

EUTANASIA Y TESTAMENTO BIOLÓGICO: PERFILES JURÍDICOS COMPARADOS

Giovanni Cordini

1. Introducción

El tema es complejo y comprometido, por lo que una reflexión seria obliga al jurista a extender su perspectiva más allá de la habitual indagación acerca de las normas y de su aplicación (1). La palabra «eutanasia» proviene de la unión de los términos griegos «*eu*» (bien) y «*thánatos*» (muerte), para significar «buena muerte». El dato semántico, sin embargo, no nos ayuda a comprender el desarrollo de este concepto a lo largo de la historia. En efecto, en el mundo antiguo, así como en algunas sociedades tribales era costumbre abandonar y dejar morir, o incluso suprimir, a aquellos que por deformidades físicas, enfermedad mental, u otras circunstancias podían una carga para la comunidad. Estas prácticas no se han integrado en un concepto de eutanasia, si bien han generado una especie de «eutanasia social» que ha encontrado eco incluso en la legislación moderna, cuando, por ejemplo, en la Alemania nazi se ejecutó el perverso objetivo de mejorar la raza aria mediante acciones eugenésicas. Como consecuencia de ello se impusieron «tratamientos obligatorios», como el de la ley del 14 de julio de 1933, que introducía medidas de prevención mediante la esterilización para aquellos nacimientos que estuvieran afectados por enfermedades hereditarias. A continuación, se activó un programa (designado como «AktionT4») destinado a supri-

(1) Para un análisis que permita extender la mirada hacia horizontes más amplios, comprensivos de perfiles clínicos, religiosos y éticos, cfr. Patrizia MACCHIA (coord.), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

mir aquellas vidas que se consideraban «vidas sin valor alguno». Según este objetivo, la eutanasia podría ser practicada sobre niños afectados por parálisis cerebral infantil, enfermos mentales o con graves patologías congénitas, seres humanos que el régimen nazi consideraba improductivos o demasiado débiles (2). En el pensamiento contemporáneo y, en particular en lo que respecta a los legisladores, los presupuestos y motivaciones se plantan en términos diferentes, en cuanto que mediante la eutanasia se pone fin deliberadamente a la vida de una persona que se encuentra en una condición física que se considera, sobre la base de determinaciones objetivas, sin esperanza de curación, con el objeto de evitarle una larga y penosa agonía. La eutanasia activa tiene lugar mediante la intervención dirigida a poner fin a la vida, mientras que la eutanasia pasiva consiste en la suspensión de curas y tratamientos que permiten al paciente continuar viviendo. La eutanasia se denomina voluntaria cuando se practica como consecuencia de un explícito requerimiento del sujeto, en condiciones de entender y querer, o bien mediante el llamado *testamento biológico*. La eutanasia se considera no-voluntaria cuando se designa por el propio interesado un tercer sujeto (en cuanto fiduciario) que expresa dicha voluntad, o bien se trata de un tutor designado mediante representación (como en los casos de eutanasia infantil o de incapacidad mental), o, en fin, cuando la decisión se traslada a un juez. El *suicidio asistido* consiste en la ayuda o asistencia prestada por un médico a un sujeto que ha decidido morir mediante suicidio. En tal caso, el médico no interviene directamente en la administración de sustancias dirigidas a poner fin a la vida. Pero si bien las definiciones literales parecen suficientemente claras y comprensibles, su aplicación a los casos concretos, en particular, por lo que aquí interesa, su trasposición en términos jurídicos, se convierte en muy ardua, erizada de obstáculos interpretativos.

(2) Cfr. Robert PROCTOR, *Racial Hygiene: Medicine under the Nazis*, Harvard, Harvard University Press, 1990; Michael BURLEIGH, *Death and Deliverance: Euthanasia in Germany 1900 to 1945*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994.

En primer lugar, la problemática de la eutanasia, en lo que se refiere a los aspectos terminales de la vida de una persona singular, asume significado jurídico aun cuando falte la relación que constituye un dato característico y casi imprescindible del derecho (3). El derecho no es concebible para un hombre aislado del resto de la humanidad, relegado a una isla desierta, sin relación alguna con otros hombres. Una regla puesta como fundamento de elecciones que conciernen al fin mismo de la vida humana puede tener, verdaderamente, sentido hasta para el hombre aislado de la comunidad y privado de relaciones sociales (4). Nos debemos preguntar, por consiguiente, qué fundamento de justicia puede de tener una acción u omisión cuando la vida humana depende de la misma, o bien cuándo estas intervenciones han de considerarse lícitas por el legislador positivo. Esta cuestión, relativa a principios fundamentales y/o a valores, puede acometerse solamente haciendo referencia a una configuración específica del Derecho: desde el clásico planteamiento del Derecho natural hasta el puro positivismo jurídico, pasando por las diversas variantes del iusnaturalismo (5). No es posible prescindir, pues, de una elección de campo de carácter preliminar que condiciona el posterior desarrollo interpretativo.

Los instrumentos del jurista son totalmente insuficientes para plantear correctamente las cuestiones que surgen cuando se afronta un argumento de notable espesor ético, social, religioso y médico como este. No es solamente la necesidad

(3) Cfr. Guido ALPA, *Status e capacità*, Bari, Laterza, 1993.

(4) En el plano filosófico véase Dionigi TETTAMANZI, *Eutanasia. L'illusione della buona morte*, Casale Monferrato, Piemme, 1985; Hans JONAS, *Il diritto di morire*, trad. it., Génova, Il Melangolo, 1991; Norbert ELIAS, *La solitudine del moriente*, Bolonia, Il Muñino, 1995. En cuanto a los perfiles jurídicos, cfr. Patrizia BORSELLINO, «Bioética e diritto», en Vv.AA. (a cargo de Mauro BARNI), *Medicina e diritto*, Milán, Giuffrè, 1995; Francesco D'AGOSTINO, «Dalla bio-ética alla biogiurisprudenza», en Salvino BIOLO (coord.), *Nascita e morte dell'uomo. Problemi filosofici e scientifici della bioetica*, Génova, Marietti, 1993; Del mismo, *Bioetica e biopolitica*, Turín, Giappichelli, 2011; Francesco D'AGOSTINO y Laura PALAZZANI, *Bioetica. Nozioni fondamentali*, Brescia, La Scuola, 2013.

(5) Cfr. Danilo CASTELLANO, *Ordine etico e diritto*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

de recurrir a un conocimiento de tipo multidisciplinar, o a la imprescindible exigencia de conexiones y correlaciones de corte interdisciplinar, para llegar a dominar el campo del objeto, sino la necesidad de atribuir un significado jurídico, concreto y actual, a tales planteamientos y conexiones. En relación con estas consideraciones preliminares se advierte que el examen de la jurisprudencia sobre semejante materia, resulta casi siempre necesario, independientemente de la formación histórica de los diversos ordenamientos jurídicos y de sus particulares configuraciones (6). Y a pesar de todo, los interrogantes precedentes permanecen. El recurso a la decisión de un juez puede dejar dramáticos márgenes de incertidumbre en relación con la correspondencia entre la acción y un sentimiento de justicia, siendo, en todo caso, una decisión dolorosa para quien la debe sostener o reclamar.

Otros temas relevantes de investigación podrían ser considerados: las insalvables divergencias que aparecen cuando se aborda la teoría de los valores; la imprescindible relación entre política y Derecho; el contexto dentro del que se sitúan las normas; la exigencia de referir el dato jurídico, tanto al hombre, que vive en un conjunto de relaciones sociales, frecuentemente inextricables, como a la idea de hombre que cada uno construye, en relación con los valores sobre los que funda su propio ser (7). Basten estas indicaciones, pues, para confirmar la utilidad de la advertencia inicial, aclarando que el contexto en el que situó estas pocas reflexiones intenta ofrecer, de manera prioritaria, un cuadro compacto de las legislaciones en vigor, dando por descontado el hecho de que cada una de ellas contiene, a modo de trastienda, todas esas problemáticas que he evocado sucintamente en las páginas precedentes.

(6) Cfr. Monica GUGLIELMI, «Eutanasia attiva e passiva: aspetti di diritto comparato», *Giurisprudenza di merito*, (1999), págs. 920 y sigs.

(7) En general, cfr. Sandro SPINSANTI y Francesca PETRELLI, *Scelte etiche ed eutanasia*, Milán, Edizione Paoline, 2006. Para los aspectos valorativos propuestos por la investigación jurídica, cfr. Lorenzo CHIEFFI (coord.), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Turín, Paravia Scriptorium, 2000; Paolo CENDON y otros, *I malati terminali e i loro diritti*, Milán, Giuffrè, 2003; Carlo CASONATO y Cinzia PICCOCCHI (coords.), *Biodiritto in dialogo*, Padua, Cedam, 2006.

2. Legislación comparada

La reseña de las legislaciones, que ocupa el cuerpo central de este ensayo no puede ser, ciertamente, exhaustiva, dado que se trata de una materia en constante cambio y que son frecuentes las actualizaciones de los ordenamientos que han adoptado diferentes textos y reglas. Los materiales de estudio son oceánicos, y la confrontación de los datos jurisprudenciales, además de ratificar la extrema complejidad de la materia, pone en evidencia la diversidad de líneas interpretativas mantenidas en los diferentes niveles de juicio (8). El objeto del presente trabajo consiste en ofrecer un cuadro ordenado y comprensible, incluso para los no versados en estos trabajos, revelando, de manera sintética y comprensiva, las principales afinidades y diferencias que puedan orientar al lector que quiera formarse una opinión sobre la base de una documentación comparada, más allá de la consideración de los valores de referencia y su propia sensibilidad.

Principios inspiradores: reglas para la finalización de la vida

Se puede apreciar sin dificultad que el tema de la eutanasia, aun cuando en las constituciones no exista una referencia directa a esta expresión, evoca principios y relaciones que, por regla general, se encuentran enunciados en textos jurídicos fundamentales (9). Inviolabilidad de la persona, autodeterminación de la voluntad, dignidad del hombre, solidaridad, concepto de justicia, derechos y deberes fundamentales, son problemáticas que encuentran espacio en los

(8) Véase, para todo el problema, Federico Gustavo PIZZETTI, *Alle frontiere della vita: il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milán, Giuffrè, 2008, que contiene una amplia bibliografía en págs. 563 y sigs.

(9) Cfr. Ida NICOTRA GUERRERA, *Vita e sistema dei valori nella Costituzione*, Milán, Giuffrè, 1997; Giovanni DI COSIMO, *Costituzione e coscienza. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milán, Giuffrè, 2000.

textos constitucionales y legislaciones de los diferentes ordenamientos. El encaje entre los enunciados normativos, específicamente dirigidos a regular esta materia, y las superiores disposiciones constitucionales genera ulteriores complicaciones que requirieren un examen específico que no puede ser acometido de manera adecuada en esta breve reseña. Por este motivo puede resultar útil el reenvío a la bibliografía citada en las notas.

Autodeterminación de la persona y dignidad humana

Las legislaciones que han introducido reglas dirigidas a disciplinar los casos de eutanasia, hacen por lo general referencia, de manera explícita o supuesta, a dos «principios inspiradores». El primero se puede entender como «derecho a la autodeterminación»; el segundo como «respeto a la dignidad humana» (10). En los estados Unidos, el *Patient Self Determination Act* de 1991 reconoce el derecho de la persona a aceptar o rechazar los tratamientos sanitarios, y a establecer declaraciones de voluntad preventivas. El tema fue debatido en el ámbito jurisprudencial a propósito de algunos casos controvertidos que tuvieron un amplio eco. En particular, suele citarse como un ejemplo de anticipación, en el tema aquí abordado, el caso *In re Quinlan*, discutido por la Corte Suprema de Nueva Jersey. Las anticipaciones jurisprudenciales indujeron al Estado de California a adoptar, hablamos de 1976, el *Natural Death Act*. Otros Estados habían adoptado iniciativas particulares con anterioridad a las indicaciones federales. El *Death with Dignity Act* de Oregón, que entró en vigor el 27 de octubre de 1997, permite a los residentes en el Estado de Oregón, pacientes de una enfermedad terminal y que hayan manifestado voluntariamente su

(10) Cfr. Mario DI COMMO, *Dignità umana e stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Florencia, Passigli, 2010; con referencia específica a las cuestiones que se proponen la finalización de la vida, cfr. Antonio RUGGERI, «Dignità versus vita?», *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, núm. 1, 29 de marzo de 2011.

deseo expreso de morir, el requerimiento por escrito de que le sean proporcionados fármacos dirigidos a poner fin a su propia vida.

En Bélgica, la ley de 28 de mayo de 2002 establece que el médico que practica eutanasia no comete ninguna violación cuando cumple, entre otras, la condición de responder a un requerimiento del paciente, redactado por escrito y fruto de una iniciativa voluntaria, meditada y reiterada, no inducida mediante presiones externas. El médico ha de asegurarse de confirmar la voluntad del paciente, que está obligado a renovar dicho requerimiento cada cinco años.

En Francia, el art. 111.11 del *Code de la Santé Publique*, que entró en vigor en 2005, afirma que toda persona tiene el derecho «de formular instrucciones anticipatorias» para indicar su propia previsión en relación con la limitación o finalización de un tratamiento médico. Semejante directiva debe ser renovada cada tres años e inscribirse en un registro conservado por el médico personal, o por otro que haya elegido el paciente. La legislación francesa reconoce, por tanto, fuerza jurídica a la autodeterminación del sujeto.

En Alemania, la Corte Suprema Federal, mediante sentencia de 17 de marzo de 2003, ha establecido el carácter vinculante del acto dispositivo del paciente (*patientenverfügung*) como forma específica de declaración de voluntad. En la argumentación de la decisión, la Corte ha recurrido expresamente tanto al principio de autodeterminación como a la «tutela de la dignidad humana», sancionada en el artículo primero de la Ley Fundamental de 1949.

En los Países Bajos, la ley de 12 de abril de 2001 establece que el sujeto debe poder manifestar libremente su propia voluntad, o bien haber dejado una «declaración anticipada por escrito» conteniendo el requerimiento de interrupción de la vida. Esta interrupción debe ser siempre asistida y tener lugar de modo digno, respetando la voluntad del enfermo. El médico que lleva a cabo la asistencia al suicidio debe proceder, preventivamente, según un protocolo que impone obligaciones de información y seguridad, comprendida la consulta a otro profesional.

En España, la ley 412, de 14 de noviembre de 2002, intro-

duce disposiciones básicas en la reglamentación de «la autonomía del paciente» y sus derechos y obligaciones, en materia de información y documentación clínica. La legislación española ha dotado de eficacia jurídica a la decisión que el sujeto asuma de manera libre y ponderada en relación con los tratamientos sanitarios a los que se encuentre sometido. Se asegura la prioridad de la autonomía de la decisión del paciente, asumida sobre la base de las informaciones que el médico debe proporcionar de modo completo y adecuado. Existen, también, disposiciones para asegurar la representación jurídica a aquellos que se encuentran imposibilitados para manifestar su propia voluntad. La ley española hace referencia directa a la dignidad humana, y establece, en relación con la misma, disposiciones dirigidas a evitar formas de crueldad terapéutica, sobre la base de las declaraciones de voluntad preventivas del paciente.

En Suiza, la Constitución de 1999 establece de manera genérica que la dignidad humana debe ser respetada y protegida, disponiendo en el artículo 12 que la persona que no esté en condiciones de mantenerse a sí misma tiene el derecho de llevar una existencia digna. Diversos cantones (Ginebra, Lucerna, Neuchâtel, Valais, Zurich), en el marco de su competencia en materia sanitaria, han adoptado legislaciones en materia de «instrucciones anticipadoras de tratamientos», haciendo valer como regla fundamental la de la autodeterminación de la voluntad del paciente, que siempre tiene el derecho de rechazar un tratamiento sanitario que no considera conveniente. El médico y las administraciones sanitarias deben respetar las determinaciones del paciente, ateniéndose a sus indicaciones formuladas directamente, o a través de sus representantes.

La Corte Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) ha intervenido en un número verdaderamente limitado de casos en los que, sin embargo, establece como fundamento de sus decisiones el principio de autodeterminación del sujeto, tanto en lo relativo a la valoración de las condiciones que le inducen a considerar su propia vida insoportable y poco digna, como en relación con la petición de no obstaculizar o impedir la decisión de poner fin a la propia vida

recurriendo a fármacos apropiados. Con objeto de poner en evidencia la máxima interpretativa de la CEDH resultan particularmente significativos los casos *Pretty v. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, 2346/02; *Haas v. Confederación Helvética*, de 20 de enero de 2011, 31322/07; y *Kock v. Alemania*, de 19 de julio de 2012, 497/09. Se trata de decisiones cuyo objetivo era la interpretación del art. 2, párr. 1 y del art. 8 párrs. 1 y 2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre de 1950, en los que, por una parte, afirma que «1. El derecho a la vida de toda persona está protegido por la ley. Nadie puede ser intencionadamente privado de la vida, salvo en ejecución de una sentencia capital pronunciada por un tribunal, en el caso de que el delito sea castigado por ley con tal pena». Y, por otra parte, reconoce que: «2. No puede producirse injerencia por parte de una autoridad pública en el ejercicio de tal derecho a menos que dicha injerencia se encuentre prevista por ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de derechos y libertades ajenos». La Corte ha considerado que la petición de evitar mediante la eutanasia también en forma de suicidio asistido) «*une fin de vie indigne e pénible à ses yeux*» cae «*dans le champ d'application de l'article 8 de la Convention*» (caso Haas). El artículo 2, relativo al derecho a la vida obliga a las autoridades nacionales a impedir que un individuo ponga fin a su propia vida siempre que esta determinación del sujeto no haya sido «*prise librement et en toute connaissance de cause*». Si bien los casos de los que se ha ocupado son muy diversos, la Corte ha establecido algunos parámetros de legitimidad que permiten legitimar a los Estados miembros tanto la eutanasia activa como la pasiva, recurriendo a los principios de autodeterminación de la persona y del respeto de la dignidad humana. En el caso *Haas v. Suiza*, la Corte ha entendido que la legislación suiza y sus correspondientes aplicaciones permiten una posibilidad, «*relativement facile*», para el acceso al suicidio asistido. Por esta razón, por un lado, ha considerado legítimo el rechazo que opusieron las

autoridades suizas al recurrente, que creía que podía proceder a la adquisición, sin prescripción médica, de un específico farmacéutico dirigido a producir la muerte; y por otro lado, ha indicado a las autoridades nacionales la necesidad de adoptar, en relación con una legislación orientada a permitir el suicidio asistido, apropiadas medidas aplicativas, con el fin de la determinación rigurosa de las condiciones en las que se permite el suicidio asistido, previniendo y evitando los abusos. El caso *Kock* se refiere a un ciudadano alemán que recurrió la resolución desfavorable de las Cortes nacionales de examinar su recurso por haberse rechazado la solicitud de la esposa de obtener los fármacos necesarios para poder terminar con su vida de tetrapléjico. La Corte europea, después de haber reconocido la legitimación activa del recurrente, reconociendo el intenso vínculo personal existente entre los cónyuges, confirmó la línea jurisprudencial precedente en materia de decisiones relativas al fin de la vida. En este sentido, la Corte afirmó que impedir a un individuo escoger libremente la interrupción de condiciones de vida que él mismo considera insoportables e indignas puede constituir una ilícita interferencia en relación con la vida privada, violando un derecho garantizado por la Convención europea en su art. 8.

La autorización de intervenciones dirigidas a poner fin a la vida de una persona

El problema de la definición

Casi todas las legislaciones sobre la eutanasia dedican un amplio espacio a los problemas definitorios, dado que la práctica viene condicionada por el significado que pueden asumir las diferentes expresiones utilizadas. Encontramos un ejemplo significativo en la sección 1 del artículo 1.01 del *Death with Dignity Act* de Oregón, en la que se especifican las definiciones de adulto (individuo de al menos 18 años); médico clínico (responsable de la cura o del tratamiento de la enfermedad); médico consultor (que goza de la especifi-

cación o experiencia para hacer un diagnóstico y una prognosis de la enfermedad); consejero (psiquiatra o psicólogo cualificado y un paciente consultados con el objeto de determinar si el enfermo se encuentra afectado de alguna enfermedad psiquiátrica o psicológica, o de depresión, que puedan suponer una reducción en su capacidad de juicio); servicio sanitario (empresa o persona autorizados para la práctica profesional en el ámbito sanitario); incapaz (paciente que, a juicio de un tribunal, del médico clínico o del médico consultor, carece de la capacidad de tomar o comunicar decisiones al servicio sanitario); decisión informada (decisión tomada por un paciente cualificado para requerir u obtener fármacos necesarios para poner fin a la propia vida de modo digno y humanitario, una vez que ha sido informado de modo exhaustivo por el médico clínico); médicamente informada (opinión profesional del médico clínico confirmada por el consultor); paciente (persona que se somete a la cura del médico); médico (doctor en medicina, u osteopatía que tiene licencia para practicar la profesión, otorgada por el *Board of Medical Examiners* del Estado de Oregón); paciente cualificado (adulto capaz y residente en Oregón que satisface las obligaciones impuestas por la *Death with Dignity Act*); enfermedad terminal (enfermedad incurable e irreversible confirmada por el médico, que causará la muerte, según un juicio profesional razonable, dentro de seis meses). Como no pude dejar de advertirse, varias de estas definiciones plantean, a su vez, diversos problemas interpretativos. Por consiguiente, pueden proponerse ulteriores interrogantes. ¿Cuándo será «exhaustiva» una información? ¿Cómo es posible determinar la especialización o experiencia adecuada, caso por caso, del «médico consultor»? ¿Cómo puede el sujeto alcanzar «el conocimiento de los hechos relevantes» para tomar una «decisión» informada? ¿Cómo establecer el carácter «incurable e irreversible» de una enfermedad que, según un juicio médico «razonable», conducirá a la muerte dentro de los seis meses siguientes? Aun cuando los legisladores intenten regular minuciosamente los procesos y decisiones en esta materia, siempre dejan abiertos amplios márgenes de apreciación que sólo pueden

ser evaluados en relación con casos concretos. Un ulterior ejemplo puede obtenerse a partir de la ley holandesa de 12 de abril de 2001, en la que, entre otras cosas, vienen definidos preliminarmente contextos y competencias para: a) la «asistencia al suicidio» (art. 1, párr. 1, letra b), según la cual se entiende la asistencia voluntaria al suicidio de otra persona o el proporcionar a la misma los medios necesarios, como está previsto en el artículo 294 del Código penal; b) en relación con el «médico», el legislador se refiere al médico que ha puesto fin a la vida a requerimiento de un paciente o que le ha proporcionado asistencia para el suicidio; c) consultor es el médico al que se le ha consultado respecto de la decisión de poner fin a la vida o de facilitar asistencia al suicidio; d) por «responsables del tratamiento» se entienden aquellos profesionales que, según lo previsto en el Código civil desarrollan una actividad asistencial sobre un paciente.

Eutanasia activa y pasiva

A) La legislación de Bélgica

Bélgica ha regulado la eutanasia activa mediante una ley promulgada el 28 de mayo de 2002 (11). El artículo primero afirma que la ley disciplina una materia contemplada por el artículo 78 de la Constitución (12). La legislación belga pone de manifiesto significativas afinidades con la holandesa, aprobada un año antes. La eutanasia se define en el artículo 2 como el acto llevado a cabo por un tercero que pone fin voluntariamente a la vida de una persona a requerimiento de la misma. El artículo 3 establece que el médico que practica la eutanasia respetando las disposiciones legales no comete ninguna violación de la ley. El médico que practica la eutanasia no está sujeto a responsabilidad alguna siempre

(11) Cfr. Giusto GIUSTI, «La legge belga sull'eutanasia», *Rivista Italiana di Medicina Legale*, V (2002), pág. 1565.

(12) El artículo 78 de la Constitución del Reino de Bélgica establece el procedimiento para la aprobación de los proyectos de ley por parte del poder legislativo federal.

que ocurra que el paciente: a) se encuentre gravemente afectado por una enfermedad crítica o crónica incurable; b) no se encuentre en posición de poderse expresar; c) sus condiciones de salud sean irreversibles sobre la base de los conocimientos científicos del momento; d) se respeten las condiciones y procedimientos establecidos por la ley. El médico debe prestar atención a que el paciente sea mayor de edad o menor emancipado, y que la situación no se vea afectada por presiones externas, resultando voluntaria, meditada y reiterada. El enfermo debe estar «en una condición sanitaria sin esperanza, y su sufrimiento, en el plano físico o psíquico», debe resultar «persistente e insoportable», sin que pueda aliviarse, en cuanto se trate de una enfermedad aguda o crónica incurable. Como se puede advertir fácilmente, esta definición plantea varios interrogantes en orden a la determinación efectiva de las condiciones que conllevan la exclusión de la responsabilidad del médico. Por lo demás, el médico tiene que: a) informar al paciente de sus condiciones de salud y esperanza de vida, ponerse de acuerdo acerca de la solicitud de eutanasia, llamar su atención sobre todas las posibilidades terapéuticas aún posibles y sobre eventuales remedios paliativos. Es necesario que el médico llegue, junto con el paciente, al convencimiento de que no existe ninguna otra solución razonable y de que la solicitud es totalmente voluntaria. El artículo 14, efectivamente, dispone que la instancia y la declaración preventiva de voluntad no suponen obligaciones para los médicos. Ningún médico está obligado a practicar la eutanasia en contra su propia conciencia. Si el rechazo se debiera a razones médicas, éstas habrán de constar en el expediente clínico del paciente. El médico que rehusase practicar la eutanasia está obligado a trasladar dicho expediente a un médico que el paciente designe, o a una persona de confianza indicada por el mismo. Antes de practicar la eutanasia siempre ha de ser consultado otro médico en relación con las características de gravedad e imposibilidad de curación de la enfermedad. El médico consultado debe poseer competencia profesional relativa a la patología del caso, así como redactar una memoria concerniente a las garantías que se hayan tomado.

Si existiera un equipo terapéutico que venga tratando continuamente al paciente, el médico también deberá someter el requerimiento a éste, o a algunos de sus componentes. Si el paciente lo pidiera, también debe interpelarse a los allegados. El propio paciente debe poder discutir el tema espontáneamente con las personas que desee. Si el médico que le trata considera que el deceso no tendrá lugar dentro de un breve tiempo, habrá de consultarse a un segundo médico que, a su vez, deberá redactar un informe. Además, en este caso, deberá transcurrir al menos un mes entre la presentación de la solicitud escrita y la realización efectiva de la eutanasia. El médico que practique la eutanasia debe llevar a cabo una declaración, dentro de los siguientes cuatro días laborables, para que se recoja en el registro establecido por la Comisión Federal de control y valoración. La ley de 13 de febrero de 2014, aprobada por el parlamento y sancionada por el rey el 2 de marzo del mismo año, posibilita la extensión de las normas relativas a la eutanasia también a los menores, sin límite alguno de edad. Dicha ley establece que la eutanasia puede ser aplicada a menores que padecen enfermedades terminales que conllevan sufrimientos «constantes e insoportables» (físicos, y no solamente de carácter psíquico, como se prevé para los mayores de edad) así como una prognosis médica que determina una muerte próxima. Los menores a los que es extensible la eutanasia han de poseer una capacidad de discernimiento reconocida por profesionales competentes (psicólogos y psiquiatras) y contar con el consentimiento de sus progenitores o de quienes detentan la patria potestad.

B) La legislación de los Países Bajos

En los Países Bajos, la eutanasia activa está regulada por la ley de 12 de abril de 2001 (ley para el control de la petición de interrupción de la vida y de la asistencia al suicidio) (13). En base a dicha ley, el médico puede llevar a cabo la interrupción

(13) Para una visión inmediata, cfr. Giusto GIUSTI, «La legge olandese sull'eutanasia e il suicidio assistito», *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 28 (2001), pág. 1103.

ción de la vida o prestar asistencia al suicidio sin incurrir en los delitos previstos en el Código penal holandés (14). Para actuar de manera lícita, el médico debe seguir un procedimiento específicamente establecido por el legislador. El médico que se encarga de asistir al enfermo que solicita la interrupción de la vida ha de cumplir los «criterios de garantía» contenidos en el texto de la ley: a) tener la convicción de que se trata de una petición espontánea y bien ponderada por el paciente; b) estar convencido de que el paciente se encuentra en unas condiciones que le provocan sufrimientos insoportables y de que no existen perspectivas de mejora; c) haber informado cuidadosamente al paciente de su condición y de las perspectivas que se pueden abrigar; d) estar convencido, junto con el paciente mismo, de que no existen otras soluciones razonables en relación con el estado de la enfermedad; e) haber obtenido por escrito el parecer de otro médico independiente respecto a los precedentes criterios de diligencia; f) haber realizado escrupulosamente, desde el punto de vista médico, la interrupción de la vida o la asistencia al suicidio. En caso de que el paciente no esté en condiciones de expresar su propia voluntad, está prevista la posibilidad de dar validez, tanto para la interrupción de la vida como para la asistencia al suicidio, sus intenciones anticipadamente expresadas en una declaración a propósito. En las mismas condiciones que para los adultos, la eutanasia está permitida también a los menores de más de doce años. También en este caso surgen muchos interrogantes en orden a la correcta interpretación de las condiciones que permiten eximir de responsabilidad al médico que practica la interrupción de la vida o que asegura la asistencia al suicidio. Los «criterios de garantía», efectivamente, asumen un significado concreto solamente en presencia de la situación de hecho a la que hacen referencia en abstracto. Las verifi-

(14) Para un examen de las grandes líneas del Derecho penal, con interesantes planteamientos comparatistas también, véase Maria Beatrice MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Turín, Giappichelli, 2001. Véase la amplia bibliografía recogida en las págs. 259 y sigs.; Giovanni BOGNETTI, «La legge olandese su eutanasia e suicidio assistito», *Corriere Giuridico*, 2001, págs. 705 y sigs.

caciones que el médico ha de realizar no tienen un contenido exclusivamente técnico, por lo que no están automáticamente vinculadas con el ejercicio de la profesión. Resulta ilustrativa, en este sentido, la exigencia de comprobar la efectiva y ponderada voluntad del paciente. Esta cuestión puede ser interpretada desde dos puntos de vista: a) como mera recepción de las manifestaciones escritas o verbales que manifiestan la voluntad y aclaran las determinaciones que el paciente ha alcanzado, esto es, como una interpretación meramente formal de la obligación; o b) en relación con la posibilidad de que el médico se convierta en un profundo interlocutor del paciente, ejerciendo así un cometido que sólo en parte pertenece a sus competencias profesionales, y que no puede ser encauzado mediante formalismos burocráticos. Resulta siempre, por lo menos dificultoso, establecer con relación con supuestos concretos, las condiciones y límites de tales «garantías».

C) La ley del Estado de Oregón y la autorización de prescripción de fármacos dirigidos a suprimir la vida en las legislaciones de otros Estados de la Unión.

La *Death with Dignity Act* de Oregón, aprobada en 1994, disciplina las modalidades mediante las cuales un sujeto puede solicitar la prescripción de un fármaco que ponga fin a su vida. El punto 3.14 de la ley afirma textualmente que la misma «nunca podrá interpretarse como autorización al médico o a otra persona para terminar con la vida de un paciente mediante una inyección letal, una muerte por compasión o a través de la eutanasia activa». Las acciones emprendidas de acuerdo con la ley «no podrán ser consideradas nunca como suicidio, suicidio asistido, muerte compasiva u homicidio autorizado por la ley». Se advierte, pues, una contradicción de fondo entre la autorización de prescribir medios dirigidos a poner fin a la vida de una persona y las condiciones interpretativas establecidas en el punto 3.14 sección 3 de la propia ley. El sentido de la misma ley es difícil de relacionar con los objetivos que define, en cuanto a la consideración de que el médico podrá estar presente cuan-

do «un paciente cualificado acepta los fármacos prescritos para quitarse la vida de manera digna y humana» (punto 4.01 de la sección 4). Por otra parte, al regular las inmunidades, la ley dispone que ninguna organización o asociación profesional, o institución sanitaria, podrá censurar, sancionar, suspender, privar de licencia, menoscabar en sus privilegios, expulsar o iniciar cualquier otro tipo de sanción contra una persona por haber participado o por haberse negado a obrar de buena fe de conformidad con cuanto se establece en ese acto legislativo. La petición, realizada por un adulto con capacidad y residente en Oregón, puede ser hecha, inicialmente, de manera oral. A continuación, ha de volverse a proponer por escrito, según un modelo anexo al texto de la ley. El escrito debe ser datado y firmado en presencia de dos testigos. El solicitante ha de seguir un complejo procedimiento. Ante todo, es precisa la intervención de un «médico de cabecera» que debe: a) determinar si el sujeto se encuentra afectado de una enfermedad terminal, si tiene capacidad y si la solicitud se ha hecho voluntariamente; b) informar al paciente del diagnóstico médico, del pronóstico, de los riesgos potenciales que pueden provocar los fármacos que le serán prescritos, de las consecuencias que probablemente causará la administración de tales fármacos, de las alternativas practicables, entre las que ha de contarse con las curas paliativas, los centros de enfermos terminales y las terapias del dolor. Después, el paciente ha de ser dirigido a un médico consultor para una confirmación del diagnóstico y para determinar la capacidad del sujeto, la información que ha recibido y la espontánea voluntad con la que actúa. El consultor debe examinar al paciente y su historial clínico, confirmando por escrito el diagnóstico del médico clínico en el sentido de que el paciente padece una enfermedad terminal. El médico clínico y el médico consultor, cuando lo consideren oportuno, ante sospechas de disfunciones de orden psiquiátrico que puedan suponer la reducción de la capacidad de juicio, pueden solicitar que el paciente sea sometido a una consulta psiquiátrica. Entre la petición inicial y oral del paciente y la prescripción de los fármacos en cuestión, no pueden transcurrir menos de

quince días. Entre la petición por escrito y la prescripción no pueden transcurrir menos de 48 horas. En los Estados Unidos, la eutanasia activa está prevista también en otros Estados por decisión de la Corte Suprema, regulada con modelos semejantes al establecido en el Estado de Oregón, o mediante normas específicas, como en Montana (decisión de la Corte Suprema de 2009), Nuevo México (por medio de decisiones judiciales), Vermont (ley de 2013) y Washington (ley sobre el «suicidio asistido» que entró en vigor en 2009). En otros Estados se encuentran en curso proyectos de ley sobre el «suicidio asistido»: Connecticut (*Act Concerning Compassionate Aid in Dying for Terminally ill Patients* de 24 de febrero de 2014), Hawai (*Death with Dignity* de 18 de enero de 2014), Kansas (*Death with Dignity Act* de 23 de enero de 2013), Massachusetts (*Terminally ill Patient right to compassionate aid in dying* de 22 de enero de 2013), Nueva Jersey (*Death with Dignity Act* de 14 de enero de 2014), Pensilvania (*Death with Dignity Act* de 24 de junio de 2013).

D) Legislación de la Confederación Helvética.

En la Confederación Suiza, la eutanasia activa y el suicidio asistido son posibles en la medida en que la legislación penal (art. 115) sanciona exclusivamente a quienes persuaden o asisten al suicidio de una persona para realizar el suicidio por «motivos egoístas». A través de la despenalización y de las eximentes vinculadas a la misma, pues, es posible recurrir a la eutanasia, tanto por parte de ciudadanos residentes como de extranjeros. Con el fin de no incurrir en el rigor de la ley, es necesario respetar la voluntad y dignidad del paciente, llevar a cabo cierto procedimiento de modo correcto y comprobar y certificar la capacidad del paciente, sus motivaciones, y los datos informativos que se hayan aportado.

Interrupción del tratamiento sanitario: la problemática del encarnizamiento terapéutico y de la suspensión de curas y tratamientos

A) La jurisprudencia alemana.

La jurisprudencia alemana reconoce la posibilidad de interrumpir los tratamientos médicos sobre la base, también, de los actos de disposición establecidos anticipadamente por el paciente, pero no admite ni la eutanasia activa ni la pasiva. Se consideran legítimas las intervenciones dirigidas a poner fin al mantenimiento artificial de la vida de un paciente terminal.

B) La jurisprudencia y la legislación del Reino Unido.

El primer caso que se abordó en el Reino Unido fue el caso *Tony Bland*, en 1989. Se trataba de un joven que se encontraba en la condición de «estado vegetativo permanente», en cuanto víctima de un grave incidente durante un partido de fútbol. Los jueces debieron pronunciarse sobre la petición de poner término a la alimentación artificial y a la terapia antibiótica. La *House of Lords* autorizó esta acción en 1993, excluyendo que los médicos que la practicaran fueran inculcados y considerados culpables del deceso. Esta decisión no se fundaba en el principio de autodeterminación, sino más bien en la valoración de las condiciones en que se encontraba el sujeto, así como en la verificación de la proporcionalidad entre la decisión médica y la situación clínica en su conjunto (tomando en consideración, por consiguiente, el *best interest* del paciente). En otros supuestos, los jueces ingleses han autorizado la interrupción de los tratamientos, incluyendo la alimentación e hidratación artificiales, aunque sin configurar tales intervenciones dentro del marco conceptual de la eutanasia activa. En el Reino Unido, la *Mental capacity Act*, aprobada el 7 de abril de 2005, que entró en vigor el 1 de octubre de 2007, asegura la eficacia jurídica de las declaraciones anticipadas de voluntad relati-

vas a tratamientos sanitarios. La ley de 2005 admite la suspensión de los tratamientos, particularmente de aquellos que se pueden considerar como de «encarnizamiento terapéutico», pero no autoriza el rechazo de curas básicas y obliga a la asistencia en cuestiones de nutrición, hidratación y mantenimiento de la temperatura por medios no artificiales.

C) La jurisprudencia de los Estados Unidos y del Canadá

En Estados Unidos y Canadá, las cuestiones relativas a la interrupción de tratamientos médicos se ha planteado, inicialmente, en el campo jurisprudencial. Los casos han sido numerosos, y no es posible en este espacio un examen específico. En general, se puede observar lo siguiente: a) se reconoce el principio de autodeterminación del paciente, atribuyendo eficacia jurídica a las declaraciones de voluntad anticipadas (*personal directives*) o reconociendo derechos al representante del incapaz; b) en un primer momento, la suspensión del tratamiento se limitaba únicamente a las intervenciones «sanitarias», pero en casos sucesivos se ha admitido la interrupción de la alimentación e hidratación artificiales; c) Con la excepción de la legislación del Estado de Oregón, no se contemplan los casos de eutanasia activa (15). Posteriormente, en línea con la legislación de Oregón de 1994, otros Estados de la Unión han legislado en materia de eutanasia activa bajo la forma del «suicidio asistido».

D) La decisión y las líneas maestras de la Corte Suprema de la India.

La Corte Suprema Federal de la India, mediante sentencia de 7 de marzo de 2011 ha considerado lícita únicamente la eutanasia pasiva practicada a sujetos que se encuentren en un «estado vegetativo permanente» (16).

(15) Cfr. Benedetta BARBISAN, «Il “diritto a morire” negli Stati Uniti secondo l’interpretazione costituzionale del XIV emendamento», *Diritto Pubblico* (2001), págs. 175 y sigs.

(16) La Corte Suprema india ha indicado algunas líneas maestras en materia de «eutanasia pasiva»: 1. A decision has to be taken to discontinue

El «testamento biológico» y la representación de la voluntad

Un aspecto relevante para valorar el alcance del principio de «autodeterminación» puede abordarse mediante el examen de los diferentes modelos por los que se reconoce al sujeto la posibilidad de dar fuerza jurídica a sus propias declaraciones de voluntad (17) o de hacer valer formas de representación legal, a fin de suspender un tratamiento indispensable para mantenerle con vida (18). Comúnmente, estas expresiones de voluntad se conocen como «testamento biológico», aun cuando esta figura no está exenta de controversia y, por regla general, no se encuentra recogida explícitamente por los legisladores. Los textos normativos se refieren a «instancias preventivas», «declaraciones anticipadas de voluntad», «actos dispositivos del paciente», «directi-

life support either by the parents or the spouse or other close relatives, or in the absence of any of them, such a decision can be taken even by a person or a body of persons acting as a next friend. It can also be taken by the doctors attending the patient. However, the decision should; 2. Even if a However, the decision should be taken *bona fide* in the best interest of patient; 2. Even if a decision is taken by the near relatives or doctors or next friends to Withdraw life support, such a decision requires approval from the High Court concerned; 3. When such an application is filled the Chief Justice of the High Court should forthwith constitute a Bench of at least two Judges who should decide to grant approval or not. A committee of three reputed doctors to be nominated by the Bench, who will give report regarding the condition of the patient. Before giving the verdict a notice regarding the report should be given to the close relatives and the State. After hearing the parties, the High Court can give its verdict.

(17) Para una reconstrucción del debate moderno sobre este tema, cfr. Eugenio MAZZARELLA, Paolo CORSINI, Pasquale CIRIELLO, Sandra ZAMPA, Donella MATTESINI, Guido MELLIS, «Le dichiarazioni anticipate di trattamento: un contributo alla discussione», *www.forumcostituzionale.it*.

(18) Además del citado volumen de Pizzetti, se encuentran amplias referencias al tema en el *Dossier del Servizio di Studi del Senato della Repubblica, Ufficio ricerche sulle questioni del lavoro e della salute*, núm. 104 (2009). En él, se hace referencia a las legislaciones de varios países: Francia, Alemania, Países Bajos, Reino Unido, España y Estados Unidos. En cuanto a la doctrina, cfr. Mirzia BIANCA (coord.), *Le decisioni di fine vita*, Milán, Giuffrè, 2011; Donato CARUSSI, Silvana CASTIGNONE y Gilda FERRANDO (coords.), *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Turín, Giappichelli, 2012.

vas personales». En general, cabe subrayar que estas normas asumen el carácter de especiales respecto de las disposiciones civiles ordinarias en materia de capacidad y declaración de voluntad con efectos legales. Por una parte, los legisladores han previsto procedimientos orientados a hacer manifiesta y a asegurar la voluntad del sujeto, imponiendo a veces incluso la identificación de los tratamientos que se pretenden practicar o suspender. Por otra parte, han hecho más gravosas las formalidades (por ejemplo, requiriendo casi siempre la forma escrita y la presencia de testigos). Además, la declaración ha de ser avalada mediante certificaciones médicas, constituyendo sólo una fase de un procedimiento mucho más complejo (19).

A) Estados Unidos

La jurisprudencia estadounidense, por regla general, ha reconocido la prevalencia de las declaraciones anticipadas de voluntad respecto de los tratamientos terapéuticos. Han surgido discusiones en relación con la posibilidad de extender dichas declaraciones a los casos de interrupción de la alimentación y de la hidratación artificial. Famosos casos judiciales, como el caso *In re Quinlan* y el caso *Schiavo* no han planteado dificultades en cuanto al derecho de hacer valer la voluntad del sujeto, bien directamente o mediante representación (bien para dar validez la institución anticipada, bien para conceder una amplia delegación al fiduciario), a lo más, se han centrado en la corrección de la base jurídica, individualizada a veces como un *right of privacy*, o a veces como un *liberty interest*, así como en la determinación de las reglas con base en las que resolver el contraste de voluntades entre los diferentes sujetos implicados (como, por ejemplo, entre el tutor y los familiares). La ley de Oregón dispone que la solicitud de los medicamentos necesarios para poner fin a la vida debe ser definitivamente formulada por escrito en presencia de testigos. Diversos Estados de los Estados

(19) Cfr. Giovanna SAVORANI, «Amministrazione di sostegno, designazione anticipata e testamento biológico», *Politica del diritto*, núm. 4 (2011), págs. 665 y sigs.

Unidos han establecido también una legislación relativa a las disposiciones anticipadas (como ejemplo de anticipación puede citarse el *Natural Death Act* de California, aprobada en 1976) Por regla general, la eficacia de las *personal directives* requiere de forma escrita y, en algunos casos, de la presencia de testigos.

B) Bélgica

La legislación belga prevé la posibilidad de formular «instancias preventivas». La materia se encuentra disciplinada por el artículo 4 de la ley de 28 de mayo de 2002. Toda persona mayor de edad, o menor emancipada, en posesión de entendimiento y voluntad, en previsión de perder la posibilidad de manifestar su voluntad, puede expresar por escrito la petición de que un médico practique la eutanasia, mediante una adecuada declaración que garantice: a) que el sujeto se encuentra aquejado de una enfermedad grave o crónica incurable; b) que está privado de consciencia; c) que esta situación es irreversible según los actuales conocimientos científicos. En la declaración pueden designarse una o varias personas de confianza, mayores de edad, en un orden de preferencia, con el cometido de informar al médico que le atiende de la voluntad del paciente. Cada una de las personas designadas sustituye a la precedente si ésta rechaza el encargo, o resulta impedida o incapaz, o ha muerto. El médico que atiende al paciente, el especialista al que se consulta y todos los componentes del equipo médico no pueden ser designados como personas de confianza. La declaración puede ser hecha en cualquier momento. Ha de ser redactada por escrito, en presencia de dos testigos mayores de edad, uno de los cuales, al menos, debe carecer de cualquier tipo de interés material en el fallecimiento del paciente. Tiene que ser fechada y firmada por el declarante y por las personas de confianza designadas. Hay que unir a la declaración un certificado médico que atestigüe la imposibilidad física permanente. Si la persona que pretende hacer una declaración preventiva se encuentra permanentemente imposibilitada físicamente para redactarla y firmarla,

el legislador belga establece que la declaración pueda ser llevada a cabo por escrito por una persona mayor de edad elegida por el declarante, siempre que, como en el caso de las personas de confianza, no pueda obtener ningún beneficio del deceso. En el texto debe precisarse que el declarante no está en condiciones de escribir y firmar el documento, precisando los motivos de ello. La declaración será datada y firmada por el redactor y, cuando sean designadas, por las personas de confianza. Hay que adjuntar al texto una certificación médica que dé testimonio de la imposibilidad física del declarante. La declaración solamente podrá ser tenida en cuenta si ha sido redactada o confirmada en menos de cinco años antes del inicio de la imposibilidad del paciente para manifestar su propia voluntad, y puede ser anulada o modificada en cualquier momento. Estas declaraciones son trasladadas a los médicos interesados a través de un registro nacional.

C) Francia

En el 2005, Francia reformó su *Code de la Santé Publique* previendo la posibilidad de que un sujeto mayor de edad formule directivas anticipadas (*directives anticipées*) en orden a establecer orientaciones acerca de limitar o interrumpir tratamientos médicos. Tales directivas son revocables en todo momento, y sólo pueden ser admisibles si se han redactado en un período menor a tres años contados desde la pérdida de conciencia del sujeto. El documento ha de ser escrito, fechado y firmado por el autor. Si estuviera en condiciones de expresar su propia voluntad pero no de escribir ni firmar, el acto debe ser validado por dos testigos que darán fe de que expresa la libre voluntad del sujeto. En casos de incapacidad puede ser nombrado un fiduciario. En base a la ley y a todo cuanto haya expresado el paciente, el médico goza de la facultad de suspender cualquier acción terapéutica, siempre que considere que las terapias que se vienen realizando no son útiles ni proporcionadas, o que tengan como único efecto la prolongación artificial de la vida del paciente.

D) Alemania

Alemania no ha aprobado una regulación específica en materia de declaraciones anticipadas relativas a tratamientos sanitarios. Sin embargo, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de atribuir fuerza jurídica a los actos de disposición del paciente, reconociendo (sentencia de 17 de marzo de 2003 del Tribunal Federal) su carácter vinculante. A juicio de dicho Tribunal Federal, el *patientenverfügung* (acto dispositivo del paciente) constituye una forma de declaración de voluntad prevista por la ley de reforma del derecho de tutela y curatela de los mayores de edad (ley de 12 de septiembre de 1990). El acto debe indicar con precisión los tratamientos a los que hace referencia. No es indispensable que sea redactado por escrito, y puede ser revocado o modificado por el sujeto en cualquier momento. Para los casos de incapaces, pueden intervenir las instituciones civiles ordinarias de la curatela y del mandato relativo a la gestión de bienes e intereses.

E) Países Bajos

Para la validez de las declaraciones anticipadas es necesario que el sujeto sea mayor de edad y goce de capacidad. Si el paciente que ha cumplido dieciséis años, o edad superior, no fuera capaz de expresar su propia voluntad, pero con anterioridad a adolecer de esta condición clínica gozaba de una razonable capacidad de entendimiento y voluntad acerca de sus intereses, habiendo redactado un testamento escrito que contuviera la petición de que se practique la eutanasia, el médico no puede tener en consideración su incapacidad. Los menores cuya edad esté comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años pueden también realizar una declaración anticipada adelantando la solicitud de eutanasia o de asistencia al suicidio. El médico puede aceptar la petición si juzga que el sujeto tiene una «razonable conciencia de sus intereses». En este caso, los padres o el tutor han de ser partícipes del proceso de decisión. Si el menor

tiene una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, y se puede considerar que posee una «razonable conciencia de sus intereses», el médico puede admitir el requerimiento del paciente a condición de que los poderes, parientes que mantienen la patria potestad, o el tutor, concuerden con la decisión de poner término a la vida o de llevar a cabo el suicidio asistido.

F) Reino Unido

La *Mental Capacity Act* de 2005 regula el tema de las declaraciones anticipadas de voluntad y las cuestiones relativas a la capacidad. Precedentemente, la jurisprudencia había reconocido ya la legitimidad de las declaraciones que un paciente había manifestado con anterioridad a la pérdida de la capacidad de expresar autónomamente su voluntad. Los jueces habían puesto algunas condiciones: a) la existencia de la capacidad del sujeto en el momento de la declaración de voluntad; b) la posibilidad de establecer con certeza la voluntad del sujeto teniendo en cuenta la anticipación de las condiciones físicas y psíquicas en las que podría llegar a encontrarse por motivo de la enfermedad; c) el declarante ha de ser totalmente consciente de las consecuencias que tenga el rechazo de los tratamientos médicos; d) al asumir esta determinación, el declarante no debe haber sido influenciado por terceras personas; e) las instrucciones no deben haber sido revocadas y modificadas con posterioridad. La legislación ha acogido esta práctica jurisprudencial formada anteriormente estableciendo criterios homogéneos. El acto debe ser realizado por escrito por una persona mayor de edad (que se adquiere a los 18 años), con capacidad de entendimiento y voluntad. Esta capacidad del redactor debe ser cierta según todo lo previsto por las normas en vigor. Es preciso suscribir el documento en presencia de testigos, y ha de constar la firma, tanto del redactor como del sujeto que le represente, en los casos en que se haya producido la incapacidad. Deben especificarse también los tratamientos que se pretenden rechazar. La declaración puede ser modificada o revocada siempre.

G) España

La ley de 14 de noviembre de 2002 regula, entre otras, la materia relativa a las anticipaciones de voluntad (20). Se trata de una disciplina marco que vincula a las legislaciones adoptadas por las Comunidades Autónomas. El capítulo IV regula «el respeto de la autonomía del paciente». El legislador español reconoce validez y eficacia jurídica a las decisiones autónomas que de modo libre, ponderado y voluntario, un sujeto asuma en orden a los tratamientos sanitarios a los que considere que debe someterse o que debe rechazar. El personal sanitario ha de conformarse a la voluntad expresa del paciente. El médico debe proporcionar una información completa y adecuada acerca de los específicos tratamientos a los que está sometido el paciente y de las consecuencias de su interrupción. Las declaraciones anticipadas pueden realizarse por mayores de edad o por menores emancipados, con capacidad de entendimiento y voluntad. Cuando el paciente esté imposibilitado o sea incapaz intervienen las instituciones de la representación. El legislador español ha regulado tres casos de incapacidad: a) los pacientes naturalmente incapaces por razones físicas o psíquicas de carácter transitorio: el consentimiento puede ser dado por el representante, y, si éste no ha sido designado precedentemente a la aparición de la incapacidad, por los familiares (o por aquellos que tienen vínculos de hecho con el paciente). La normativa de algunas Comunidades Autónomas ha regulado el orden de precedencia; b) los pacientes legalmente incapaces: en estos casos, el consentimiento informado ha de ser prestado por el representante legal. Pueden ser válidas las declaraciones de un incapaz legal cuando éste manifieste una capacidad natural, sobre todo si la declaración anticipada se encuentra comprendida entre los actos contemplados en la sentencia declaratoria de incapacidad; c) pacientes menores de edad: los menores de

(20) Cfr. Antonio D'ALOIA (coord.), *Il diritto e la vita. Un dialogo italo-spagnolo su aborto ed eutanasia*, Nápoles, Jovene, 2011.

edad pueden decidir libremente si el médico responsable de la asistencia sanitaria juzga que están dotados de suficiente capacidad intelectual y emotiva. En el caso de menores de 16 años, el consentimiento viene prestado por el representante legal; sin embargo, si ha cumplido los 12 años, debe ser oído. El representante actúa siempre en exclusivo interés del paciente, y ha de respetar sus determinaciones. En cualquier momento, las declaraciones pueden ser revocadas por escrito, siendo en todo caso registradas «en el registro nacional de instrucciones preventivas», perteneciente al Ministerio de Salud y Bienestar Social.

H) Suiza

La regulación de las directivas anticipadas en la Confederación Helvética es una competencia cantonal, por lo que existen normativas diferentes entre un Cantón y otro. En general, puede decirse que la voluntad del sujeto con capacidad ha de manifestarse por escrito y ser cierta. El consentimiento del paciente se considera esencial, y su voluntad debe ser respetada por el personal médico, con base en el principio de autodeterminación. Las personas incapaces pueden actuar mediante las instituciones ordinarias de la representación legal.

Las reglas a observar, las garantías y los controles

A) Estados Unidos

El *Death with Dignity Act*, en su sección 3, titulada «Dispositivos de seguridad», determina las obligaciones a cargo del médico general, impone la confirmación del diagnóstico por parte de un «médico consultor» y regula las modalidades a través de las que eventualmente sería procedente una consulta psiquiátrica. Igualmente, el médico general deberá pedir al paciente autorización para que se informe a la familia del requerimiento de fármacos destinados a poner término a su vida, aunque su eventual rechazo

no comporta también el rechazo del requerimiento. Como ya hemos tenido ocasión de ver, deberán respetarse períodos de tiempo. La ley establece obligaciones perentorias relativas a la confección del historial clínico. El punto 4.2 de la sección 4 define los supuestos de responsabilidad de aquellos que, sin autorización del paciente, alteraran o falsificaran conscientemente una solicitud de fármacos, o bien ocultaran o destruyeran el curso de la solicitud con la intención o el efecto de causar la muerte del paciente. Semejante responsabilidad recae sobre todos los que alteraran la voluntad del paciente.

B) Francia

Todo médico tenga que tomar una decisión tendente a la limitación o suspensión de un tratamiento sanitario debe comprobar la eventual existencia de directivas anticipadas consultando el historial clínico del paciente, interpelando al médico general o dirigiéndose al fiduciario, cuando haya sido nombrado, a la familia del paciente o a sus parientes. Por regla general, las directivas anticipadas se conservan en la ficha del médico que le asiste, o de otro médico elegido por el paciente. En el caso de estar hospitalizado, tales directivas se adjuntan al historial clínico. El fiduciario puede ser nombrado por escrito, y su parecer verbal prevalece sobre cualquier otro parecer no médico, exceptuando la directiva anticipada. Se ha constituido una «Comisión de conocimiento sobre el acompañamiento en el fin de la vida», perteneciente a la Asamblea Nacional francesa. Se ha constituido también el *Comité national de suivi du développement des soins palliatifs et de l'accompagnement de la fin de vie*, con el cometido de promover políticas de sostenimiento para el desarrollo y la difusión de las curas paliativas y de controlar la puesta en práctica de la normativa relativa a tales curas, así como para la asistencias en el fin de la vida.

C) Países Bajos

En los Países Bajos se han constituido Comisiones regionales para examinar las notificaciones de casos de petición

de eutanasia y de asistencia al suicidio. El número de sus miembros es variable, pero en cada comisión debe haber al menos un jurista, un médico y un experto en materias éticas y filosóficas. La comisión juzga si el médico que ha practicado la eutanasia según petición, o que ha proporcionado asistencia al suicidio, ha actuado de conformidad con el procedimiento establecido en la ley de 12 de abril de 2001. La comisión, cuando lo considere necesario a fin de llevar a cabo un juicio más apropiado, puede solicitar del médico un informe, escrito o verbal, de las disposiciones tomadas. También puede la comisión interrogar al forense municipal, al médico general, o a otros sanitarios implicados. El parecer de la comisión se transmite al médico que ha practicado la intervención dentro de las seis semanas siguientes a la apertura del expediente. Dicho parecer se transmite también a la Oficina de la Procuraduría General y al Inspector Regional de Salud cuando se den dos circunstancias: a) cuando se entienda que el médico se ha equivocado en su actuación, y b) cuando el médico o el forense consideren que no pueden extender el certificado de fallecimiento. Los miembros de la comisión están obligados al secreto de todas las informaciones recibidas en el desenvolvimiento de sus deberes. Las comisiones envían una memoria anual al gobierno relativa a las actividades llevadas a cabo durante el año, que debe incluir: a) el número de casos examinados; b) la naturaleza de los mismos; c) las opiniones y consideraciones expresadas en torno a los casos examinados.

D) España

La actuación de las instituciones preventivas en España está regulada por un procedimiento definido por el servicio sanitario de cada Comunidad Autónoma. Dependiente del Ministerio de Salud se instituyó el «Registro Nacional de Instrucciones Preventivas», para clasificar todas las declaraciones anticipadas de voluntad y sus eventuales modificaciones. La inscripción en este registro asegura el conocimiento y la eficacia de las instrucciones establecidas en todo el territorio nacional. Las declaraciones se registran también en los

registros de las Comunidades Autónomas. El derecho de acceso a ambos registros corresponde: a) a las personas que han tomado las decisiones preventivas; b) a sus representantes legales; c) a los responsables acreditados por las Comunidades Autónomas; d) a las personas designadas por el Ministerio de Salud y Bienestar Social, o por las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas.

3. Consideraciones finales

La legitimación de las intervenciones que, dentro de las diferentes regulaciones legislativas y de las diversas soluciones jurisprudenciales, pueden ser consideradas formas de eutanasia activa o pasiva, tiene como fundamento, por regla general, el principio de autodeterminación del sujeto. El reconocimiento jurídico de la prevalencia de la voluntad (manifestada de las diferentes maneras que se han mencionado en esta reseña) es necesario, en efecto, tanto para la legitimación de las disciplinas que excluyen las consecuencias penales establecidas de ordinario, bien en relación con quien interrumpe un tratamiento necesario para el mantenimiento de la vida del paciente, bien en relación con quien presta ayuda al suicidio, cuanto para dar eficacia jurídica a las intervenciones dirigidas a poner fin a la vida de una persona gravemente enferma. Las problemáticas que subyacen a este principio son diversas. Ante todo, es preciso establecer las limitaciones de la autodeterminación jurídica. En este sentido, se podría distinguir entre una expresión absoluta de la voluntad, a la que siempre sería atribuible eficacia jurídica, y una expresión relativa, orientada a ofrecer indicaciones que, en algunas circunstancias podrían no ser estrictamente observadas por quien ha de tomar la decisión final de resolver el problema. En segundo lugar se debe reflexionar sobre las dificultades de establecer una definición concreta de «tratamiento terapéutico», por ejemplo, incluyendo o no como tales los casos de alimentación e hidratación artificial, lo que ha dado lugar a conflictos interpretativos y a consiguientes oscilaciones en la jurisprudencia. En los conocidos

casos Welby y Englaro, que han tenido lugar en Italia, por ejemplo, tras vicisitudes procesales de cambios y enfrentamientos, el juez autorizó a la administración sanitaria a suspender la alimentación e hidratación de los pacientes (21). En tercer lugar hay que tener en cuenta los notables márgenes de discrecionalidad que, como se ha tenido ocasión de subrayar en el examen de la legislación comparada, son inevitables en la aplicación de procedimientos que requieren valoraciones de tipo especial con carácter provisional, emitidas por sujetos diferentes (el médico asistente, el médico consultor, la eventual intervención psiquiátrica). Las declaraciones anticipadas de voluntad que, en el sentir común, están comprendidas en la definición de «testamento biológico» suscitan ulteriores interrogantes: a) en relación con la forma y la validez temporal; b) respecto de la posibilidad de nombrar sujetos fiduciarios; c) los casos de divergencias de parecer entre el fiduciario, los médicos y los parientes más cercanos; d) en lo que se refiere a la diversidad de posibilidades que se pueden manifestar en concreto y la rigidez de un acto al que se atribuyen consecuencias jurídicas que afectan a la vida misma del sujeto, esto es, a un derecho fundamental de la persona humana. Jueces y legisladores, aun cuando no admitan el recurso a formas directas o indirectas de eutanasia, reconocen en todo caso la legitimidad del rechazo de la «crueldad terapéutica». No obstante, su definición exacta suscita muchos problemas, en cuanto que el médico, actuando en el respeto a la ley y de acuerdo con su propio código deontológico, ha de considerar que la muer-

(21) La bibliografía es vastísima. Para un planteamiento inicial problemático que parta de perspectivas y concepciones jurídicas diferentes, cfr. Mario PORZIO, voz «Eutanasia», *Enciclopedia del Diritto*, XVI, Milán, Giuffrè, 1967, págs. 103 y sigs.; Giusto GIUSTI, *L'eutanasia*, Padua, Cedam, 1982; Francesco ROMANO, «L'eutanasia», *Giur. Merito*, I (1996), págs. 142 y sigs.; Paolo CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milán, Giuffrè, 2003; Ferrando MANTOVANI, «Biodiritto e problematiche di fine di vita», *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche* (2006), págs. 57 y sigs.; Paolo FALZEA (coord.), *Thanatos e Nomos. Questioni bioetiche di fine vita*, Nápoles, Jovene, 2009; Antonio D'ALOIA (coord.), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni e casi*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; Salvatore BOCCAGNA, *Diritto di morire, decisioni senza legge, leggi sulla decisione. Profili giuridici del caso Englaro*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.

te es inminente e inevitable, que las curas realizadas resultan inútiles, y que mantener con vida al paciente (por ejemplo empleando mecanismos artificiales) comporta para el enfermo consecuencias considerablemente dolorosas y efectos totalmente desproporcionados respecto de los resultados que se pueden esperar razonablemente. Por lo demás, debe ponerse de manifiesto que se pueden aplicar curas paliativas a los enfermos terminales, y que se puede recurrir a las terapias del dolor. En el caso de que se recurra, legítimamente, a la suspensión de tratamientos con el objeto de evitar cualquier forma de crueldad, siempre es obligatoria la asistencia que el médico ha de prestar al paciente, sobre todo en la última fase de su vida.