solución, lo cual no puede ser de recibo. Piénsese, por ej., en la periódica sustitución de las botellas de oxígeno en un aparato de respiración asistida. En este supuesto, la interrupción del tratamiento puede lograrse simplemente no realizando dicha sustitución, un claro supuesto, pues, de omisión que no admite duda. Y ninguna diferencia valorativa ni normativa puede encontrarse entonces si el objeto mecánico, por sus características, requiere ser desconectado para omitir un tratamiento. De la misma manera, el médico omite tanto cuando interrumpe las medidas de reanimación llevadas a cabo por medio de movimientos de masaje, como cuando suspende, en un plano tecnológico más elevado, el trabajo de una máquina⁴⁴.

Precisamente, porque no puede ser desligado el movimiento corporal —imprescindible para desconectar el aparato— de la finalidad que lo guía (omitir el tratamiento), la doctrina mayoritaria,

42 *In extenso* sobre este problema: Núñez Paz, “Interrupción...”, *cit.*, pp. 120 ss. También: Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, pp. 110 ss.

43 Roxin, “La eutanasia en el conflictivo ámbito de la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y el homicidio a petición (a propósito de las sentencias BGH, NSTZ 1987, 365 y LG Ravensburg NSTZ, 229), en *Eutanasia y suicidio*, vol. *cit.*, p. 53.

44 En la doctrina española, aluden a estos ejemplos, entre otros, Núñez Paz, “Interrupción...”, *cit.*, p. 130; Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 121.

haciendo prevalecer criterios jurídicos sobre los naturales, acude en estos casos a la teoría denominada “omisión por acción”, con la que se impide, como ya se adelantó, que sea la conformación del instrumento mecánico lo que se convierta en algo definitivo, determinante, para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, es decir, la que marque la frontera entre una eutanasia activa punible y una pasiva atípica en supuestos, cabe recordar, en los que proseguir el tratamiento carece de todo sentido personal y social⁴⁵. En suma, y como sintetiza García Arán, la distinción naturalística entre conductas que no alargan la vida por la omisión de cualquier tratamiento y aquellas que no la prolongan por la “acción positiva” de interrumpir los medios de apoyo, no puede ser trasladada al ámbito normativo, pues en éste tal acción positiva debe ser valorada como perteneciente al hecho de no prolongar la vida⁴⁶.

Justo es reconocer, empero, que la discusión sobre la naturaleza activa u omisiva de tales comportamientos ha perdido intensidad desde el momento en que muchos de quienes sostienen que la conducta de desconexión es activa, propugnan, de todos modos, su impunidad en hipótesis de imposibilidad de recuperación del paciente. Así, en nuestra doctrina, Zugaldía Espinar estima que aunque en la desconexión de aparatos existe acción, ésta carece de la condición de típica por no podersele imputar objetivamente el resultado que llegue a producirse (la muerte

45 Este es, como digo, el parecer dominante en la doctrina española: entre otros, Bajo Fernández, M., “Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos contra las personas”, Ed. Ceura, Madrid, 1986, pp. 96 s.; del mismo autor, “Disponibilidad...”, *cit.*, p. 1138; González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 115; Queralt Jiménez, “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”, en *ADPCP*, 1988, enero-abril, p. 124; Núñez Paz, “Interrupción...”, *cit.*, pp. 127 ss.; Romeo Casabona, “Los delitos...”, *cit.*, p. 131; Valle Muñoz, “Relevancia...”, *cit.*, p. 188. En la doctrina extranjera, en obras recientes, por ej., Roxin, C., “Tratamiento...”, *cit.*, p. 15 y “La eutanasia...”, *cit.*, pp. 53 ss.; Figueiredo Dias, J., “Comentario conimbricense do Código Penal. Parte Especial, t. I” (J. De Figueiredo Dias, dir.), Coimbra Ed., 1999, p. 13.

46 *Cfr.* García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, p. 61, quien reafirma la impunidad de estos supuestos acudiendo, además, al argumento del bien jurídico (vida humana independiente) y al de la ausencia de imputación objetiva.

del enfermo), puesto que “no es la concreción de una acción que cree *riesgo jurídicamente desaprobado* para el bien jurídico de la vida (criterio del fin de protección de la norma: se excluye el tipo doloso de aquellas acciones causales que, sin embargo, no crean para el bien jurídico un riesgo desautorizado)”. Y el riesgo en estos casos no aparece jurídicamente desaprobado porque lo contrario llevaría a “considerar que el Ordenamiento Jurídico aprueba la acción de prolongar la agonía”. Con todo —concluye este autor—, de considerarse típico tal comportamiento, siempre cabría su justificación acudiendo al estado de necesidad⁴⁷. Por su parte, Silva Sánchez, destaca que en la desconexión del aparato de reanimación deben distinguirse dos momentos: el de *comisión* (parando la máquina y poniendo fin a una vida), y el de *omisión* (en el que se interrumpe un curso salvador propio dirigido a la obtención de una vida plena e independiente para el enfermo). Pero cuando ya no existe tal expectativa de vida digna, la desconexión resulta impune tanto desde la vertiente activa (porque no se pone fin a ningún curso salvador, ya que no hay esperanzas de conseguir para el afectado unas condiciones mínimas de vida), como desde la vertiente omisiva (porque no puede hablarse propiamente de omisión cuando la conducta posible no es capaz *ex ante* de salvaguardar el bien jurídico al que se destina la utilización de los modernos medios de la medicina)⁴⁸. De nuevo, pues, se viene a proclamar, desde una óptica “activa”, la impunidad del comportamiento en tanto éste pone fin a una vida en condiciones penosas de las que el sujeto no puede salir para acceder a una existencia digna.

Precisamente, con algún aspecto de este último planteamiento entronca, en cierta manera, la postura de Tomás-Valiente, basada también, sobre todo, como señala la propia autora, en el pensamiento de Herzberg, del que extrae criterios interpretativos que se proyectan, igualmente, como se comentará, sobre

47 Zugaldía Espinar, “Eutanasia...”, *cit.*, pp. 286 s.

48 *Cfr.* Silva Sánchez, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 249 ss y, en concreto, pp. 257 s.

la justificación de la conducta típica. En efecto, partiendo del punto de vista de la llamada *interrupción de cursos salvadores*, afirma que cuando la persona se encuentra, por ej., en un estado vegetativo permanente, en realidad los mecanismos de soporte vital no entrañan para ella un curso salvador en marcha, dado que el mantenimiento de una vida puramente biológica, que impide a la persona cumplir sus fines, es un alargamiento inútil de una existencia que carece de los atributos que realmente la convierten en humana. Por consiguiente, la desconexión de tales aparatos habrá de tenerse por conducta atípica, teniendo en cuenta que detener su funcionamiento no implica interrumpir un verdadero curso salvador. Cosa bien distinta ocurriría con la desconexión de mecanismos mecánicos que logran alargar la vida de un enfermo consciente (por ej., del tetrapléjico lúcido que precisa de un respirador artificial para seguir viviendo indefinidamente), pues aquí sí hay que considerar, según Tomás-Valiente, que estamos ante un comportamiento *comisivo* típico, incluíble en el tipo atenuado del art. 143.4, de solicitar el enfermo expresamente, claro es (pues, de no ser así, surgirían tipicidades de mayor gravedad), el cese del funcionamiento de la medida terapéutica de apoyo, por suponerle su enfermedad graves padecimientos (físicos o psíquicos) difíciles de soportar⁴⁹. En el lugar correspondiente, se aludirá a la postura de esta autora acerca de la posible justificación de tal conducta teniendo en cuenta, básicamente, el derecho del enfermo a decidir sobre el curso de su tratamiento médico.

49 Cfr. Tomás-Valiente Lanuza, "La cooperación...", *cit.*, pp. 113 ss. Sobre la distinta calificación cuando la interrupción lo es de un curso salvador propio o ajeno, *vid.* también esta obra, pp. 118 y 120. Para Núñez Paz, la desconexión es conducta omisiva cuando la lleva a cabo el médico, pero deja de serlo cuando la realiza un tercero no autorizado ("Homicidio...", *cit.*, p. 103 s.; se refiere, asimismo, al tema en "Interrupción...", *cit.*, pp. 130 s.). Afirma el mismo tratamiento para el médico que para el tercero que realiza la desconexión, en relación con el paciente que no tiene expectativas de vida plena e independiente, Silva Sánchez, "El delito...", *cit.*, p. 259.

2. Exclusión de la inducción

En la redacción del art. 143.4 tampoco se incluye la inducción a quitarse la vida, de suerte que la sanción para quien haga surgir en otro tal idea se recoge en el art. 143.1, con independencia de que esta persona se encuentre en las condiciones de salud aludidas en el art. 143.4⁵⁰. No hace falta advertir que aquí no puede propugnarse la impunidad, como en el caso de la eutanasia indirecta y la pasiva, pues si la cooperación necesaria al suicidio recibe una pena menor (de dos a cinco años de prisión) que la inducción a éste (de cuatro a ocho años de prisión), la previsión en el art. 143.4 de la cooperación necesaria y la exclusión de él de la inducción no es, evidentemente, para que tal grave conducta quede impune, sino para todo lo contrario: para que en vez de aplicársele la pena atenuada de dicho art. 143.4 cuando la inducción se dirige a una persona que está en alguna de las situaciones en él contempladas, se le imponga la pena prescrita con carácter general para la inducción al suicidio, que, según se acaba de indicar, oscila entre los cuatro y los ocho años de prisión⁵¹. Como

50 Según Queralt Jiménez, “no se alcanza a comprender” que el art. 143.4 no se haya extendido a la inducción. La única explicación –en su criterio– estriba en que “la inducción queda amparada por la causa de justificación que supone la libertad de expresión y de conciencia”. Para ello, distingue este autor entre una inducción que podría dar lugar a una autoría mediata de asesinato (por ser de tal importancia que pone “en sus solas manos la acción del suicida”); una inducción que sería subsumible en el 143.1, en la que el “por así decirlo, dominio del hecho” que cabría sobre el inducido no alcanza la intensidad del caso anterior; y una inducción menos directa que quedaría al margen del Derecho penal (“Derecho penal español. Parte especial”, Atelier, Barcelona, 2002, p. 19).

51 Sánchez Tomás considera, sin embargo, que la inducción al suicidio en una situación eutanásica ha quedado despenalizada pues “no puede tratarse conforme al tipo del art. 143.1” porque, de lo contrario, se produciría la paradoja de castigar con mayor pena al que induce al enfermo (en el estado que describe el art. 143.4) a suicidarse que a quien induce a otro para que realice la conducta eutanásica del art. 143.4: de causación de la muerte del enfermo grave que así lo ha pedido, en “Derecho penal. Parte Especial I” (por L. Rodríguez Ramos, M. A., Cobos Gómez de Linares, J. M. Sánchez Tomás), Serv. publicaciones Facultad de Derecho Univ. Complutense, Madrid, 1996,

expresa Tomás-Valiente Lanuza, crear en otro la idea de acabar con la propia vida, recibe idéntica desaprobación tanto fuera como dentro de un contexto eutanásico, con lo cual puede entenderse que el legislador ha pretendido restringir el tratamiento privilegiado tan sólo a los casos en los que la decisión de morir responde a una reflexión exclusivamente individual⁵². Por lo demás, las penas del art. 143.1 cederán paso a las del art. 138 o 139 si el suicida no conserva el dominio del hecho, y éste queda en manos de quien ha ejercido la manipulación de su voluntad. Estos casos, como se destaca por la doctrina, deben ser calificados como autoría mediata de homicidio o asesinato, pues el suicida es utilizado como instrumento para que ejecute su propia muerte, como sucedería en la inducción sobre un inimputable que desconoce el alcance de la acción que lleva a cabo⁵³.

3. Atipicidad de la cooperación no necesaria

Hay que indicar, igualmente, que quedan extramuros del art. 143.4 las contribuciones activas a la producción directa de la muerte que consistan en complicidad. En efecto, como la norma está referida a la cooperación activa con actos necesarios, queda claro que los actos que impliquen una simple ayuda a la muerte, no imprescindibles para ella por quien los solicita, son actos que no interesan al Derecho penal. Y debe añadirse que dicha cooperación al hecho no necesaria o complicidad es, asimismo, atípica en la hipótesis del suicidio fuera del contexto eutanásico, puesto que el art. 143.2 castiga con pena de dos a cinco años únicamente al que coopera con actos necesarios al suicidio de una persona.

Al margen de los países que regulan la eutanasia, como Holanda o Bélgica, en el Código penal alemán, por ej., cualquier clase de contribución al suicidio es impune, dado que al no estar elevada a

pp. 60 s. De modo contrario, con argumentos que comparto, Barquín Sanz, "La eutanasia...", *cit.*, pp. 169 ss.

52 Cfr. Tomás-Valiente Lanuza, "La cooperación...", *cit.*, p. 107.

53 Así, García Arán, en "Comentarios...", *cit.*, p. 49.

delito independiente la ayuda al suicidio (como sucede en España cuando la cooperación es necesaria), de un hecho principal atípico (el suicidio) no se puede derivar responsabilidad penal (carácter “accesorio” de la participación), con lo cual dicha impunidad aún parece más clara cuando estamos en un ámbito eutanásico. El caso más expresivo de la jurisprudencia de ese país, como nos lo relata Roxin, es el del médico Hackethal, que en 1984, previa solicitud, proporcionó cianuro potásico a una mujer gravemente enferma que padecía un cáncer incurable que se le extendía al cerebro. El veneno fue ingerido por la enferma diluido en agua, falleciendo al poco tiempo de un modo apacible sin indicios de agonía. La acusación de la Fiscalía por un homicidio a petición fue desestimada por el Tribunal de Traunstein y por el Tribunal Superior de Munich⁵⁴

A la vista de lo expuesto, resulta ineludible trazar los límites entre la cooperación necesaria (punible) y la no necesaria (complicidad impune), para lo que hay que acudir a las teorías que, con carácter general, se manejan para distinguir entre el art. 28-b (cooperación necesaria) y el art. 29 (cooperación no necesaria o complicidad), empresa que ha supuesto, y sigue entrañando, dificultades para doctrina y jurisprudencia, hasta tal punto de que no faltan autores que cuestionen la existencia conjunta en nuestro CP de las categorías de cooperación necesaria y no necesaria, por considerar, precisamente, insuperables los problemas para delimitarlas, abogando *de iure condendo* por prescindir de esta doble modalidad⁵⁵, problemas que se agudizan, además, cuando

54 Cfr. Roxin, “Tratamiento...”, *cit.*, p. 26.

55 Para Muñoz Conde se trata de “una de las distinciones más arbitrarias y difíciles de cuantas conoce la Dogmática jurídico-penal” (“Derecho penal...”, *cit.*, p. 70). También, Octavio de Toledo y Ubieta, E.-Huerta Tocildo, S., “Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito” (II), Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 278. Gracia Martín destaca, asimismo, lo perturbador que resulta la permanencia en el CP “de una doble figura de complicidad, la principal del cooperador necesario, equiparada en la pena a la autoría y la secundaria del simple cómplice, para la que se prevé una atenuación de la pena. El mantenimiento de la figura del cooperador necesario determina una gran inseguridad jurídica. No es posible distinguir entre una y otra clase de complicidad, pues no es posible medir la eficacia causal de las condiciones. La

se proyectan sobre la materia objeto de análisis⁵⁶. Pues bien, de todas las opiniones doctrinales existentes al respecto parece que la mejor cuadra, a los efectos del art. 143.4, es la defendida por Rodríguez Mourullo. A su juicio, para distinguir la cooperación necesaria de la mera complicidad es preciso atender al hecho concreto, aunque la determinación de cuando la cooperación es

jurisprudencia, por ello, califica un mismo comportamiento unas veces como cooperación necesaria y otras como complicidad. Si se estima que a veces, pero no siempre, el cómplice merece la misma pena que el autor, entonces, la solución ha de ser la de suprimir la cooperación necesaria y establecer una atenuación facultativa de la pena para el cómplice”, “Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (y II)”, en *Actualidad Penal*, 1994, nº 18, pp. 359 s. La cuestión había sido ya tratada extensamente por Cerezo Mir (al que sigue Gracia), para quien ninguno de los criterios propuestos a la hora de distinguir entre cooperador necesario y no necesario conduce a resultados satisfactorios: “Autoría y participación en el vigente y futuro Código penal”, en *La reforma del Derecho penal* (S. Mir Puig, ed.), Servicio de publicaciones de la Univ. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 238 ss. Para otros autores, sin embargo, el refundir cooperación necesaria y no necesaria en un único concepto de complicidad equiparado a la autoría, pero dejando al juzgador la posibilidad de rebajar la pena, no parece una solución que entrañe ventajas con respecto a la del vigente CP, puesto que la acogida por éste al menos proporciona al intérprete un criterio sobre aquello que ha de buscar, por más que sea un criterio de difícil concreción. Tal punto de vista se defiende por Díaz y García Conlledo, M., “Autoría y participación”, en *La Ley*, 1996-1, p. 1284; Gómez Rivero, M^a C., “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, en *La Ley*, 1996-1, p. 1627.

- 56 Advierte Cerezo Mir, en referencia concreta al art. 149 del PCP de 1992 (que se corresponde con el vigente 143), que “las dificultades para distinguir la cooperación necesaria y la complicidad afectan gravemente a la delimitación de la conducta típica en las figuras delictivas de auxilio al suicidio, homicidio-suicidio y de eutanasia. Esta imprecisión supone una infracción del principio de legalidad...”, proponiendo, por ello, suprimir las palabras “con actos necesarios” (“Proyecto de Ley orgánica del Código penal, de 1992”, en *Estudios sobre la moderna reforma penal en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, pp. 212 s.). También Torío López se muestra crítico, a propósito del análisis del PCP de 1980, sobre el mantenimiento de la doble figura, señalando que los esfuerzos teóricos para establecer la delimitación podían considerarse un fracaso y subrayando, además, que proyectar sobre la cooperación al suicidio la distinción entre cooperación necesaria y simple complicidad no es razonable (“Instigación...”, *cit.*, pp. 181 ss.).

necesaria o no debe hacerse depender no del *cómo* (esto es, no de si la ejecución de ese hecho podía realizarse del mismo modo o exactamente igual de haber faltado tal cooperación), sino del *si* de dicha cooperación (es decir, si tal ejecución podía haberse llevado a cabo, por más que fuese de otra manera, en el caso de no haberse producido la cooperación). Lo decisivo, en suma, será determinar si el hecho se podía haber cometido, incluso de modo distinto, sin la contribución prestada, y para ello hay que formular “un juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto. Si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la colaboración ajena, el auxilio es necesario. Si el autor *podía* realizar el hecho –aunque fuese recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta– en la misma ocasión en que lo realizó sin el concurso del cooperador ni otro equivalente, el auxilio no es necesario”⁵⁷. Las alusiones al “autor” deben entenderse hechas, dada la singularidad del ámbito en el que nos movemos, tanto a quien no quiere vivir y se causa la muerte a sí mismo, como a la persona que provoca la muerte del que no desea continuar su existencia. Es decir, la cooperación necesaria a la muerte eutanásica de otro abarca, además de la ayuda al enfermo proporcionándole los medios para morir, la colaboración con quien ejecuta la muerte a petición. Y en ambos casos –cooperación necesaria con el enfermo que se causa la muerte o con el tercero que se la causa–, la pena será la inferior en uno o dos grados a la prevista en el art. 143.2, puesto que la ley no quiere que el castigo sea igual para el que provoca directamente la muerte solicitada (el tercero que la causa recibirá la pena inferior en uno o dos grados a la del art. 143.3) que para el que colabora con actos necesarios en ella, independientemente de que ayude al propio enfermo o a quien lleve a cabo los designios de éste⁵⁸.

57 Rodríguez Mourullo, G., en “Comentarios al Código penal”, I (J. Córdoba Roda-G. Rodríguez Mourullo), Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 872 ss.

58 Así, García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, pp. 62 s.

La anterior teoría es seguida en la interpretación del art. 143 por Jorge Barreiro, que pone el acento en las posibilidades objetivas de la persona de poder o no realizar, en un determinado momento, su decisión de morir sin la colaboración de quien le presta la ayuda⁵⁹. En esta misma dirección, se manifiesta Tomás-Valiente, autora que, en referencia específica a las personas que no pueden causarse a sí mismas la muerte (caso de las completamente inmovilizadas o muy debilitadas), considera que “si en ese momento y circunstancias el sujeto no hubiera podido quitarse la vida de no ser por la colaboración prestada, nos hallaremos ante una cooperación necesaria, con independencia de que el suicida estuviera por completo resuelto a llevar a cabo su decisión y sin que a dicha calificación obste el que eventualmente le hubiera sido posible recabar la ayuda de alguna otra persona. Habría de estimarse mera complicidad impune, en cambio, respecto de conductas consistentes en proporcionar al sujeto medios comisivos que en cualquier caso se hallaban a su alcance”⁶⁰. Participa, igualmente, de este parecer García Arán: “la imprescindible de la cooperación debe valorarse en el plano concreto y entenderse que resultaba necesaria si el suicida hubiera debido renunciar a la

59 Cfr. Jorge Barreiro, “Comentarios...”, *cit.*, pp. 412 s.

60 Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, pp. 71 ss. Para Tomás-Valiente, la postura que Cobo del Rosal-Vives Antón mantienen para distinguir el art. 28 b) del art. 29, centrada en el proceso motivacional del autor, puede llevar en el específico campo del art. 143 a “resultados difícilmente coherentes con la letra de la ley”, pues si lo determinante a tal efecto fuera la influencia ejercida en la motivación del autor, y éste libremente hubiera decidido quitarse la vida, surgiría en todo caso la complicidad (atípica), por más que luego la ayuda material resultase imprescindible para la realización del suicidio. En cambio, estaríamos ante una cooperación necesaria (típica) cuando la colaboración prestada hubiera sido fundamental en el proceso motivacional del sujeto que de carecer de dicha ayuda no hubiese puesto fin a su vida. (Recordemos que, según Cobo-Vives, lo decisivo es inquirir “no si el autor hubiera *podido efectuarlo* [sc. el hecho], aun de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la Ley, *si lo hubiera efectuado*. Se trata de un juicio *sobre el proceso motivacional del autor y no, como a veces se interpreta, de una mera evaluación de sus posibilidades objetivas*”: “Derecho Penal. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 759.)

ejecución por carencia de medios o condiciones, aunque le hubiera resultado posible ejecutarlo de otra forma y en otro momento”, añadiendo que los actos de colaboración han de consistir en “aportaciones objetivas y materiales a la ejecución de la decisión”⁶¹. Por lo demás, debe añadirse, abundando en esta idea, que la ayuda necesaria que en concreto el art. 143.4 tipifica ha de tener lugar después de que exista petición expresa, seria e inequívoca de quien quiere morir. Ello no significa que para la toma de decisión del suicida no haya podido influir que un tercero, por ej., anuncie su disponibilidad de colaborar en la muerte, pero luego—una vez que quien desea morir lo decide definitivamente y realiza la solicitud de ayuda—el que ha prometido la ayuda debe colaborar con actos objetivamente imprescindibles al hecho, pues sólo de esta manera puede apreciarse que la colaboración es necesaria.

Algunos autores como Olmedo Cardenete⁶² y Toledano Toledano⁶³ tienen en cuenta para resolver la cuestión, además de la contribución de Rodríguez Mourullo, también la de Gimbernat, quien sostiene, en su conocida “teoría de los bienes escasos”, que una colaboración será necesaria si constituye un *bien escaso* para el autor en la concreta situación de que se trate, siendo esencial que *ex ante* la contribución pueda ser calificada como imprescindible. Y si, por el contrario, el bien es abundante y al autor no le resultaba indispensable para cumplir su propósito, entonces cabe calificar la cooperación prestada de simple complicidad, pues aunque no se le hubiera proporcionado o facilitado dicho medio en esa concreta situación el autor también podía, por su cuenta, disponer de tal medio⁶⁴.

61 García Arán, en “Comentarios...”, *cit.*, pp. 51 s.

62 Cfr. Olmedo Cardenete, M., “Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido”, en *Eutanasia y suicidio*, vol. *cit.*, pp. 137 ss.

63 Cfr. Toledano Toledano, “Límites...”, *cit.*, pp. 191 ss.

64 Cfr. Gimbernat Ordeig, E., “Autor y cómplice en Derecho penal”, Univ. de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de publicaciones e intercambio, Madrid, 1966, pp. 151 ss. Desde una perspectiva general, para Mir Puig las aportaciones de R. Mourullo y Gimbernat son compatibles y complementarias,

III. PETICIÓN DE LA MUERTE. REQUISITOS

El tipo atenuado del art. 143.4 únicamente puede ser aplicado, constatados el resto de sus elementos, cuando el que causa o coopera activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro actúa previa “petición expresa, seria e inequívoca de éste”, sin que sea preciso que la solicitud se dirija *especialmente* al sujeto activo⁶⁵. En consecuencia, no basta con el mero

en tanto la una nos señala para qué ha de ser necesaria la contribución (para el *si* y no para el *cómo*) y la otra, nos permite saber que ha de entenderse por necesidad de la cooperación, cuestión en la que entran en juego la escasez o abundancia del bien o actividad con la que se contribuye al hecho, y en la que es decisiva que *ex ante* la cooperación apareciera como necesaria (“Derecho penal. Parte general”, Ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 408 ss.). Díaz y García Conlledo, que participa de la opinión de Mir acerca de la referida compatibilidad y complementariedad, añade, por su parte, que existe al menos un caso en el que pese a que la actividad o el medio que se presta al autor no sean objetivamente escasos, la cooperación ha de tenerse por necesaria: “cuando los demás intervinientes, en especial el autor o autores, hayan considerado (sea objetivamente así o no) tan importante la contribución del sujeto que decidan no actuar y abandonar la realización del hecho si el sujeto retira su contribución...” (“Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Ed. Civitas, 1995, pp. 1714 s.). No conviene olvidar, desde la óptica general de la delimitación entre los arts. 28 b) y 29 CP, la postura de Cobo del Rosal y Vives Antón, a la que se ha hecho mención en una nota anterior. De interés, desde este mismo enfoque general, resulta también el criterio de López Peregrín, autora que sintetiza su punto de vista indicando que “será cooperación necesaria la conducta que, sin consistir en la realización directa de actos típicos, incrementa *ex ante* sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor (de manera que su retirada pueda desbaratar el plan delictivo), si *ex post* resulta efectivamente causal para el resultado” (“La complicidad en el delito”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 446).

65 Así, entre otros, Zubiri Salinas, quien subraya que si, por ej., el enfermo solicita al médico o a la dirección del centro donde está internado que se ponga fin a su vida, “la acción típica de cualquiera de los sanitarios estará acogida por esta específica modalidad atenuada” (“Colaboración al suicidio y eutanasia”, en *Delitos contra las personas*, Manuales de Formación Continuada, 3, CGPJ, Madrid, 2000, p. 77). De modo similar se expresa Sánchez-Junco Mans, autor que admite que la petición pueda ser realizada genéricamente, no

consentimiento o conformidad a una propuesta ajena para que la privación de la vida, de quien acepta dicha proposición, pueda encajarse en el mencionado precepto, sino que debe mediar una solicitud de quien desea morir, con lo cual la ley traslada la iniciativa al sujeto pasivo, porque de lo que se trata es de asegurar que sea su voluntad, sin interferencias, la que domine todo el proceso decisorio. Por tal razón, el CP reclama que la petición revista los indicados caracteres de *expresa, seria e inequívoca*⁶⁶.

1. Petición *expresa*. Capacidad de decisión.

En este apartado se abordará el tema del significado que ha de atribuirse a que la petición sea expresa y, también, el de la capacidad para realizarla, que entronca, sirviéndole de presupuesto, con la exigencia de *seriedad* de dicha solicitud.

El requisito de que la petición sea *expresa* permite, por una parte, que la solicitud, además de escrita, pueda hacerse, por ej., oralmente⁶⁷, e impide, por otra, que pueda tomarse en consi-

a persona determinada, aunque ello le parece indeseable, en “Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)” I. Serrano Butragueño, coord., Ed. Comares, Granada, 1998, p. 965.

66 Habida cuenta de la necesidad de la petición, elemento nuclear del tipo, estamos ante un delito de participación necesaria, característica que también presentan el resto de los supuestos del art. 143, en los que se requiere el consentimiento del suicida. *Cfr.* García Arán, “Comentarios...”, *cit.*, p. 44; Olmedo Cardenete, “Responsabilidad...”, *cit.*, pp. 123 s.

67 Admite también la petición “gestual”, lo cual me parece correcto en situaciones en las que no pueda efectuarse verbalmente o por escrito, y la voluntad del enfermo sea inequívoca, Suárez-Mira Rodríguez, C., “Manual de Derecho Penal, II, Parte Especial (C. Suárez-Mira, coord.), Thomson-Civitas, 2004, Madrid, p. 64. Sánchez-Junco no juzga indispensable que sea escrita: “es bastante que conste de manera fehaciente” (“Comentarios...”, *cit.*, p. 965). Y según Toledano Toledano, puede ser “oral, escrita, etc.” (“Límites...”, *cit.*, p. 205). Carbonell Mateu estima que “por expresa puede entenderse tanto escrita como oral: basta con que el sujeto utilice cualquier modo de expresión” (“Comentarios al Código Penal de 1995”, vol. I, T. S. Vives Antón, coord., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996”, p. 763). Para Díez Ripollés, la petición no puede ser en ningún caso tácita o por actos concluyentes (“Comentarios”,

deración la realizada tácita o presuntamente. El precepto, pues, lo que pretende es que no se aplique su penalidad atenuada cuando exista cualquier duda acerca de los deseos del interesado, que no pueden colegirse, por consiguiente, de la suposición de que, caso de saber que se encontraría en la situación en la que está, solicitaría su muerte. Resulta evidente, así, que no es factible la apreciación del art. 143.4 sobre la base de la “voluntad presunta”, con argumentos relativos, por ej., a la concepción vital del sujeto, a sus preferencias ideológicas, los comentarios que pudo haber hecho sobre situaciones similares a la que ahora él padece, etc. El tenor literal del precepto resulta tajante: debe existir una petición y, además, esta tiene que ser expresa, petición a realizar siempre por el propio interesado, como se acaba de apuntar, con lo cual tampoco resulta admisible en este terreno la representación (tal entendimiento constituye doctrina absolutamente dominante⁶⁸). En lo que alcanzo a conocer, los únicos que admiten la representación son González Rus y Muñagorri Lagufa. Según el primero, como la solicitud de la muerte tiene que ser del enfermo grave (“de éste”, según el art. 143.4), “en principio, pues, no cabe la representación”; sin embargo, a su juicio, para los menores y personas con graves deficiencias psíquicas sería oportuno que se arbitrara

cit., p. 246). En la misma dirección: Alonso de Escamilla, autora que tan sólo admite “el requerimiento oral o por escrito que no presente ninguna duda sobre su alcance” (en “Derecho penal. Parte Especial”, C. Lamarca Pérez, coord., Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 59); Romeo Casabona, para el que “se excluyen las solicitudes tácitas y por actos concluyentes, así como cualquier otra forma de presunción” (“Los delitos...”, *cit.*, p. 133); Valle Muñoz, que alude únicamente al requerimiento oral o por escrito (“Comentarios...”, *cit.*, p. 708). Jorge Barreiro, al referirse al presente requisito de petición expresa indica que no ha de ser “necesariamente escrita, pudiendo ser oral, aunque no tácita ni presunta” (“Comentarios...”, *cit.*, p. 417).

68 *Cfr.*, entre otros, Flores Mendoza, “La objeción...”, *cit.*, p. 414; Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 246; Jorge Barreiro, “Comentarios...”, *cit.*, p. 417; Romeo Casabona, “Los delitos...”, *cit.*, p. 132; Sánchez Tomás, “Derecho...”, *cit.*, p. 60. En la fundamentación de su propuesta de reforma del art. 409 ACP, el GEPC (que se inclina, como ya se indicó, por la impunidad de la directa producción de la muerte en determinados casos) subraya la impropiedad de cualquier tipo de representación (“Propuesta...”, *cit.*, p. 38).

un procedimiento similar al establecido en art. 156 CP para la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, en el que se contempla la intervención judicial y fiscal, petición del representante legal del incapaz y dictamen de dos especialistas. Y no existiendo dicho procedimiento en la materia que nos ocupa –concluye– “debe bastar con la petición de sus representantes”⁶⁹. El segundo de los autores mencionados admite que “jurídicamente puede interpretarse que la expresión «de éste» no impide necesariamente la intervención, legalmente prevista, de los terceros representantes legales en el ejercicio del consentimiento de un incapaz, superando la mera textualidad de la expresión aunque el objeto del consentimiento sea la vida en la situación descrita en el tipo”⁷⁰. Como queda apuntado, sin embargo, y conforme al sentir mayoritario, al que me sumo, nadie podrá decidir en ninguna hipótesis por el enfermo, lo que equivale a que la atenuación prevista en el artículo objeto de comentario no se extiende a los casos en que éste carece de capacidad para realizar una petición que responda a su libre voluntad: pacientes con significativas deficiencias psíquicas, niños de corta edad o enfermos inconscientes. En definitiva, las posibilidades en estas hipótesis son *de lege lata* claras: partiendo siempre del estado de gravedad al que hace referencia el art. 143.4, de acudirse a la eutanasia indirecta o a la pasiva, ausentes los elementos limitativos para la aplicación de éstas⁷¹, la conducta del médico sería atípica; de recurrirse, contrariamente, a la eutanasia directa (activa), la acción no podría incluirse en el tipo atenuado del art. 143.4, sino que podría ser apreciado el delito de homicidio por cuanto no habría petición válida, esto es, no existiría una verdadera petición en sentido penal.

69 González Rus, “Derecho...”, *op. cit.*, p. 114. Expresamente en contra de este planteamiento: Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, pp. 176 s.

70 Muñagorri Laguía, “Eutanasia...”, *cit.*, pp. 87 s.

71 De acuerdo con lo subrayado *supra* (apartados II.1.A y B), los elementos relativos a la voluntad del enfermo son menos exigentes, lógicamente, en estas dos modalidades eutanásicas que en la eutanasia directa.

Y, en efecto, en aquellos supuestos en los que se practica la eutanasia directa a personas con significativas deficiencias psíquicas, o de poca edad, por más que éstas o sus representantes así lo soliciten, no vendrá en aplicación el art. 143.4 (los inconscientes, por definición, no están en condiciones de hacer petición alguna⁷²). Y tampoco podría ser apreciado el art. 143.2 y 3 (cooperación necesaria al suicidio y homicidio consentido fuera de un contexto eutanásico) porque no estamos ante un suicida, en sentido penal, cuando quien pide ayuda para morir carece, no tanto de imputabilidad cuanto de *capacidad natural de juicio*, esto es, de capacidad para comprender el sentido y trascendencia de su resolución de voluntad⁷³. En conclusión, y con arreglo al parecer sostenido, entre otros, por Díez Ripollés o Núñez Paz⁷⁴, sólo puede reconocerse la capacidad para decidir su propia muerte a la persona que entiende el significado real que se deriva de su solicitud, independientemente, como digo, de que sea una persona que alcance la barrera de la imputabilidad penal, porque esta es una pauta, según indica Valle Muñiz, no infalible⁷⁵. Tal criterio de la *capacidad natural de juicio* ha venido a ser consagrado, como apunta Romeo Casabona, por la ya mencionada Ley 41/2002 (cfr. su art. 3 c)⁷⁶. Por tal razón, quien cause la muerte o ayude al sujeto, con actos necesarios, a quitarse la vida cuando su resolución carezca del indicado conocimiento, perpetra, en principio, el delito de homicidio del art. 138 a título de autoría en sentido

72 Ya veremos el tratamiento jurídico que corresponde en el caso del paciente inconsciente que formula la "declaración vital" antes de caer en tal situación (vid. *infra*, apartado III.1.C).

73 Así, Núñez Paz, "Reflexiones...", *cit.*, pp. 435 s. Y como advierte Romeo Casabona, la imputabilidad no garantiza, en todo caso, que el sujeto que solicitó la muerte (o la consiente en el caso del art. 143.3) tenga capacidad para comprender el alcance pleno de su actuación ("El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 460 s.).

74 Díez Ripollés, "Comentarios...", *cit.*, pp. 187 s.; Núñez Paz, "Reflexiones...", *cit.*, p. 434.

75 Cfr. Valle Muñiz, "Comentarios...", *cit.*, p. 702.

76 Cfr. Romeo Casabona, "Los delitos...", *cit.*, p. 135.

estricto o de cooperación necesaria⁷⁷. En resumen, la petición lleva inherente la capacidad para formularla.

A) Sentado lo anterior, y por lo que atañe, en concreto, a las *deficiencias psíquicas*, debe señalarse, dado que de otra manera el precepto apenas sería susceptible de ser estimado, que no son suficientes para descartar sin más la capacidad de voluntad del interesado, al objeto de que entre en juego el tipo atenuado de referencia, los síntomas de alteración psíquica padecidos por un paciente con pronóstico infausto, pues la “tensión emocional” es la repuesta ordinaria ante una enfermedad incurable y ello no comporta que esté ausente el discernimiento⁷⁸. Tendrá que ser, en definitiva, la ponderación judicial la que determine, a la vista del hecho enjuiciado, si estamos ante una voluntad válida para la aplicación del art. 143.4. Por lo demás, la “declaración vital”, en la que me voy a detener a continuación (dentro del apartado C), puede alcanzar gran importancia en aquellos casos en los que el sujeto la formula por temor, v. gr., a sufrir una demencia en el futuro, que lo incapacite para solicitar ayuda eutanásica en el supuesto, por ej., de llegar a padecer un cáncer que le produzca graves sufrimientos.

77 Cfr. Valle Muñiz, “Comentarios...”, *cit.*, pp. 702 s. La autoría mediata se podría dar, por ej., en el caso del que induce al suicidio a persona que carece de la aludida capacidad natural de comprensión y discernimiento, y que sólo es un mero instrumento en manos del sujeto activo.

78 De este modo, por ej., Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 228, nota 292; García Álvarez, P., “La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida por su titular”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 230. Y como observa Valle Muñiz, “la respuesta psicológica normal a una enfermedad incurable, o incluso a la inminencia de la muerte, no puede llevarnos a negar la capacidad de tomar una resolución propia y capaz del sujeto sobre el momento de su muerte” (“Relevancia...”, *cit.*, p. 175). Expresa dudas al respecto, Zugaldía Espinar, “Homicidio...”, *cit.*, p. 296. Para Muñoz Conde, aunque el suicidio es “la consecuencia de una situación psíquica conflictiva” puede ser al propio tiempo “un acto supremo de libertad” (“*Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio*”, en *RFDUG*, Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero, II, *vol. cit.*, p. 31).

B) En punto a la *edad* del sujeto, ninguna pauta específica nos proporciona el CP. Ha de entenderse, según ponen de manifiesto, entre otros, Díaz Aranda o García Álvarez⁷⁹, que no resulta decisivo que el afectado sea menor de edad para excluir su petición expresa del alcance de la norma, puesto que lo relevante es la verificación, conforme a lo antes indicado con carácter general, de que posee capacidad natural de juicio para comprender el alcance de su solicitud. Como significa Núñez Paz, en este ámbito debe renunciarse a establecer un límite de edad, pues “lo importante es que el consentimiento sea expresión de la libertad decisoria de la persona”⁸⁰. En suma, que el sujeto en cuestión sea mayor o menor de dieciocho años no puede prejuzgar su capacidad, que en todo caso ha de quedar acreditada⁸¹.

C) En cuanto a los pacientes en *estado de inconsciencia*, resultan particularmente útiles las llamadas legalmente “instrucciones previas”, instrucciones sobre cuya operatividad para la aplicación del tipo atenuado del art. 143.4 no existe, ni mucho

79 Cfr. Díaz Aranda, “Dogmática...”, *cit.*, pp. 193 s.; García Álvarez, “La puesta en peligro...”, *cit.*, pp. 231 s.

80 Núñez Paz, “Reflexiones...”, *cit.*, pp. 434 s.

81 La Propuesta que, en su día, formuló el GEPC, propugnando la impunidad de la eutanasia activa, se concretaba, por lo que concierne a esta materia, en la exigencia de una solicitud “expresa, libre y seria de una persona mayor de 18 años, si media capacidad natural de juicio”, con lo cual quedaba descartada la posibilidad de petición válida de un menor de dicha edad por más que pudiera poseer la referida capacidad natural (“Propuesta...”, *cit.*, pp. 36 y 38), subyaciendo en esta postura el aseguramiento de la libertad de decisión y razones de seguridad jurídica. Distinta es la posición del GOOiD, que recomienda que la Ley respete la autonomía de los menores atendiendo a su grado de madurez: “Dado que la normativa más reciente es sensible al problema que supone establecer límites fijos a los procesos vitales –que de suyo son evolutivos– y reconoce el derecho de los menores a tomar decisiones sobre su salud, es necesario aceptar una petición de eutanasia proveniente de un menor maduro. Sería razonable aceptar la pauta –ya reconocida en diversas ocasiones y lugares– de que los mayores de 16 años puedan decidir por sí mismos, con el requisito de que los padres sean oídos y se involucren en la decisión; y en lo que respecta a los menores de entre 12 y 16 años, la aceptación por los padres de la decisión del menor ha de ser un requisito imprescindible” (“Documento...”, *cit.*, pp. 13 y 17).

menos, una línea uniforme en la doctrina. La cuestión, como es lógico, no se suscita a propósito de la eutanasia indirecta o de la pasiva, campo en el que, dentro de los límites previstos, reina acuerdo sobre la oportunidad de dichas “instrucciones”⁸², sino que la discusión se plantea en relación con la eutanasia activa tipificada en el art. 143.4. Porque en este terreno un grupo de autores exige la *actualidad* de la solicitud de que se ponga fin a la propia vida, negando así que sea posible cohonestar *manifestaciones anteriores* con la letra de la ley penal, en la medida en que ésta reclama que la

82 Por ej., en Galicia rige la *Ley 3/2001, del 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes* (reformada por la Ley del 9 de febrero de 2005 para adaptarla a la ya citada Ley estatal 41/2002), Ley gallega muy similar a la vigente en el resto de las Comunidades Autónomas. En su art. 5 establece las condiciones de validez de las “instrucciones previas” entre las que figura que la persona sea mayor de edad, capaz y libre, precepto que coincide en gran medida con el art. 11 de la citada Ley estatal 41/2002. Como el art. 5.3 de la Ley gallega, en concordancia con el art. 11.3 de la Ley estatal, ordena que no se tendrán en cuenta las previsiones contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con lo previsto por el interesado, es claro que queda excluida del ámbito de las instrucciones previas, a los efectos de estas normas, la eutanasia directa, tipificada en el art. 143.4 del CP. Cabe entender, pues, que únicamente se tomará en consideración la opinión del paciente, expresada en su declaración, en referencia a los supuestos en los que pueda estar indicada bien la eutanasia indirecta bien la pasiva, que, según tuve ocasión de señalar, ni son constitutivas de infracción penal ni contrarias, desde luego, con las matizaciones que quedaron expuestas, a la buena práctica médica. En todo caso, resalta Silva Sánchez, la *lex artis* aparece como un límite externo a la eficacia de los documentos de instrucciones previas de los pacientes, autor que afirma que es “mayoritaria la posición que entiende que los documentos de instrucciones previas no pueden ser considerados automáticamente vinculantes, sino que constituyen un medio —ciertamente cualificado— que ha de contribuir a la reconstrucción del consentimiento presunto actual del paciente inconsciente. A lo que debe añadirse la vigencia en este ámbito del principio *in dubio pro vita*”. Vid. el amplio análisis de Silva en su trabajo “Los «documentos...”, *cit.*, pp. 1667 s. Con una visión distinta, el GOObiD recomienda el carácter vinculante del citado documento, por constituir una manifestación fidedigna de quien establece previsiones respecto de su propia muerte, que debe confirmarse comprobando la no revocación de dicho documento (“Documento sobre la disposición...”, *cit.*, p. 17 y “Documento de voluntades anticipadas”, Barcelona, junio de 2001, en <http://www.bioeticayderecho.ub.es> o <http://bio-etica-y-derecho.com>).

petición sea seria (esto es, persistente, lo cual –se indica– no puede predicarse de la *declaración previa* del sujeto que se encuentra ahora en un estado de inconsciencia) e inequívoca (requisito que –se afirma igualmente– tampoco podría concurrir puesto que la situación que sufre el sujeto es muy distinta de la que tenía en el momento de realizar sus instrucciones previas)⁸³. Otro sector doctrinal, en cambio, estima admisible la susodicha *declaración*⁸⁴, con lo cual el autor de la muerte, de darse el resto de los elementos típicos, sería sancionado por el tipo privilegiado del art. 143.4 y no por un delito que podría ser el de homicidio.

Pues bien, y como aseguran Lema Añón-Brandariz García, no parece acertado bloquear por completo la eficacia del también denominado (impropiamente) “testamento vital” en conexión con la modalidad directa de eutanasia⁸⁵, única, por lo demás, que está sancionada en nuestro Derecho, pues, como ya reiteradamente se puso de relieve, quedan fuera de la órbita penal, la indirecta y la pasiva. Así pues, y dado que el tipo no reclama que la solicitud tenga que hacerse cuando aparece la dolencia o se está padeciendo

83 Entre quienes no admiten *de iure constituto* su eficacia, con matices diferenciales, *cfr.* Alonso de Escamilla, “Derecho...”, *cit.*, p. 59; Jorge Barreiro, “Comentarios...”, *cit.*, p. 417; García Arán, “Comentarios...”, *cit.*, p. 65; Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, p. 429, autor que estima que “*de lege ferenda*, debería admitirse”; Queralt Jiménez, “La eutanasia...”, *cit.*, p. 129; Valle Muñiz, “Comentarios...”, *cit.*, p. 709. Para Silva Sánchez, “el médico que lo aplicara [sc., el documento de instrucciones previas] resultaría punible por el delito de homicidio doloso activo (art. 138 CP), siendo discutible la aplicación a dicho supuesto del tenor del art. 143.4 CP” (“Los «documentos...”, *cit.*, p. 1666).

84 Entre otros, Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, pp. 174; Calderón Cerezo, A-Choclán Montalvo, J. A., “Código penal comentado”, Ed. Deusto, Barcelona, 2004, p. 268; Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 227; González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 114; Flores Mendoza, “La objeción...”, *cit.*, p. 414; Lema Añón-Brandariz García, “Disponibilidad...”, *cit.*, pp. 48 ss.; Muñagorri Laguía, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 85; Sánchez Tomás, J. M., “Derecho...”, *cit.*, p. 60; Suárez-Mira Rodríguez, C., “Manual...”, *cit.*, p. 64.; Toledano Toledano, “Límites...”, *cit.*, p. 209; Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 132; Zubiri de Salinas, “Colaboración...”, *cit.*, p. 78.

85 *Cfr.* Lema Añón-Brandariz García, “Disponibilidad...”, *cit.*, pp. 49 s.

(petición *in actu*), cabe sostener que siempre que la *declaración vital* sea clara y precisa (de suerte que se dé una plena coincidencia entre las circunstancias previstas por el sujeto en su solicitud y el estado en el que ahora realmente se encuentra), debe servir como presupuesto para aplicar la penalidad del art. 143.4 a quien causa o coopera activamente en la muerte, evitándose de este modo la estimación de delitos más graves, apreciación de infracciones de mayor gravedad que sería tanto como ignorar toda virtualidad a las instrucciones anteriores dadas por el sujeto, negándoles cualquier tipo de eficacia reductora de la responsabilidad criminal dentro de las posibilidades que ofrece el citado precepto (pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en sus números 2 y 3).

El que dichas instrucciones previas solicitando la eutanasia directa no sean admisibles conforme a lo dispuesto en la citada Ley estatal 41/2002 (o en las Leyes autonómicas), puesto que prohíbe aquellas que sean “contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis»...”, no comporta, naturalmente, que carezcan de efectos en el ámbito penal. Porque lo que viene a ordenar la citada Ley es que “no serán aplicadas” las instrucciones en las que se pida algo opuesto al Derecho o a la *lex artis* médica, exigencia obvia, pues sería impensable que permitiese, en contradicción con el carácter unitario del Ordenamiento, que se tuviera en cuenta una manifestación de voluntad que reclama la realización de una conducta castigada por la ley penal. En consecuencia, el médico no debe seguir las indicadas instrucciones. La cuestión que se plantea entonces es el tratamiento jurídico procedente si, a pesar del mandato legal, las sigue. Y lo que hay que determinar, por tanto, es el delito que el médico comete si –ausente un error en él, y en atención a que la expresa petición recogida en el documento vital le parece seria e inequívoca y concuerda plenamente con la situación dramática que está sufriendo el enfermo– decide poner fin a los padecimientos soportados por el interesado. En mi opinión, que coincide con la doctrina que en este momento estimo cabe calificar de mayoritaria, el delito que surge en tal hipótesis es el del art. 143.4 y no otro de mayor gravedad, dado que una cosa es que una Ley *extrapenal* prescriba que no se tengan en

cuenta las voluntades anticipadas contrarias al Derecho o a la *lex artis*⁸⁶, y otra bien distinta es que ello deba condicionar la interpretación penal.

2. Petición *seria*

La exigencia de *seriedad* tiene como presupuesto la capacidad del afectado para poder realizar la petición⁸⁷. Pues bien, que la petición sea *seria* implica, conforme con la visión que de este requisito nos ofrece Tomás-Valiente, que sea reflexionada, definitiva o firme⁸⁸. O lo que es lo mismo, que no sea tomada como fruto de momentáneos estados de ánimo por los que pueda atravesar el afectado, siendo particularmente relevante, a fin de dar como probada la concurrencia de este elemento, que la petición haya sido reiterada en diferentes momentos, porque ello constituiría un dato decisivo para afirmar el carácter reflexivo con el que fue adoptada.

Lo anterior no cierra el paso, como se adelantó, a la virtualidad de la “declaración vital”, pues, por más que ésta no pudiera ser revalidada en un momento anterior próximo a la actuación eutanásica, la seriedad de la solicitud del sujeto en estos casos puede deducirse de otras circunstancias, v. gr., del conocimiento

86 El GOOBiD al referirse al art. 8.3 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre (de contenido prácticamente igual al del art. 11.3 de la Ley estatal 41/2002), además de censurar la utilización por la Ley de conceptos abiertos como el de “buena práctica clínica”, resalta la dificultad de comprender lo preceptuado en dicho precepto, dado que “es obvio que el marco legal de cualquier sociedad puede variar durante el intervalo de tiempo que transcurra entre el momento de otorgar el Documento de voluntades anticipadas y el de hacer efectivo su contenido; consecuentemente, serían aceptables previsiones que, aun no estando de acuerdo actualmente con el ordenamiento jurídico vigente, en un futuro puedan tener cabida dentro de la legalidad” (“Documento sobre las voluntades...”, *cit.*, pp. 23 s.).

87 Materia tratada al desarrollar el epígrafe anterior: “Petición *expresa*. Capacidad de decisión” (apartado III.1).

88 *Cfr.* Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 133..

de terceros de la permanencia de la decisión o, precisamente, de la no revocación de dicha declaración vital, puesto que, *prima facie*, cuando menos, ello parece indicativo de que se persevera en la idea en ella expresada. En efecto, quien tiene recogida por escrito su voluntad –con lo que esto implica acerca de la profundidad de la reflexión–, y no persiste en su decisión, lo lógico es que la revoque, sin que sea de recibo el argumento conforme al cual debe negarse, en todo caso, la seriedad de la petición en estas hipótesis sobre la base de subrayar que cuando el sujeto forma su criterio lo hace en unas circunstancias distintas de las que sufre en el momento en el que va a llevarse a cabo la práctica de la eutanasia (en el que ya no está en condiciones de reiterar su deseo). En suma, la seriedad de la voluntad expresada en la declaración vital debe, como es evidente, ser verificada, pero no rechazada sin más aduciendo que el que la petición haya de ser seria (e inequívoca) es algo contradictorio conceptualmente con una declaración no efectuada *in actu*. Se trata, debemos recordar, de que la “declaración vital” pueda servir de presupuesto para la aplicación del tipo atenuado del art. 143.4, tipo que no limita su aplicación a que tenga que ser formulada la solicitud de morir a partir del momento en el que aparece la enfermedad. Por consiguiente, de concurrir también el requisito de que la solicitud sea inequívoca en las instrucciones previas dadas por el afectado, procede apreciar, si concurren el resto de los elementos, el art. 143.4.

Por lo demás, la exigencia de que la petición sea *seria* requiere como presupuesto, según resulta obvio, que el sujeto posea una correcta información sobre la gravedad y pronóstico de la enfermedad, habida cuenta de que mal podría calificarse de *seria* una decisión que se apoyase en bases falsas acerca del alcance de la afección padecida por quien la toma, o, por ej., de las cargas que la enfermedad pudiera ocasionar a la familia, información que puede influir, de manera determinante, en la voluntad del enfermo. Y cuando se trate, en concreto, de una declaración vital recogida en el documento de “instrucciones previas”, es el sujeto que solicita la muerte el que condiciona su decisión al padecimiento en el futuro de determinadas enfermedades graves, por lo que debe

darse una plena coincidencia entre el estado en el que se encuentra y la situación por él prevista en su declaración de voluntad previa, pues, de otro modo, no podría ser afirmada la concurrencia del requisito. Todo lo anterior pasa, como es innecesario destacar, porque la libre configuración de la voluntad del sujeto no se vea tampoco mediatizada ni por violencia o intimidación, ni, como digo, por el engaño de un tercero⁸⁹. Y si tal información falsa se transmite conociendo su falsedad con la intención de que el sujeto que la recibe decida morir, llevando a efecto este deseo por dicha manipulación, estaremos ante graves figuras delictivas, cometidas en régimen, por ej., de autoría mediata si es la propia víctima quien se priva de la vida⁹⁰.

3. Petición *inequívoca*.— El requisito, por último, de que la petición del enfermo sea *inequívoca* equivale a que esté concretada en términos claros y precisos, que no den lugar a duda acerca del exacto contenido del deseo de que se ponga fin a su vida⁹¹; y si la solicitud consta en el documento de voluntades anticipadas formalizado por el afectado, ésta revestirá el carácter de inequívoca cuando la voluntad de morir esté igualmente explicitada de un modo que se deduzca, sin el menor asomo de incertidumbre, su voluntad de morir. El carácter inequívoco de la petición hace referencia estricta, pues, a que la muerte debe ser solicitada sin imprecisiones o ambigüedades que permitan cuestionar la voluntad de morir del sujeto pasivo⁹².

89 *Vid.*, sobre ello, Núñez Paz, “Reflexiones...”, *cit.*, pp. 435 ss.

90 Acerca de la posibilidad de autoría mediata de asesinato u homicidio, autoría directa o inducción al suicidio, según los casos, *vid.* Núñez Paz, *ibidem*, y el trabajo de Muñoz Conde, en el que trata de un modo específico el tema, “Provocación...”, *cit.*, pp. 19 ss.

91 *Cfr.* Tomás-Valiente, “La cooperación...”, *cit.*, p. 134.

92 La cuestión de si la exigencia de petición por el sujeto pasivo que establece el art. 143.4, cuyas características se acaban de exponer, es extensible al art. 143.3, o basta en éste con el mero consentimiento o anuencia, divide claramente a la doctrina. Así, por ej., González Rus considera que el art. 143.3 contempla no un simple homicidio consentido, sino un homicidio a petición, por lo que de mediar consentimiento pero no solicitud concurrirá el delito del homicidio del art. 138: sería paradójico —escribe— que se fuese exigente con la

Para finalizar este apartado sobre los requisitos que ha de reunir la petición de la muerte, puede resultar oportuno ilustrarlo en él expuesto citando dos claros ejemplos de distinto signo: uno, en el que no cabría estimar presente ni siquiera la propia petición; y el otro, en el que se darían todos los requisitos relativos a la voluntad del sujeto. El primero es el que nos relata Barquín Sanz: el caso *Debbi*, sucedido a finales de los años

verificación de la existencia de una *petición* por parte de quien se encuentra en circunstancias que hacen más comprensible el deseo de morir (las del art. 143.4) y no proceder de la misma forma cuando el sujeto pasivo se encuentra en otra situación “que hace –al menos legalmente– menos explicable y justificable su deseo” (“Derecho...”, *cit.*, pp. 109 s.). En esta dirección se manifiesta Mir Puig, para quien “el CP castiga el homicidio solicitado por la víctima (art. 143.3)”, añadiendo que “en el art. 143.3 y 4 no cabe todo homicidio consentido, sino sólo el homicidio solicitado” (“Derecho...”, *cit.*, pp. 508 s.). También Carbonell Mateu asevera en relación con el art. 143.3 que “no es suficiente con el consentimiento del sujeto pasivo: hace falta la solicitud expresa del suicida...” (“Comentarios...”, *cit.*, p. 758). De modo distinto, en criterio al que me sumo, se expresa, entre otros, Díez Ripollés: “a falta de apoyos legales para lo contrario, comparto las opiniones que estiman suficiente la presencia de la voluntad de morir sin necesidad de que ella se transforme en una solicitud o petición” (“Comentarios...”, *cit.*, pp. 193 s). En idéntico sentido, Tomás-Valiente: “entiendo preferible inscribir en el art. 143.3 tanto los homicidios solicitados como los consentidos” (“La cooperación...”, *cit.*, p. 98). De la misma manera, Olmedo Cardenete observa que requerir para el art. 143.3 la concurrencia de *solicitud* restringiría “excesivamente el espacio de juego del art. 143.3 CP y vendría a ser materialmente injusta precisamente en los casos en los que, a pesar de la anuencia de la víctima, se castiga por homicidio por el mero hecho de que no media petición formal... Esta interpretación se basa en la exigencia de un requisito que el tipo penal no recoge...” (“Responsabilidad...”, *cit.*, p. 148). Sigue el mismo criterio, en fin, Núñez Paz: “no veo claro porqué puede requerirse la solicitud en el supuesto típico del art. 143.3 cuando la ley no lo especifica explícitamente”, destacando este autor que el requisito relativo a la voluntad del sujeto pasivo que el art. 143.4 consigna es discutible que pueda trasladarse al art. 143.3 (“Reflexiones...”, *cit.*, p. 439). Por su parte, Landeoché Velasco-Molina Blázquez sostiene que el que la petición sea expresa, seria e inequívoca “constituye un elemento diferencial respecto al homicidio-suicidio normal”, pero al referirse a la voluntad del sujeto pasivo en éste señalan que “no se trata sólo de un homicidio resignado, sino de una petición, de una demanda seria del que quiere abandonar la vida” (“Derecho Penal Español. Parte Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 60).

ochenta en los Estados Unidos de América, bien conocido en los ambientes sanitarios de ese país, en el que un médico residente de una guardia nocturna, después de un cruce de miradas con una paciente con cáncer terminal, entendiéndolo que fue un cruce de miradas supuestamente revelador teniendo en cuenta que las únicas palabras pronunciadas por la enferma fueron “acabemos con esto”, procedió a inyectarle una dosis mortal de morfina⁹³. Como segundo ejemplo, situado en el extremo opuesto –de efectiva concurrencia de una paradigmática solicitud *expresa, seria e inequívoca*– debemos mencionar el caso *Ramón Sampedro*, que no requiere entre nosotros de mayor explicación.

IV. EL ESTADO DEL ENFERMO

El art. 143.4 exige, para que se puedan aplicar las penas atenuadas que en él se prevén, “que la víctima⁹⁴ sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”.

La *enfermedad grave* es, pues, el presupuesto común de las dos situaciones sanitarias contempladas, enfermedad que puede ser definida, como hace Díez Ripollés, como “una alteración del normal funcionamiento del organismo humano que admite también dentro de sí menoscabos de la integridad con efectos funcionales y minusvalías de cualquier tipo”, equivaliendo el adjetivo *grave* a que la enfermedad, además de comportar una

93 Cfr. Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, p. 173.

94 La utilización del término “víctima”, que la ley acoge, no parece aconsejable teniendo en cuenta que va referido al sujeto que pide la muerte. Así, por ej., Carbonell Mateu, “Comentarios...”, *cit.*, p. 760; Queralt Jiménez, “Derecho...”, *cit.*, p. 24. La única explicación plausible para el empleo del indicado término es, como significa Barquín Sanz, que se hubiese usado por el CP en el sentido de víctima de la enfermedad (“La eutanasia...”, *cit.*, p. 172).

significativa afectación de la calidad de vida, requiera la permanencia, esto es, su incurabilidad⁹⁵.

1. La primera situación derivada de la enfermedad grave es que ésta “conduciría necesariamente a su muerte”.

Como puede comprobarse, no se reclama en esta modalidad que la enfermedad sea dolorosa (consecuencia que se deduce tanto de la dicción del precepto cuanto de su génesis legislativa, puesto que las enmiendas que propugnaban que se introdujese una referencia al carácter doloroso de la situación fueron rechazadas). Por otra parte, y como escribe González Rus, la exigencia de que debemos estar ante una enfermedad *incurable* lo es por la simple razón de que la norma requiere que lleve necesariamente a la muerte, abarcándose, básicamente, bajo esta modalidad a los enfermos “terminales” y casos inmediatamente previos a los de éstos, en los que lo que se quiere es eludir llegar, precisamente, a tal situación terminal⁹⁶.

No obstante, que el legislador no aluda a la mayor o menor proximidad de la muerte, permite sostener a Sánchez-Junco, aduciendo una interpretación *pro reo*, que basta con un mero diagnóstico de enfermedad grave que conduzca necesariamente a la muerte, aunque no esté próxima sino diferida en el tiempo, consecuencia *de lege lata* que le parece, sin embargo, indeseable⁹⁷. En términos semejantes, señala Carbonell Mateu que no es obligatorio que el sujeto se encuentre en fase terminal, pues

95 Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, pp. 233 s. Parten, igualmente, de una concepción amplia de la enfermedad grave, comprensiva no sólo de procesos patológicos, sino también de una afectación de la salud proveniente de cualquier traumatismo, por ej., de un accidente, entre otros, Carbonell Mateu, “Comentarios...”, *cit.*, p. 763; Lema-Brandariz, “Disponibilidad...”, *cit.*, p. 45; Queralt Jiménez, “Derecho...”, *cit.*, p. 24; Valle Muñiz, “Comentarios...”, *cit.*, p. 707. Tal concepción se coherente plenamente con un entendimiento de la enfermedad como menoscabo de la salud, entendida ésta –en los términos adoptados por la Organización Mundial de la Salud– como estado de bienestar físico, mental y social. *Cfr.* García Arán, “Comentarios...”, *cit.*, p. 59.

96 *Cfr.* González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 112.

97 *Cfr.* Sánchez-Junco Mans, J., “Código...”, *cit.*, p. 965.

es suficiente con un diagnóstico de la enfermedad que implique “resultados letales a los que conducirá en un tiempo más o menos lejano”⁹⁸. Con todo, me parece preferible entender, como hace Díez Ripollés, que la no superación del ámbito de protección de la vida lleva consigo “que el óbito vaya a tener lugar en un plazo no lejano y relativamente determinado”⁹⁹. En cualquier caso, las enfermedades crónicas no quedan aquí incluidas, enfermedades que se pueden padecer conservando una calidad de vida digna, que supera, desde luego, cuando están convenientemente tratadas, los mínimos exigibles¹⁰⁰ (es el caso, por ej., del sida). De esta suerte, no sería factible estimar con relación a ellas el art. 143.4 (sino tipos de penalidad más severa: números 2 y 3 del art. 143.4), sin perjuicio, claro es, de que determinadas situaciones puedan estar abarcadas en él, de concurrir los elementos de la segunda de las hipótesis referidas a la enfermedad contemplada por la norma¹⁰¹.

Y tampoco, ciertamente, merece la aplicación del tipo privilegiado, según indica Tomás-Valiente, quien da cumplimiento a la solicitud de morir cuando el peticionario padece, por ej., un tumor cancerígeno que, por estar en una fase inicial, podría ser extirpado con probabilidades de recuperación del enfermo. Parece obvio que en este caso no se satisfaría lo que requiere el precepto para la aplicación de las penas atenuadas previstas, dado que la enfermedad no conduciría inexorablemente a la muerte de ser tratada como es debido¹⁰². Por ello, una actuación eutanásica en este contexto no se hallaría incluida en el art. 143.4.

98 Según Carbonell Mateu, “cualquier otra interpretación resultaría extensiva y contraria al reo” (“Comentarios...”, *cit.*, p. 763).

99 Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 234. Habla también de un “plazo relativamente determinable” Jorge Barreiro, “Comentarios...”, *cit.*, p. 417. En esta línea, asimismo, entre otros, Lema Añón-Brandariz García, “Disponibilidad...”, *cit.*, p. 46.

100 De este modo, Romeo Casabona, “Los delitos...”, *cit.*, p. 129.

101 *Cfr.*, por ej., González Rus, “Derecho...”, *cit.*, pp. 112 s.

102 *Cfr.* Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 125.

2. La segunda de las modalidades previstas es la atinente a la enfermedad grave que le produzca al afectado “graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”, hipótesis que comprende tanto los padecimientos físicos como psíquicos (de “angustia y aflicción psíquica”) no remediables¹⁰³, susceptibles de responder a diversas causas como, por ej., la desesperación y el desconsuelo que puede suponer para un enfermo inmovilizado el tener que depender por completo de la familia hasta para las cosas más elementales. Y en este ámbito, con el fin de determinar si concurren condiciones mínimas de calidad de vida, hay que potenciar el aspecto subjetivo mediante la comprobación de si el afectado siente que está teniendo una vida digna o si, por el contrario, su situación la padece como degradante o insufrible, porque tal vivencia debe ser tomada en cuenta como un dato de singular relevancia, al objeto de considerar admisible la atenuación prevista en el art. 143.4 para la intervención eutanásica directa¹⁰⁴.

Como pone de relieve Valle Muñiz, siguiendo el criterio del GEPC, quedan abarcados dentro del presente supuesto de “graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar” los

-
- 103 Así, entre otros, Carbonell Mateu, “Comentarios...”, *cit.*, p. 764; Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, pp. 226, nota 285; Muñagorri Laguña, “Eutanasia...”, *cit.*, p. 79; Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, p. 434; Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p. 127.
- 104 Resaltan esta perspectiva subjetiva, entre otros, Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 226; Lema Añón-Brandariz García, “Disponibilidad...”, *cit.*, p. 46; Romeo Casabona, “Los delitos...”, *cit.*, p. 129. *Cfr.*, igualmente, GEPC, “Propuesta...”, *cit.*, 21, en la que se alude a “carencia de bienestar físico o psíquico que, siendo socialmente de importancia, resulten subjetivamente insoportables para el afectado”. Esta especial consideración del aspecto subjetivo no contradice la admisibilidad de la “declaración vital” en esta segunda modalidad de “enfermedad grave”, por cuanto en el caso del interesado que haya solicitado en dicha declaración la muerte, de llegar a una situación de padecimientos permanentes y difíciles de soportar, y carezca de condiciones para expresar lo que siente en el momento de plantearse la actuación eutanásica, debe primar entonces tan sólo al criterio objetivable de la carencia de bienestar físico o psíquico *socialmente de importancia*, siempre, claro es, que estemos ante una situación que concuerde plenamente con la prevista por el enfermo.

casos de lesión, enfermedad en sentido estricto, o minusvalía en los que “según los actuales conocimientos médicos, no existen posibilidades fundadas de curación y hay seguridad o gran probabilidad de que van a persistir durante el resto de la existencia...”, estados que pueden provocar, además, como quedó apuntado, ausencia de bienestar físico o psíquico¹⁰⁵. Partiendo, pues, de un concepto amplio de enfermedad, conforme a lo indicado al principio de esta apartado, se esquivan las objeciones que algún autor efectúa en torno al alcance del precepto, como la que recalca Sánchez-Junco, quien critica que el tipo atenuado sólo sea aplicado cuando los graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar “provengan únicamente de una enfermedad y no de cualquier otro supuesto, como las deficiencias psíquicas permanentes, o las simples alteraciones de salud que no sean susceptibles de ser catalogadas como de enfermedad, o incluso las derivadas de un supuesto traumático como en el caso de un accidente”¹⁰⁶. Solamente, como digo, una interpretación como la adoptada permite, por ej., que puedan ser incluidos dentro del tipo atenuado supuestos como el de Ramón Sampedro, dado que, en caso contrario, la tipicidad que emergería por su muerte sería otra con mayor pena.

Lógicamente, hay que interpretar que debe darse aquí entrada al dolor o padecimiento “intermitente” (lo cual no equivale a “esporádico”). En consecuencia, no es necesario que los sufrimientos afecten al enfermo con una continuidad absoluta, sino que resulta suficiente para colmar el requisito típico con su permanencia¹⁰⁷.

Se ha subrayado por Tomás-Valiente, a propósito de su análisis sobre esta segunda hipótesis, relativa al estado del sujeto pasivo, que si bien los continuos *padecimientos psíquicos* integran el elemento de “graves padecimientos permanentes y difíciles de

105 Valle Muñoz, “Comentarios...”, *cit.*, p. 708.

106 Sánchez-Junco Mans, “Código...”, *cit.*, p. 965

107 Así, Carbonell Mateu, “Comentarios...”, *cit.*, p. 764, y Sánchez-Junco Mans, “Código...”, *cit.*, p. 965.

soportar”, se excluyen de su ámbito tales padecimientos psíquicos si éstos proceden, a su vez, de una enfermedad psicológica o mental. A su entender, aunque ello no se encuentre explicitado en el CP, el precepto tiene como base tácita que la enfermedad sea “física”, ya que esta segunda alternativa de la enfermedad grave que estamos comentando (aquella que “produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”) tan sólo se prevé para incluir en la tipología atenuada supuestos de enfermedades físicas graves que no puedan ser abarcadas por la primera modalidad (“enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte”)¹⁰⁸. Y añade también esta autora que el propio art. 143.4 impide radicalmente su aplicación al supuesto de referencia, puesto que si la enfermedad mental es *grave* (pues si no fuera así, ya no cabría ni suscitar la cuestión por exigir el tipo que se trate únicamente de una enfermedad grave) dicha enfermedad impediría la *seriedad* de la solicitud del sujeto para que se le causara la muerte o para que se le ayudase a morir¹⁰⁹.

No obstante, a mi juicio, el problema acabado de apuntar no sería tan simple de resolver en aquellos casos en los que exista una “declaración vital” que contenga una solicitud, seria e inequívoca,

108 De acuerdo con este planteamiento: Suárez-Mira Rodríguez, “Manual...”, *cit.*, p. 64.

109 Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, p.127 s. Al respecto, Lema-Brandariz estiman prudente limitar la aplicación del art. 143.4 a la existencia de sufrimientos psíquicos que deriven de una enfermedad física, y ello en razón de que “la admisibilidad de los producidos por una patología mental podrían plantear problemas desde la perspectiva de los requisitos de la manifestación de voluntad” (“Disponibilidad...”, *cit.*, p. 46). También para Romeo Casabona la enfermedad “habrá de ser de raíz orgánica”, en razón de las dificultades que surgirían en relación con la concurrencia del resto de los elementos del tipo “en especial los relativos a la formación de una voluntad aceptable para el Derecho” (“Los delitos...”, *cit.*, p. 129). Estos autores, pues, no invocan, en la adopción de su punto de vista, el que la segunda alternativa de la grave enfermedad esté prevista para que resulte posible la pena atenuada en supuestos sólo de enfermedades *físicas* no incluíbles en la primera de las modalidades de enfermedad grave, con lo cual no se obstaculiza la solución que, en referencia a la existencia de “declaración vital”, apunto en el texto.

del afectado pidiendo que se le practique la eutanasia, de llegar a un estado exactamente igual al que padece en el momento de producirse la intervención eutanásica: una grave enfermedad mental acompañada de graves padecimientos psíquicos permanentes y difíciles de soportar (que la ciencia médica está en condiciones de comprobar), no susceptibles de ser minorados con una cierta efectividad por los especialistas. De ser esto así, y al no reclamar claramente el art. 143.4 que la enfermedad subyacente sea física, acaso cupiera, en una interpretación *pro reo*, entender aplicable a este supuesto las penas del art. 143.4 y no las de preceptos que contemplan sanciones más rigurosas. Esta solución vendría a equiparar el desvalor de un tal comportamiento al de la conducta del que causa la muerte, tras verificarse también la existencia de una “declaración vital” (con las consabidas salvaguardias de su carácter serio e inequívoco), en la que se solicitó la eutanasia para el caso de llegarse a una situación que coincide plenamente con el estado en el que se encuentra el sujeto: estado de postración física que le produce idénticos padecimientos psíquicos que en la hipótesis anterior¹¹⁰.

V. ELEMENTO SUBJETIVO

Basta con el dolo para que se satisfaga la vertiente subjetiva del delito, sin que sea exigible, además, que quien cause la muerte o coopere a ella con actos necesarios obre con la finalidad de eliminar el sufrimiento del que la solicita. Esto es, la ley no condiciona la aplicación de este tipo atenuado a que el comportamiento del autor esté guiado por una determinada motivación o actitud subjetiva, sino que es suficiente, a tal efecto, con que conozca los elementos objetivos relativos al estado del sujeto pasivo, y la voluntad de éste, y quiera, además, realizar la acción prohibida. Es verdad, como hace notar González Rus, que la producción de

110 Supuesto este, como se expuso, que quienes reconocen la eficacia de la declaración vital encajan en el art. 143.4.

la muerte en el ámbito de la eutanasia se asocia a la idea de que el sujeto activo actúa por móviles de piedad o solidaridad con el doliente, pero es lo cierto que el art. 143.4 hace una descripción puramente objetiva de los presupuestos para su apreciación, por lo que –concluye el autor citado– no cabe entender que queden expulsados de su seno casos de muerte eutanásica presididos por ánimos reprobables¹¹¹. Lo que importa, en fin, para la aplicación del tipo privilegiado es que la muerte lo sea a solicitud de la persona que esté en las condiciones de enfermedad que la norma consigna y ello sea conocido por el sujeto activo. En otras palabras, el tenor literal del precepto no impone la necesidad de obrar con un ánimo especial, tenor del que se deriva, en cambio, que la causación de la muerte o la cooperación a ella hayan de serlo en relación con persona que la solicita en atención al estado que padece (y que la norma describe), por lo que no podría aplicarse el art. 143.4, sino el 143.2 o 3, a quien colabora en la muerte o la causa si el *morituriens* ha tomado su decisión no por la grave enfermedad que sufre, sino por otros motivos, estando enterado de ello el autor¹¹².

Sin embargo, como oportunamente apunta Barquín Sanz, el que la aplicación del art. 143.4 no requiera la prueba de tales móviles *pietatis causa* no significa que la presencia o ausencia de móviles de compasión por el sufrimiento ajeno carezca de virtualidad, porque como en el contexto eutanásico la pena debe

111 Cfr. González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 112, quien llega a esta conclusión aun considerando que “no es extemporáneo considerar implícita en el precepto la idea de que el autor debe actuar con el propósito, al menos prioritario, de acabar con tan penosas condiciones de vida y no con el fin, por ejemplo, de obtener una compensación económica”. En similar sentido, de entender que, al no contener el precepto mención a la intención del sujeto activo, no es exigible la concurrencia de móviles compasivos, *cfr.*, entre los pocos que se pronuncian expresamente en este punto, Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, pp. 184 ss. Sánchez Junco, “Código...”, *cit.*, pp. 964 s. Alude a la crítica de que el tipo “no contenga referencia a móviles abyectos o morales”, Luzón Cuesta, J. M^a, “Compendio de Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 30.

112 Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, pp. 184 ss.

ser rebajada en uno o dos grados con relación a la prevista en los números 2 y 3 del precepto, resulta indudable que tal dato habrá de ser tenido en cuenta a la hora de fijar la concreta sanción que se imponga al sujeto activo del delito¹¹³.

VI. JUSTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA

Como ya se puso de manifiesto (en el apartado I), el anterior CP, texto refundido de 1973, preveía igual pena de prisión mayor para la inducción y el auxilio al suicidio, incluyendo en éste tanto la cooperación necesaria como la complicidad (de seis años y un día a doce años), y establecía idéntico castigo de reclusión menor tanto para el homicidio común (contra la voluntad de la víctima) como para el homicidio consentido (de doce años y un día a veinte años), sin hacer ninguna distinción elemental acerca de si concurría, más allá del mero consentimiento, la solicitud del afectado, no diferenciando tampoco según los motivos subyacentes a la petición, ni atendiendo al estado de salud del sujeto pasivo. La situación legal era, pues, insostenible.

Un cualificado grupo de autores, como también se indicó, proponía, cuando tales conductas se realizaban en un contexto eutanásico (con la salvedad de la inducción al suicidio), que se apreciara una causa de justificación y, en concreto, básicamente, el estado de necesidad, punto de vista doctrinal que no pudo, empero, ser refrendado o rechazado por la justicia penal, que nunca tuvo ocasión de juzgar un caso de estas características.

El CP de 1995, ante el insatisfactorio estado de cosas descrito, opta por tipificar específicamente la eutanasia directa con una importante reducción de pena en los términos ya aludidos, quedando como atípicas, conforme a los argumentos expuestos

113 *Ibidem*. También Núñez Paz, "Homicidio...", *cit.*, p. 441.

en el lugar correspondiente, la eutanasia indirecta y la pasiva (apartado II.1.A y B).

El problema que con el vigente CP se plantea en este punto es el de determinar si también es viable ahora estimar la justificación de la conducta, por aplicación del estado de necesidad, de quien incurre en una actuación de eutanasia directa. Y para responder a este interrogante, se debe señalar, siguiendo la corriente de opinión mayoritaria, que la cláusula del art. 143.4 tipificando supuestos eutanásicos tiene, a la vista de la pena consignada y de sus presupuestos, naturaleza jurídica de causa de justificación incompleta (“semicausa de justificación”, en palabras de Queralt¹¹⁴), proveniente del estado de necesidad (art. 20.5°); por consiguiente, el precepto minoraría la responsabilidad penal en atención a la disminución del injusto que se produce en los casos por él abarcados¹¹⁵. De este modo, el legislador, tras valorar el conflicto presente en las hipótesis que contempla (conflicto entre la conservación de la vida y el respeto a la autonomía para poner fin a ella en las condiciones consabidas), decide dilucidarlo con la aplicación no de una exención completa, sino con la aplicación de una eximente incompleta, que es lo que viene a consagrar el art. 143.4. Así las cosas, según un significativo grupo de autores, y al margen de lo que *de iure condendo* se pueda pensar, como la materia ya fue valorada y resuelta legislativamente, la apreciación de una causa de justificación plena ocasionaría un grave quebranto de la voluntad legislativa. En suma, el criterio del CP de aplicar una reducción de la pena, pero no su exención, en los supuestos previstos por la norma, no podría ser contrarrestado en vía interpretativa, porque con la decisión legal tomada se cierra el paso a cualquier otra solución; esto es, lo dispuesto en el art. 143.4 vendría a poseer un efecto oclusivo, de cierre, de cara a la admisión

114 Queralt Jiménez, “Derecho...”, *cit.*, p. 24.

115 Doctrina mayoritaria. *Vid.*, por todos, Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, pp. 104 s. Para Romeo Casabona, sin embargo, no es posible considerar que estamos ante “una causa de justificación incompleta, pues falta el referente de la licitud del hecho” (“Los delitos...”, *cit.*, p. 126).

de un estado de necesidad pleno (entre otros, Gimbernat Ordeig¹¹⁶, González Rus¹¹⁷, Romeo Casabona¹¹⁸ y Serrano Gómez¹¹⁹). En esta línea, Tomás-Valiente asevera que tal opinión, negadora de la posibilidad de justificación de la conducta, ha de sostenerse en referencia a todas las situaciones calificables de eutanasia activa “ordinaria”, que son las recogidas en el art. 143.4, incluidas las más extremas, por ej., la del sujeto que no es capaz físicamente de suicidarse por sí mismo y tiene que acudir a un tercero, pues esta situación no se encuentra excluida de la valoración efectuada por el legislador en dicho precepto¹²⁰.

La única posibilidad para que esta argumentación deje una puerta abierta a la aplicación de la eximente de estado de necesidad (art. 20.5º) estriba, por tanto, en que en la ponderación efectuada para solventar el conflicto aludido (preservación de la vida, derecho a ella, por un lado, y evitación de padecimientos, vida digna, por otro), el legislador hubiese dejado de contemplar o de valorar alguna situación. Es decir, la disposición general (estado de necesidad genérico del art. 20.5º) resultaría aplicable en el caso de que el conflicto concreto que se plantee no estuviese evaluado de manera global en el art. 143.4, por lo que, de concurrir factores

-
- 116 A su juicio de Gimbernat –quien parece dejar un pequeño resquicio para la posible justificación del comportamiento–, lo establecido por el art. 143.4 constituye una regresión con respecto al ACP, puesto que la doctrina había desarrollado sólidas razones para considerarla una conducta justificada, “opinión a la que ahora se le priva de muchos –¿o de todos?– sus argumentos ante la tipificación explícita” (“Prólogo...”, *cit.*, p. 50).
- 117 Para González Rus, con el CP de 1995 “se ha cerrado la posibilidad de aplicar cualquier fórmula que propugne la exención plena de responsabilidad... con lo que se produce la paradoja de que el tratamiento vigente supuestamente más ‘moderno y progresista’, ha supuesto cerrar las puertas a la impunidad que dejaba abiertas, en cambio, el silencio del art. 409 del Código anterior” (“Derecho...”, *cit.*, p. 115).
- 118 Cfr. Romeo Casabona, “El Derecho...”, *cit.*, pp. 470 s., para el que, en caso contrario, el tipo quedaría vacío de contenido.
- 119 Según Serrano Gómez, “no cabe ninguna causa de justificación” (“Derecho Penal. Parte Especial”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 68).
- 120 Cfr. Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, pp. 104 ss. y p. 122.

nuevos no tenidos en cuenta (situación no enteramente coincidente con la solucionada por el legislador), podría invocarse la completa justificación de la conducta eutanásica¹²¹. Veamos, pues, alguna de las posturas doctrinales que admiten, en determinados supuestos, la justificación de la eutanasia activa directa.

Y entre ellas figura, precisamente, la de la propia Tomás-Valiente que, en desarrollo de su planteamiento, estima que el art. 143.4 fue concebido para la eutanasia “ordinaria”, esto es, para supuestos (por ej., de inyección letal) que nada tienen que ver con el derecho del paciente a decidir sobre su tratamiento médico, prohibiendo, por ej., intromisiones en su organismo que formen parte de dicho tratamiento. De manera que, si el *enfermo consciente* pide la desconexión (interrupción de un curso salvador) por encontrarse en una situación que le produce graves padecimientos difíciles de soportar, la acción típica¹²² podría acogerse al estado de necesidad. Y ello es así porque estaríamos ante una situación que no es la que originó las previsiones del art. 143.4 y, por consiguiente, no está valorada por él, con lo cual no surgiría el efecto preclusivo del art. 143.4 a la aplicación del estado de necesidad genérico del art. 20.5º. De esta suerte, en tales casos, siempre que se trate de la interrupción de un curso salvador (dado que la de cursos no salvadores no es una verdadera interrupción y, por tanto, el comportamiento ya sería atípico¹²³), la configuración física del aparato no sería decisiva para evitar la pena del agente, puesto que, en todo caso, el enfermo tiene derecho a decidir sobre

121 *Vid.*, con reflexiones que pueden servir de ayuda en esta materia, Molina Fernández, F., “El estado de necesidad como ley general (Aproximación a un sistema de causas de justificación)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº extraordinario 1º, 2000, pp. 199 ss. *Vid.*, también, el reciente trabajo de Tomás-Valiente Lanuza, “El efecto oclusivo entre causas de justificación”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 1039 ss.

122 *Vid.* apartado II.1.B), *in fine*.

123 En palabras de Silva Sánchez, “donde no hay un curso causal salvador no puede, evidentemente, haber tampoco una «interrupción de un curso causal salvador»” (“El delito...”, *cit.*, p. 258).

el tratamiento de que es objeto¹²⁴. De modo que quien le libera de una invasión no consentida de su integridad estaría satisfaciendo el derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento, con lo que se produciría un conflicto de deberes a resolver justificando la conducta de quien así obra. Esta solución permite la interrupción de cursos salvadores a través de comportamientos activos (desconexión del aparato de apoyo), y ello sobre la base del derecho del afectado (persona consciente que no desea que se le siga apoyando, por ej., con un respirador artificial, que le podría mantener vivo indefinidamente) a decidir sobre su propio tratamiento, con lo que, al menos, se evita la pena al igual que sucede en conductas claramente omisivas (no reemplazar, por ej., las botellas de oxígeno en un aparato de respiración asistida), si bien en un caso por justificación de la conducta y en otro por atipicidad (*ex art. 143.4*), haciendo así que el diferente funcionamiento de aparatos de soporte no provoque más diferencias en el trato legal que las que median entre comportamiento justificado y comportamiento atípico¹²⁵.

Y tal justificación podría darse, igualmente, en el caso –destacado por Núñez Paz– en el que confluyan los dos presupuestos relativos al estado del enfermo: por una parte, “enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte” (hipótesis,

124 *Vid.*, sobre el derecho a rechazar medidas salvadoras en la citada Ley 41/2002, Bajo Fernández, “Disponibilidad...”, *cit.*, pp. 1141 s.

125 *Cfr.* Tomás-Valiente Lanuza, “La cooperación...”, *cit.*, pp. 117 ss. Cosa distinta habría que decir –pues aquí la atipicidad sería incontestable– en el caso del rechazo del enfermo a la *iniciación* de un tratamiento imprescindible para que no se produzca su muerte (no iniciación de un curso salvador), dado que en tal hipótesis el médico no tiene el deber penal de actuar. Es más, si en este caso pone en práctica el indicado tratamiento podría incurrir, por ej., en un delito de coacciones, sin que tal conducta pueda quedar amparada por el estado de necesidad a favor de tercero (auxilio necesario), pues cuando éste no quiere que se actúe a su favor falta el presupuesto que fundamenta dicha clase de estado de necesidad (*delegación* del necesitado para que pueda actuar el tercero). *Cfr.* Silva Sánchez, “Los «documentos...”, *cit.*, pp. 1666 s. *Cfr.*, también, entre otros, González Rus, “Derecho...”, *cit.*, p. 117.

que como quedó dicho, no reclama la concurrencia de dolor) y, por otra, enfermedad grave “que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. La convergencia de los dos estados en una misma persona podría llevar a estimar la justificación de la conducta del sujeto activo¹²⁶ sobre la base de considerar que cuando el legislador decidió el castigo para las conductas recogidas en el art. 143.4, pensó en situaciones alternativas (una u otra enfermedad) y no acumulativas (una y otra)¹²⁷.

126 “En tal situación –escribe Núñez Paz–, la solicitud de la víctima plantea el problema de si tales conductas estarían legitimadas en el ámbito de un conflicto de intereses o de deberes, propio de los artículos 20.5 ó 20.7 (estado de necesidad o cumplimiento de un deber) en relación con los artículos 143.2 y 3 Cp.” (“Homicidio...”, *cit.*, p. 436). La solución de aplicar el art. 20.7º es válida para quienes incluyen la colisión de deberes en dicha exigente de cumplimiento de un deber. En la literatura jurídico-penal, Cerezo Mir, entre otros, considera que todos los casos abarcados en el art. 20.7º lo son de conflicto de deberes: “si se incluyera la colisión de deberes en la exigente de estado de necesidad, en nuestro Código, quedaría vacía de contenido la exigente de obrar en cumplimiento de un deber” (“Curso de Derecho penal español. Parte general, II, Teoría jurídica del delito”, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 251 ss.). No es ésta, sin embargo, la posición de la doctrina mayoritaria, en la que se puede distinguir la postura de quienes estiman que cualquier conflicto de deberes entra en el ámbito del estado de necesidad, y la de los que, en atención a diversos criterios, sostienen que debe diferenciarse según los casos, de suerte que ciertos supuestos de colisión de deberes estarían incluidos en el art. 20.5º (estado de necesidad) y otros en el 20.7º (cumplimiento de un deber). Cfr., por ej., Cuerda Riezu, A., “La colisión de deberes en Derecho Penal”, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 54 ss. y 253 ss.; Luzón Peña, D. M., “Curso de Derecho penal. Parte general, I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 627; Mir Puig, “Derecho...”, *cit.*, pp. 447 s., 458 s. y 478 s.; Sáinz-Cantero Caparrós, J. E., en “Comentarios al Código Penal” (M. Cobo del Rosal, dir.), t. II, pp. 338 ss.

127 Cfr. Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, pp. 436 ss. Sostiene Molina Fernández un punto de vista con similar soporte argumental en referencia a una materia distinta: *concurrencia de dos causas justificantes específicas incompletas del art. 417 bis ACP*, entendiendo que se trata de una situación no prevista por el legislador, que podría llevar a aplicar la causa de justificación completa del art. 20.5º (“El estado de necesidad...”, *cit.*, p. 257).

Para Núñez Paz, de no poderse beneficiar el sujeto activo de una causa de justificación, sería asimismo factible, atendiendo a la motivación de éste, que se declare su inculpabilidad, por no serle exigible un comportamiento

También para Díez Ripollés, el nivel de justificación completa puede darse en algún supuesto excepcional como el de quien, padeciendo una afección incurable y permanente, está imposibilitado para darse muerte a sí mismo¹²⁸. Y de manera semejante, en tal hipótesis, se pronuncian, entre otros, Núñez Paz¹²⁹ y Lema-Brandariz¹³⁰. Díaz Aranda, en referencia al CP anterior, consideraba incluso *atípicas* las conductas en relación con el enfermo que, por su condición física, está imposibilitado de modo permanente para ejecutar su propia muerte, quien, por ello, tendría razones, para involucrar a terceros en su decisión de morir. A su juicio, la prohibición de la conducta del que causa la muerte de este enfermo sería tanto como decir “tienes derecho a disponer de tu vida siempre y cuando lo puedas ejecutar tú mismo y lo pierdes cuando físicamente te resulta imposible”¹³¹.

adecuado a la norma, posibilidad esta que ya había apuntado Torío López, autor que niega que la eutanasia activa pueda entenderse permitida, autorizada, de manera que tal acción aparezca *ex ante* como jurídicamente procedente. Los supuestos extremos deben resolverse, en su criterio, a través de la exclusión de la pena, pero no por ausencia de comportamiento contrario a Derecho, sino por no serle exigible al sujeto una conducta distinta a la realizada, en atención al estado emocional en el que actúa. En resumen, lo propugnado por Torío es que debe afirmarse la contrariedad a Derecho de dichas conductas, pero también su posible exclusión del ámbito de la culpabilidad, teniendo en cuenta el real reflejo en el espíritu del autor de la situación de insoportable sufrimiento del enfermo, y dada la situación límite en la que se lleva a cabo la acción eutanásica. De este modo, se coordinarían adecuadamente los principios de intangibilidad de la vida y de humanidad (“Reflexión...”, *cit.*, pp. 242 ss.).

128 Cfr. Díez Ripollés, “Comentarios...”, *cit.*, p. 244.

129 Cfr. Núñez Paz, “Homicidio...”, *cit.*, pp. 441 s.

130 Cfr. Lema Añón-Brandariz García, *cit.*, pp. 58 s.

131 Díaz Aranda, “Dogmática...”, *cit.*, pp. 230 ss. Según este autor –que afirma la ausencia de imputación objetiva por caer el resultado fuera del ámbito de protección de la norma–, “si todo individuo es igual y todos tienen el derecho a morir pero sólo puede ejercerlo por sí mismo su titular, entonces, en el supuesto de que su situación física le impida el ejercicio de ese derecho, ya no se puede mantener la prohibición de que sea otro quien ejecute la muerte solicitada” (p. 237).

Por su parte, Barquín Sanz trayendo a colación el *caso Ramón Sampedro*, subraya que, aunque en principio podría entenderse que está contemplado, y valorado, en el art. 143.4, con lo cual lo procedente sería aplicar la pena atenuada que este precepto prevé (con la vía abierta –observa este autor– para la suspensión de la ejecución de la pena y, desde luego, para la petición del indulto), a su entender, no obstante, dada la peculiaridad de este supuesto (inmovilidad absoluta del afectado), podría exonerarse de pena la cooperación necesaria (a quien puso a su alcance el vaso con veneno y a otros posibles colaboradores), pues el protagonista del acto mortal definitivo es el propio enfermo (ingiriendo el líquido), quien conserva, así, el dominio sobre su muerte. No se produciría, por el contrario, una tal exención de responsabilidad criminal si lo que se le causa es directamente la muerte sustrayendo, de este modo, al afectado (que está en condiciones de realizar el acto mortal decisivo) el dominio total sobre su propia muerte. Ahora bien, en los casos en los que el enfermo ni siquiera puede llevar a cabo el acto final (ingerir el líquido envenenado), entonces podría fundamentarse también la justificación de la conducta del tercero que le causa directamente la muerte¹³². Muñoz Conde, aludiendo igualmente al caso Ramón Sampedro, no descarta dicho estado de necesidad en cualquiera de las situaciones acabadas de exponer, con independencia, pues, de que el enfermo tuviera condiciones físicas para realizar el último y determinante acto para provocar su propia muerte, por lo que debe estar cubierto por la justificación de la conducta (20.5º) también el comportamiento del tercero que inyecta el veneno directamente¹³³.

132 Coincide Barquín parcialmente, pues, con algunos de los autores acabados de citar (“La eutanasia...”, *cit.*, pp.188 ss.).

133 *Cfr.* Muñoz Conde, “Derecho...”, *cit.*, p. 78. Para Muñoz Conde, en el caso aludido de Ramón Sampedro, y de acuerdo con lo señalado en el texto, es “indiferente si él mismo tomó el vaso en el que alguien había vertido el veneno, que un tercero dejó a su alcance, o si el veneno se lo hubiera inyectado la persona misma que le ayudó a morir, pues lo importante es saber (y probar) si se dan los presupuestos del estado de necesidad”. Pero como tales presupuestos los identifica Muñoz Conde con los elementos que el legislador, tras efectuar la correspondiente valoración, los eleva a típicos

Con todo, los argumentos de indudable peso, esgrimidos por el primer grupo de autores mencionados, negando la posibilidad de apreciar la justificación del comportamiento en este campo¹³⁴, no pueden desconocerse. A la vista, pues, de las claras discrepancias doctrinales en materia tan sensible, sería conveniente – a falta del necesario debate de fondo sobre la eutanasia, que no debe ser aplazado *sine die*– una aclaración (reflexión) legislativa, al menos, para las hipótesis a las que la doctrina acabada de aludir considera merecedoras de una causa de justificación, porque la norma en su literalidad deja muy poco espacio a su aplicación; esto es, la *omnicomprensiva* fórmula utilizada por el art. 143.4 para abarcar los casos de eutanasia directa hace sumamente difícil encontrar supuestos no valorados por ella, obligando, para llegar a la justificación de la conducta *de lege lata*, como hace el sector doctrinal que admite el estado de necesidad, a extremar la interpretación *pro reo*, subsistiendo, no obstante, dudas sobre tal solución que deberían ser resueltas legislativamente excluyendo del ámbito penal las situaciones límite descritas¹³⁵.

(existencia de petición expresa seria e inequívoca y enfermedad con graves padecimientos permanentes difíciles de soportar), podría interpretarse que su postura es *de lege ferenda* (expresa estas dudas, acerca del alcance de tal posición, Barquín Sanz, “La eutanasia...”, *cit.*, p. 191). Argumenta, igualmente, a favor del estado de necesidad, Monge Fernández, A., “Vida indigna o muerte digna: ¿eutanasia?”, en *Actualidad Penal*, 1999, nº 48, pp. 905 ss.

- 134 Ello, según Tomás-Valiente Lanuza, en relación con supuestos de eutanasia “ordinaria” (“La cooperación...”, *cit.*, pp. 121 ss.).
- 135 Debe resaltarse, sin embargo, que no se advierte voluntad política para acometer en un futuro próximo la reforma de nuestra legislación al respecto. Cfr. García Rivas, “Despenalización...”, *cit.*, pp. 15 y 18 s.