

LO 3/2021, REGULADORA DE LA EUTANASIA: SEIS CUESTIONES ACERCA DE LA “PRESTACIÓN DE LA AYUDA PARA MORIR”*

M^a Carmen González Carrasco**
Catedrática de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 23 de abril de 2021

SUMARIO: 1. Contenido y alcance de la nueva “prestación sanitaria de la ayuda a morir”. 2. Los profesionales obligados a la prestación de ayuda a morir. 3. Los límites al deber de prestar la ayuda a morir. 4. El consentimiento del paciente y la información sobre las “las alternativas” a la prestación solicitada. 5. Consentimiento eutanásico otorgado en voluntades anticipadas. 6. El “contexto eutanásico” español.

1. Contenido y alcance de la nueva “prestación sanitaria de la ayuda a morir”

La Exposición de Motivos de la Ley expresa que la misma distingue entre dos “conductas” eutanásicas diferentes, *la eutanasia activa y aquella en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre*”. Sin embargo, la LO 3/2021 no es (o no es solo) una norma despenalizadora

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020 -GRIN-29156, denominado “Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco” (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla -La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla -La Mancha” (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6452-2911>.



de “conductas”, sino principalmente, una norma de carácter prestacional. No se limita a tolerar determinadas conductas individuales de homicidio compasivo o de auxilio al suicidio -que ya estaban atenuadas para estos casos en el art. 143.4 del Código Penal y que ahora se despenalizan si se realizan en el contexto que la misma regula (nuevo art. 143.5 CP)-, sino que incluye la prescripción, dispensación y/o suministro del fármaco que causa la muerte, así como el acompañamiento y los cuidados y técnicas instrumentales necesarias hasta que se produce la misma, conformando una prestación incluida en la cartera común de prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 13.1).

Según el [informe emitido por el propio Comité de Bioética de España](#) (órgano asesor de los poderes públicos en la materia) este giro que traslada a la eutanasia desde la mera atenuación penal hasta el derecho prestacional cambia el elenco de deberes inherentes al ejercicio de la profesión sanitaria y la percepción social de la relación médico paciente, razón por la cual también el Consejo General de Colegios de Médicos de España¹ ha rechazado formalmente una norma en cuya elaboración no ha podido participar.

La exposición de motivos se refiere a dos modalidades eutanásicas, una de las cuales es la modalidad de “eutanasia activa”. Se trata de una imprecisión terminológica. No existe otra eutanasia que la activa, pues el término “eutanasia pasiva” ha sido tradicionalmente una forma inadecuada de hablar de limitación del esfuerzo terapéutico en sus diferentes grados o retirada de tratamientos ya iniciados. Hablar de eutanasia activa para diferenciarla de *“aquella otra conducta en la que es el propio paciente la persona que termina con su vida, para lo que precisa de la colaboración de un profesional sanitario que, de forma intencionada y con conocimiento, facilita los medios necesarios, incluido el asesoramiento sobre la sustancia y dosis necesarias de medicamentos, su prescripción o, incluso, su suministro con el fin de que el paciente se lo administre”* tampoco es adecuado, porque ello viene a sugerir que esta otra conducta descrita es eutanasia pasiva, cuando lo cierto es que se trata de una actuación eutanásica tan activa como la anterior, pero consistente técnicamente en el auxilio al suicidio que lleva a cabo el propio paciente. No se entiende por qué el legislador ha considerado adecuado definir la eutanasia “activa”

¹ La Asociación Médica Mundial ha manifestado que la regulación de la eutanasia genera desconfianza hacia los profesionales de la Medicina, puede frenar la implicación del personal sanitario en la atención asistencial, y que su normalización como respuesta al sufrimiento es un factor negativo en la formación de los profesionales sanitarios y en el esfuerzo del sistema sanitario por la inversión en paliativos. De hecho, la Asamblea de la Organización Médica Colegial de España ya se opuso a la regulación en trámite en su manifiesto de 21 de mayo de 2018 y ha vuelto a hacerlo en su manifiesto de este 18 de diciembre de 2020. Considera que la ley presenta “importantes interrogantes” y “cuestiones no aclaradas” y subraya que según el Código de Deontología Médica, el profesional “nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste”. Disponible en URL: (https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_ley_eutanasia_cgcom_18_12_2020.pdf). Último acceso de 26.4.2021.

(sic) como lo que es (*“la acción por la que un profesional sanitario pone fin a la vida de un paciente de manera deliberada y a petición de éste”*, esto es, provoca su muerte), pero no da el paso de otorgar un nombre a la segunda modalidad, que es técnicamente un auxilio al suicidio. En definitiva, se trata de dos actuaciones encomendadas a los profesionales sanitarios, las cuales -a pesar de la confusa redacción de la Exposición de Motivos, que parece exigirlo solo de la primera-, requieren de igual forma el cumplimiento de los requisitos de “contexto eutanásico” impuestos por la ley. La prestación de la ayuda para morir consiste, pues, en dos modalidades activas, recogidas en la definición del art. 3, letra g):

- 1.^a) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.
- 2.^a) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte.

2. Los profesionales obligados a la prestación de ayuda a morir

Los profesionales sanitarios a los que hace referencia la LO 3/2021 son el médico responsable, el médico consultor, el equipo de profesionales que atiende al paciente y, por último, los médicos y enfermeros que forman parte de la comisión de Garantía y Evaluación de la comunidad autónoma donde se lleve a cabo el proceso.

Según el procedimiento descrito en el art. 8 de la Ley, el médico responsable recibe las dos solicitudes necesarias por parte del paciente con un intervalo mínimo de quince días entre ambas², evalúa la capacidad del paciente, mantiene con él un proceso deliberativo entre ambas solicitudes del paciente y le informa por escrito sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos; tras la segunda solicitud, retoma con el paciente solicitante el proceso deliberativo al objeto de atender, en el plazo máximo de cinco días naturales, cualquier duda o necesidad de ampliación de información que se le haya planteado al paciente tras la información proporcionada después de la presentación de la primera solicitud. Transcurridas veinticuatro horas tras la finalización de este segundo proceso deliberativo, debe recabar del paciente solicitante su decisión de continuar o desistir de la solicitud de prestación de ayuda para morir. Si es el primer caso, el médico responsable deberá comunicar la decisión del paciente al equipo asistencial, especialmente a los profesionales

² “ Si el médico responsable considera que la pérdida de la capacidad de la persona solicitante para otorgar el consentimiento informado es inminente, podrá aceptar cualquier periodo menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica” [art. 5.1, c.2].

de enfermería, así como, en el caso de que así lo solicitara el paciente, a los familiares o allegados que señale. Igualmente, debe recabar del paciente la firma del documento del consentimiento informado. Tras ello, deberá consultar a un médico consultor y comunicar al paciente solicitante el resultado del informe que éste emita, en el plazo máximo de veinticuatro horas. También es el encargado de comunicar al equipo asistencial el eventual desistimiento en relación con el proceso iniciado.

Antes de la realización de la prestación de ayuda para morir, y en todo caso en el plazo de tres días desde el informe del consultor, debe poner el proceso en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación al efecto de que se realice el control previo previsto en el artículo 10. Y finalmente, tras la muerte del paciente, ha de redactar y presentar ante la Comisión de Garantía y Evaluación un informe sobre los requisitos a que se refieren los puntos del apartado b) del art. 12 (identificación del solicitante y del médico consultor, existencia de voluntades previas y del representante nombrado en ellas, en su caso, así como sexo y edad de la persona solicitante de la ayuda para morir, fecha y lugar de la muerte, tiempo transcurrido desde la primera y la última petición hasta la muerte de la persona, *la enfermedad grave e incurable o padecimiento grave, crónico e imposibilitante*, naturaleza del sufrimiento continuo e insoportable padecido y razones por las cuales se considera que no tenía perspectivas de mejoría, información sobre la voluntariedad, reflexión y reiteración de la petición, así como sobre la ausencia de presión externa, si existía documento de instrucciones previas o documento equivalente, una copia del mismo, procedimiento eutanásico seguido y capacitación de los médicos consultores con fechas de las consultas).

El médico consultor, de quien la Ley solo aclara que será especialista en la patología que sufre el paciente [art. 3 g)], es el requerido por el médico responsable (la ley no establece plazo para esta consulta) para que, tras consultar la historia clínica y examinar al paciente, corrobore o niegue el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 5.1, o en su caso en el 5.2, en el plazo máximo de diez días naturales desde la fecha de la segunda solicitud. El médico consultor debe redactar un informe que pasará a formar parte de la historia clínica del paciente y que, en caso de desfavorable, puede ser recurrido por el paciente ante la Comisión de Garantía y Evaluación en los términos previstos en el artículo 7.2.

En cuanto a los profesionales de la Comisión de Garantía y Evaluación³, una vez recibida la comunicación del médico responsable sobre la finalización del proceso de solicitud,

³ Las Comisiones de Garantías y Evaluación son órganos de naturaleza administrativa, de carácter multidisciplinar y que se compondrán de médicos, juristas y personal de enfermería con un mínimo de siete miembros. Habrá una por cada comunidad autónoma y serán nombradas por los gobiernos autonómicos respectivos. El art. 12 de la ley atribuye también a la Comisión de Garantías y Evaluación la competencia para resolver las reclamaciones que se produzcan por denegación de solicitudes de ayuda para morir,

los consentimientos y el informe positivo sobre la posibilidad de prestación de la eutanasia, el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación debe designar, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, para que *verifiquen los requisitos y condiciones del ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir*. Estos dos miembros citados en el apartado anterior tienen acceso a la documentación que obre en la historia clínica y pueden (pero no están obligados a) entrevistarse con el profesional médico y el equipo, así como con la persona solicitante. En el plazo máximo de siete días naturales, deben emitir un informe sobre los puntos a los que también deberá referirse el informe realizado por el médico responsable antes de la realización de la prestación eutanásica (art. 12). Si la decisión es favorable, el informe emitido servirá de resolución a los efectos de la realización de la prestación. Si la decisión es desfavorable a la solicitud planteada, quedará abierta la posibilidad de reclamar en virtud de lo previsto en la letra a) del artículo 18. En los casos en que no haya acuerdo entre los dos miembros citados, se eleva la verificación al pleno de la Comisión de Garantía y Evaluación, que decide definitivamente. La resolución definitiva se pondrá en conocimiento del presidente para que la traslade al médico responsable que realizó la comunicación para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir. Las resoluciones de la Comisión que informen desfavorablemente la solicitud de la prestación de ayuda para morir podrán ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los profesionales que participan en el proceso no quedan suficientemente determinados en la Ley, por las razones que siguen.

La Ley de eutanasia define la figura del médico responsable en términos similares a la Ley 41/2002, señalando que es el facultativo que tiene a su cargo coordinar la información y el proceso asistencial. Los términos “profesionales sanitarios” y “equipo asistencial”, a los que se refiere la ley son confusos. El médico responsable es el facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales” [artículo 3 d) LO 3/2021]. Con esta definición, parece claro que es el facultativo que asiste habitualmente al paciente

verificar en el plazo máximo de dos meses si la prestación de ayuda para morir se ha realizado según lo previsto en la ley, resolver dudas que puedan surgir durante la aplicación de la ley y también elaborar una memoria anual de evaluación acerca de la aplicación de la ley en su territorio.

Los comités de ética asistencial (CEA) no aparecen en todo el articulado de la regulación, y no es fácilmente entendible por qué una Ley que prevé apenas tres meses de vacatio legis para su entrada en vigor (frente a los períodos mucho mayores que se han previsto en otros países) no ha aprovechado su existencia para conformar el comité previsto en el artículo 12 de la Ley.

y hace el seguimiento de sus enfermedades. En el ámbito de atención primaria, esta figura es claramente identificable, pero en el entorno asistencial hospitalario, su localización entre el grupo de especialistas al frente del tratamiento de pacientes pluripatológicos no es fácil.

Tampoco aclara la Ley quién es el profesional encargado de suministrar materialmente el fármaco en la modalidad del art. 3 g) 1ª. La LO 3/2021 se limita a exigir que el médico responsable, así como el resto de profesionales sanitarios, asistan al paciente hasta el momento de su muerte”. Pero parece que la aplicación del fármaco corresponde, por sus competencias, al personal de enfermería, que sin embargo es nombrado únicamente dos veces a lo largo del texto legal, frente a las numerosísimas menciones al profesional médico.

El art. 11.1 de la Ley realiza una declaración de intenciones vacua e imposible de cumplir. La realización de la prestación de ayuda para morir “debe hacerse con el máximo cuidado y profesionalidad por parte de los profesionales sanitarios”.

La declaración es vacua porque va implícita en el concepto general de *lex artis* que preside todas las actuaciones encomendadas a los profesionales sanitarios.

La declaración es imposible de cumplir porque según la Disp. Adic. 7ª, “*la Comisión de formación continuada de las profesiones sanitarias, adscrita a la Comisión de recursos humanos del Sistema Nacional de Salud, abordará, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, la coordinación de la oferta de formación continua específica sobre la ayuda para morir, que deberá considerar tanto los aspectos técnicos como los legales, formación sobre comunicación difícil y apoyo emocional*”. Si dicha formación aún no existe, la acelerada tramitación y entrada en vigor de la Ley impide que los profesionales actúen con ese estándar máximo de cuidado y profesionalidad que implica, como la propia norma indica, aspectos técnicos, legales y de comunicación con el paciente. Esta realidad puede ponerse en relación con la responsabilidad objetiva prevista en el art. 148 TRLCU en relación con el servicio de salud que preste la ayuda a morir de forma inadecuada (que no afectaría al profesional, ya que ha sido limitada por el TS a los fallos funcionales del servicio sanitario), y a la vez, serviría para exculpar al profesional actuante en vía de regreso (bien sea ésta ejercitada por el servicio sanitario autonómico o por la titularidad del centro privado), puesto que la malapraxis eutanásica habrá sido motivada por la decisión del legislador de imponer el deber de actuación antes de procurar la formación que considera necesaria una correcta prestación.

3. Los límites al deber de prestar la ayuda a morir

Desde la perspectiva obligacional que aquí interesa, la opción de convertir a los servicios y centros sanitarios y, por ende, a los profesionales a su servicio en deudores de una prestación de servicios de ayuda a morir, exige⁴ la previsión de un sistema de objeción que dé respuesta a la posibilidad de que no existan sanitarios dispuestos a aplicar las técnicas eutanásicas o a suministrar la sustancia letal al paciente.

El derecho de los profesionales a objetar a tal deber está expresamente previsto en la ley, con dos importantes limitaciones y alguna laguna importante.

En primer lugar, el sistema priva de la posibilidad de la objeción institucional de los centros privados, pues la objeción de conciencia solamente se reconoce por la LO 3/2021 a los profesionales que participan en el proceso, pero no a los centros, que quedan obligados a poner a disposición de los pacientes los medios materiales y humanos para prestarla. Según el art. 14: *“La prestación de la ayuda para morir se realizará en centros sanitarios públicos, privados o concertados, y en el domicilio, sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación puedan resultar menoscabados por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria o por el lugar donde se realiza”*. Se descarta con ello una posible objeción de conciencia institucional o ideológica por parte de los centros privados y concertados. Sus profesionales podrán objetar, pero el derecho a recibir la prestación en dichos centros no podrá quedar menoscabado. Es difícil imaginar cómo se obligará a los numerosos centros de asistencia sanitaria regentados por órdenes religiosas -que ya vienen “ayudando a morir” a través de un sistema de paliativos acorde a su convicción ideológica-, a realizar la prestación eutanásica. Habría sido más fácil que la Administración Sanitaria garantizase este derecho a través de sus centros y, siendo imposible, de su propio personal, con un sistema de reembolso.

En segundo lugar, la norma crea un registro de objetores que según las organizaciones médicas, puede ser fuente de discriminación ideológica por parte del servicio y resulta contrario al derecho a no declarar sobre las creencias o convicciones. Habría sido mucho más respetuoso con el art. 16 CE la creación de un registro de profesionales dispuestos a dispensar esta nueva prestación.

Por último, la duda que suscita la regulación de la objeción de conciencia a la prestación eutanásica es el tipo de intervención que puede ampararse en ella. Pueden objetar *“los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de ayuda para morir”*

⁴ Según La STC de 11 de abril de 1985, *«la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y, como ha indicado este tribunal en diversas ocasiones, la Constitución española es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales»*. La regulación no se hace necesaria para otorgar el derecho a los profesionales, sino para garantizar la prestación a los pacientes.



(artículo 16.1 párrafo primero). La definición de la prestación de ayuda para morir implica “*acción derivada de proporcionar los medios necesarios*” (art. 3.g). Es claro que en dicha definición se incluye al médico responsable y al consultor, así como al personal de enfermería encargado de suministrar la sustancia letal. Pero no está tan claro qué ocurre con los profesionales sanitarios que atiendan al paciente durante el proceso de muerte, o con el personal administrativo destinado a cumplimentar o tramitar el proceso, ya que no realizan ninguna acción tendente a producirla. La experiencia de la LO 2/2010 nos indica que no se permitirá la objeción de conciencia de profesionales encargados de meras actuaciones documentales o auxiliares y parahospitalarias que no sean propiamente sanitarias. Así, el art. 19.2 de la LO 2/2010 afirma: “*En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo*” (art.19.2). Y la propia Comisión Central de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (OMC) emitió un comunicado con objeto de precisar que la objeción de conciencia, tal y como viene contemplada en la Ley 2/2010, “*sólo puede ser admitida en aquellas acciones directas necesarias para su realización y, por tanto, no debe trasladarse a actuaciones previas indirectas, ya que podría convertirse en una obstrucción a un derecho contemplado en la legislación vigente*”⁵.

Por lo demás, la previsión del artículo 14 es inquietante, pero cruentamente sincera: “*No podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes incurran en conflicto de intereses ni quienes resulten beneficiados de la práctica de la eutanasia*”. La norma reconoce que determinados familiares y allegados resultarán beneficiados por la muerte del paciente. No aclara, sin embargo, si ese beneficio es el patrimonial o también el personal.

⁵ Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Popular a la Ley 2/2010. Motivo Sexto: Inconstitucionalidad del artículo 19.2 párrafo primero de la Ley 2/2010, de 3 de marzo, por vulneración de los artículos 16.1 y 2 y 18.1 de la CE, si bien después de 11 años no ha tramitado en el seno del TC. La Orden de 21 de junio de 2010 de la Consejería de Salud y Bienestar Social de Castilla - La Mancha consideró que, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, eran profesionales directamente implicados los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla - La Mancha, acordó la suspensión cautelar del artículo y la Consejería amplió la previsión a todos los profesionales implicados (Auto nº 392/10 de la Sección 2ª del TSJ de Castilla La-Mancha de 29 de septiembre de 2010). Sobre ello, vid. MARTÍN AYALA, M. “La objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores”. *Revista Derecho y Salud*, Volumen 20, Número 2. Julio-Diciembre 2010, págs. 91 y ss.

4. El consentimiento del paciente y la información sobre las “las alternativas” a la prestación solicitada

La eutanasia solo admite dos conductas -como ya se ha dicho, ambas activas- que monopolizan y agotan la marca “muerte digna”. La LO no es una ley de paliativos, ni garantiza ni admite otra modalidad de “muerte digna” que no sea la eutanásica. En este punto se concentra la crítica principal al sistema. No es éste el lugar para entrar a discutir sobre la legitimación moral del legislador para decidir que el calificativo de muerte digna se reserve a determinadas opciones en perjuicio de otras. El problema al que me refiero surge desde el punto de vista de la correcta prestación del consentimiento del paciente.

En lo que aquí interesa, el art. 5 de la Ley establece que para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario ser mayor de edad (entendiendo por tal la mayoría de edad general, no la de dieciséis años cumplidos contemplada en el art. 9 de la Ley 41/2020), y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud. Además, el solicitante debe haber recibido, oralmente y por escrito, la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.

Es preciso asimismo que haya formulado dos solicitudes de manera voluntaria (¿de qué otra forma podría esto ser?) y por escrito, o por otro medio que permita dejar constancia, y que no sea el resultado de ninguna presión externa, dejando una separación de al menos quince días naturales entre ambas salvo que el médico responsable aprecie falta de capacidad inminente. El paciente ha de encontrarse situado en el “contexto eutanásico” previsto por la Ley (sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante certificada por el médico responsable), y haber prestado consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir.

La LO no contempla la solicitud por representación de menores ni de incapaces. La edad de dieciocho años exigida no es una norma de capacidad para la expresión del consentimiento, sino una norma de legitimación material para el reconocimiento del derecho a la prestación. Pero no será necesaria haber recibido la información, ni haber formulado las solicitudes previas, ni haber prestado el consentimiento *ad hoc* en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente situado en el contexto eutanásico descrito en el apartado d) del art. 5 no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, *siempre y cuando haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de*

ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento, será el interlocutor válido para el médico responsable, conforme a lo que dispone el art. 11 de la Ley 41/2002.

Como quiera que el art. 11 de la Ley 41/2002 establece la mayoría legal para otorgar voluntades anticipadas en materia de salud, sin que quepa representación en este ámbito personalísimo, el menor de edad no puede ser en ningún caso acreedor de la prestación eutanásica.

En cuanto a la capacidad para prestar verdadero y válido consentimiento, es muy cuestionable que el paciente que se encuentre en algunas de las situaciones definidas en el art. 3 de la Ley – ej. la enfermedad grave e incurable definida como la que provoca *sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio*– pueda encontrarse a la vez “*a juicio del médico responsable, en condiciones de otorgar un verdadero consentimiento*” (art. 9 de la Ley 41/2002) a una práctica cuya regulación no le garantiza el derecho a dejar de sufrir de forma insoportable (que es en realidad su objetivo), sino tan solo el derecho a morir⁶. En contra de esta argumentación se ha dicho que la ley no obliga al paciente, quien tiene, -no faltaba más, otras alternativas. Pero el problema no se plantea con dichas alternativas abstractas, respecto de las que la ley incluso obliga a informar cumplida y reiteradamente, sino de la concreción real del derecho a recibir cuidados paliativos de calidad que le permita decidir entre alternativas verdaderamente disponibles, una vez los protocolos de eutanasia se pongan en funcionamiento y se revelen como la más barata, rápida y eficaz para el sistema.

5. Consentimiento eutanásico otorgado en voluntades anticipadas

El paciente puede ejercitar su derecho para negarse a la aplicación de un determinado tratamiento, pero también para revocar el consentimiento inicialmente otorgado (art. 8.5 Ley 41/2002: “*el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento*”). Sin embargo, la posibilidad de anticipar la prestación eutanásica en el documento de voluntades anticipadas que prevé el art. 11 de la Ley 41/2002 y cuya realización ordena promover la disp. adic. 7ª de la LO 3/2021 en este ámbito, reproduce en este ámbito los problemas generales de la imposibilidad de revocación de las voluntades expresadas de en aquél que se han puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina.

⁶ Como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordó en su Sentencia de 22 de abril de 2002 (caso Pretty contra Reino Unido), un Estado que no aprueba la eutanasia no vulnera derecho alguno, pues la evitación de que acabe comportando una práctica abusiva sobre enfermos vulnerables es también un criterio válido de ponderación.



Estas objeciones son básicamente dos: la situación prevista por el sujeto en su documento de instrucciones previas puede no coincidir exactamente con la que se produce en la realidad, y nunca sabremos a ciencia cierta si el paciente hubiera mantenido la misma voluntad en el momento crítico de haber estado consciente. Esto es: aunque el consentimiento que activaría el proceso debe provenir siempre del paciente, por existir bien solicitud escrita o fehaciente, bien plasmación escrita de ese deseo manifestado del paciente de solicitar la ayuda para morir, recogido por escrito en sus voluntades previas, siempre permanece la duda de si la imposibilidad de revocación expresa se ha debido, precisamente, a la incapacidad posterior del paciente.

Estas dudas se agravan en el caso del paciente incapaz que haya otorgado voluntades anticipadas de contenido eutanásico. En el caso de paciente capaz, el médico responsable, antes de la realización de la prestación de ayuda para morir, debe ponerlo en conocimiento del presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación en el plazo máximo de tres días hábiles, al efecto de que se realice el control previo previsto en el artículo 10 (lo que implica que la Comisión verifique los requisitos del contexto eutanásico y demás exigidos por el propio artículo 8); pero en el caso del paciente incapaz, quien debe haber otorgado un documento de voluntad anticipada para la eutanasia, únicamente se exige el control ex post previsto en el art.12, ya que el artículo 9 se limita a decir que “en los casos previstos en el artículo 5.2 el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las instrucciones previas o documento equivalente”.

Podría pensarse que el artículo 10 (que detalla el control previo de la Comisión) es aplicable en ambos supuestos. Pero el texto de este último precepto invita a interpretar lo contrario, pues vuelve a referirse al artículo 8 (no aplicable a los casos de incapacidad con voluntades anticipadas) y todo él gira en torno a la existencia de una previa solicitud: Artículo 10.1: “Una vez recibida la comunicación médica *a que se refiere el artículo 8.5*, el presidente de la Comisión de Garantía y Evaluación designará, en el plazo máximo de dos días, a dos miembros de la misma, un profesional médico y un jurista, *para que verifiquen si, a su juicio, concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir*.”

En efecto, para que un paciente que no se encuentra consciente o no tiene plena capacidad pueda recibir la prestación eutanásica se hace preciso que haya dejado descrito en el documento de instrucciones previas, últimas voluntades o documento equivalente, su deseo de recibir la eutanasia en unas circunstancias concretas en las que se encuentre en ese momento y que, además, se correspondan con las que permite la ley. La incapacidad del enfermo para expresar su voluntad en ese momento debe certificarla el propio médico “responsable”, quien a la vez está legitimado para solicitar la prestación en nombre del paciente cuando no exista un familiar mayor de edad y plenamente capaz que la pueda

presentar, si bien nunca sin un documento previo de instrucciones previas que contenga la petición eutanásica, al cual podrá obtener dicho facultativo. No sabemos si se trata de un error sistemático del legislador, pero lo cierto es que la inexistencia de control previo que se deduce del juego de los artículos 8 y 9 no permite verificar la adecuación del contexto eutanásico previsto por el paciente a los requisitos del de la Ley, ni a la situación efectiva del paciente en el momento de la comprobación por el médico responsable. Sí que se prevé, sin embargo, la existencia de un informe del médico consultor, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 8.3, así como el control ex post (art. 12.7º).

Además, aunque el “juicio de capacidad eutanásica” que realiza el médico responsable ha de realizarse conforme a unos protocolos que deberá elaborar el Consejo Interterritorial de Salud (art. 5 *in fine*), sería preferible la intervención del fedatario público a quien la ley encomienda el juicio de capacidad (el notario), con informe del propio médico consultor. De la forma en la que está prevista la comprobación de la capacidad del paciente, se encomienda al mismo sujeto la facultad de decidir si el sujeto decide libremente y con capacidad suficiente y, a la vez, la de realizar la eutanasia, en el primer caso del art. 3 d); o de su propia legitimación para solicitar la eutanasia (incapacidad del sujeto para ello) y la de realizarla (en el caso de aplicación de las voluntades previas en tal sentido).

6. El “contexto eutanásico” español

Dentro de los países que han legalizado la eutanasia⁷, existen diferencias importantes en lo que se refiere a la situación del paciente que legitima la solicitud. Algunos exigen que padezca una enfermedad terminal con una expectativa de vida inferior a seis meses, y otros lo permiten en todos los casos de sufrimiento grave sin perspectivas de mejora. La experiencia de Países Bajos y Bélgica demuestra que en contextos eutanásicos poco definidos, poco a poco las prácticas de ayuda a morir han ido ampliándose a más tipos de pacientes. En la actualidad, en ambos países se incluyen supuestos de personas sin enfermedades somáticas graves pero con un gran sufrimiento psíquico causado por un trastorno mental; personas con demencia avanzada que otorgaron su voluntad anticipada a recibir la eutanasia una vez alcanzado dicho estado, e incluso personas físicamente sanas pero con un diagnóstico inicial de Alzheimer o de demencia, que

⁷ Solamente Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo, Colombia, Canadá, Suiza, algunos Estados de Estados Unidos (Oregón, Washington, California, Montana y Vermont) y el Estado australiano de Victoria. Algunos de ellos solo la admiten en la segunda modalidad prevista en la LO 3/2021, esto es, en la modalidad de auxilio sanitario al suicidio por prescripción de fármacos, sin que se permita que el profesional cause de forma directa la muerte. En Portugal, el Proyecto de Ley está sometido a fiscalización constitucional preventiva a instancia del Presidente debido a la indeterminación legal del término “sufrimiento extremo” que se exige como requisito para su realización.



solicitan la eutanasia antes de padecer el deterioro propio de la enfermedad. Algo parecido ha ocurrido en la edad requerida para ser receptor de las técnicas, en claro ejemplo de lo que en bioética se ha denominado la pendiente resbaladiza de la eutanasia.

El contexto eutanásico español es el de una *enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante*. Las definiciones contenidas en el art. 3 de la Ley consideran «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» la “*situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico*”. Por su parte, «enfermedad grave e incurable» es “*la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable (sic), con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva*”.

Se trata de un contexto indeterminado y potencialmente discriminatorio.

Cuando un sistema opta por la autonomía personal por encima de cualquier otra consideración, no requiere establecer las condiciones que legitimen al sujeto a solicitar la muerte. Pero un sistema, como el aprobado a través de la LO 3/2021, que textualmente parte de una necesaria *ponderación* entre la vida y la autonomía personal como valores constitucionalmente protegidos y que refleja esta necesidad estableciendo informes y controles previos y posteriores a la realización de la eutanasia por parte de los profesionales, no puede obviar la necesidad de establecer un contexto eutanásico claro⁸. Sobre todo cuando no se trata tan solo de despenalizar las conductas que permiten hacer realidad la voluntad de morir de un tercero, sino de imponer un deber prestacional al sistema sanitario y a sus profesionales. Lo contrario, esto es, cargar a los profesionales sanitarios con un cúmulo de conceptos jurídicos y médicos indeterminados como los que forman parte de las definiciones fundamentales de la Ley, es inconsistente con la huida del paternalismo médico que ha guiado la evolución del derecho sanitario desde la mitad del pasado siglo hasta nuestros días.

El contexto descrito es discriminatorio por dos razones.

La primera es de carácter general. La LO 3/2021 se muestra preocupada en relación con la posibilidad de lo que denomina de presiones externas. Requiere que el médico y el jurista nombrados por la Comisión de Garantía y Evaluación informen sobre su posible



existencia (art. 10.3) y que el médico responsable informe sobre ello tras la realización de la eutanasia (arts. 12.b, 6ª). Sin embargo, la configuración de la eutanasia como prestación incluida en el sistema sanitario puede ejercer la mayor de las presiones sobre quien, con la ayuda del sistema sanitario, tiene en sus manos la posibilidad de evitar llegar a convertirse en una carga para sus familiares.

La segunda hace referencia específica a las situaciones de discapacidad, y por ello ha sido reiteradamente rechazada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Este organismo ya había pedido en febrero de 2020 que la entonces futura ley no estuviera *"basada u orientada sobre aspectos como la discapacidad, pues esto constituiría una discriminación derivada de prejuicios sociales propios de mentalidades superadas que aún siguen percibiendo las vidas de las personas con discapacidad o mayores como de menor valor que las del resto"*. Por ello, durante la tramitación de la LO 3/2021 propuso varias Enmiendas al Senado para que se eliminase la expresión "imposibilitante" del Proyecto, por considerar que su mantenimiento *"evoca innecesariamente situaciones de discapacidad que serían inconsistentes y contrarias a los mandatos, principios y valores de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"*. El CERMI pidió también dar una redacción distinta al texto de la letra b) del artículo 3 de la ley, que se refiere a la definición de "padecimiento grave y crónico", por incurrir en trato desigual por causa de discapacidad. A pesar de ello, ambas expresiones se han mantenido en la definición del contexto eutanásico previsto en el art. 3, por lo que dicho Comité acaba de solicitar al Defensor del Pueblo que recurra en inconstitucionalidad este aspecto de la LO 3/2021⁹.

⁹ URL: <https://www.cermi.es/es/actualidad/noticias/el-cermi-pide-al-defensor-del-pueblo-que-recurra-ante-el-constitucional-la-ley>. fecha: 11.4.2021. Último acceso: 26 de abril de 2021.