

Federica BOTTI (a cura di), *Saggi sull'eutanasia*
Editorial G. Giappichelli, Torino, 2011, 180 páginas.

Jose Antonio Rodríguez García
Profesor de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

La obra es un compendio de seis capítulos escritos por tres autores italianos: Giovanni CIMBALO; Antonello de OTO y Federica BOTTI. Todos ellos profesores de la Universidad de Bolonia. El primer capítulo se titula: “Eutanasia, cure palliative e diritto ad una vita dignitosa nella recente legislazione di Dinamarca, Olanda e Belgio” (páginas 1-39) elaborado por el catedrático de la Universidad de Bolonia, G. CIMBALO. El segundo artículo se titula: “Eutanasia e Chiesa Valdese: un approccio diverso. L’importanza del dato pregiuridico nel dibattito in materia” (páginas 41-62). Este artículo está redactado por A. de OTO. Los cuatro restantes artículos son de la profesora Federica BOTTI. Y tratan los siguientes puntos: 1º “Una legge contestata: l’eutanasia in Australia” (páginas 63-92); 2º “Competenza regionali es sviluppo della legislazione in materia di amministrazione di sostegno”(páginas 93-106); 3º “La privatizzazione delle pratiche di fine vita: il caso Svizzera” (páginas 107-141) y, 4º “Il pluralismo religioso come antidote allo Stato etico” (páginas 143-180).

La obra es en líneas generales una obra de Derecho Comparado. Pero del verdadero Derecho comparado. La técnica comparatística es utilizada con maestría por los profesores italianos CIMBALO y BOTTI. No se trata de hacer una mera descripción de modelos sino analizarlos, llegando hasta la disección, para que la crítica de los mismos sirva para corregir los

ordenamientos jurídicos propios (en este caso, el ordenamiento jurídico italiano).

El primer artículo es una contribución ya publicada en el año 2003 en la obra colectiva: *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*. (Obra ya agotada). El profesor CIMBALO reflexiona al hilo del estudio de estos tres modelos (Dinamarca, Holanda y Bélgica) sobre el creciente poder de la clase médica en esta materia. Este poder implica que nos encontremos ante una auténtica “società medicalizzate”. La contraposición entre el bien “vida” como indisponible y el derecho individual y inalienable del liberalismo clásico de la libre autodeterminación es el conflicto jurídico que subyace en esta materia.

El profesor CIMBALO estudia la Ley danesa de 1992 sobre el ejercicio de la profesión médica y el reconocimiento del testamento vital. Esta ley danesa legaliza la eutanasia pasiva y la eutanasia indirecta pero no la ayuda al suicidio. El ámbito subjetivo de esta Ley danesa se limita a un tipo de enfermos: los enfermos terminales cuya muerte es inevitable. El segundo ordenamiento objeto de estudio por parte de este profesor es Holanda. Desde la década de los 60 del siglo pasado, en Holanda, se empezaron a dar los primeros pasos para el reconocimiento del derecho a la eutanasia. En primer lugar, el derecho a no prolongar la vida meramente vegetativa. La Ley holandesa de 1993 despenalizaba el delito de eutanasia. Esta ley de 1993 regulaba las relaciones entre los pacientes y los médicos y obligaba al médico a informar sobre los tratamientos para salvar su vida pero será siempre el paciente el que decida sobre el mismo. Además cuando el enfermo se encuentre en una situación de una enfermedad en fase terminal, afligido por un sufrimiento intolerable puede tomar la decisión libre y consciente de acabar con ese sufrimiento. Esta Ley de 1993 ha sido desarrollada por un reglamento de 1997 que controla y supervisa la documentación del proceso. Finalmente, la Ley holandesa de 2001 ha procedido a la legalización de la eutanasia permitiéndose la ayuda al suicidio

y, por lo tanto, jurídicamente se configura como un derecho subjetivo pudiendo el enfermo que padezca una enfermedad terminal disponer de su vida. Dice CIMBALO: “En buena medida se privilegia la cualidad de la vida como valor, en línea con la tendencia de los holandeses a no hablar de aquello que han hecho pero sí de lo que harán, a ver las razones que justifican la vida solo si existe una concreta perspectiva de trabajar en la dirección de una vida digna de ser vivida, que conserve los privilegios y los valores de autonomía, de la dignidad, del bienestar, de la vida sentida”.

Finalmente, el artículo del profesor CIMBALO estudia la legislación belga del año 2002. Esta ley sobre la eutanasia garantiza el suicidio asistido medicamentalizado eximiendo de cualquier responsabilidad penal a los facultativos médicos, eso sí tomándose todas las precauciones jurídicas para tutelar la voluntad de los pacientes. Lo más importante de esta legislación belga es que encuentra su fundamento en el pluralismo ético. Esta ley es una prueba del reconocimiento del principio de laicidad en el ordenamiento jurídico belga pues el Estado no asume como propia una particular concepción religiosa sino que garantiza el derecho de autodeterminación de cada ciudadano. Derecho consagrado en la pluralidad ética de la sociedad. No impone a los ciudadanos en ese momento de decidir sobre su vida una opción con la que los pacientes no se sientan identificados.

Se pregunta el profesor CIMBALO: ¿Es posible una normativa común europea en materia de bioética y derecho a la vida? Indica, este profesor, que el principio del pluralismo ético debe ser el punto de partida de esta normativa común europea y propone, en esta materia sobre la eutanasia, la huida del Derecho penal para que sea desarrollada jurídicamente dentro del Derecho Administrativo y, concluye, que es necesario retornar al viejo concepto de servicio público porque solo el régimen de monopolio administrativo garantiza la neutralidad del servicio sanitario.

El segundo artículo de Antonello de OTO, también, fue publicado en 2003. Recomendamos la lectura de este artículo para aproximarnos al concepto de eutanasia así como sus primeros usos terminológicos. El autor destaca la importancia del dato prejurídico en esta materia, fundamentalmente, desde el plano teológico representado por la Iglesia católica y algunas visiones confesionales extremas como la “Church of Euthanasia”. Se analiza la visión de la Iglesia Valdese y Metodista en contraposición al catolicismo. Merece la pena detenerse en la diferencia entre los conceptos: “vida biológica” y “vida biográfica” y como este última concepto cesa cuando una persona se encuentra en estado vegetativo o padece una enfermedad terminal y de esta diferenciación surge el derecho a poder terminar con la vida biológica. Igualmente, las confesiones evangélicas proponen que se sustituya el término ayuda a morir por acompañamiento a la muerte. Por último, estudia la posibilidad de que esta materia pueda ser incluida en las negociaciones de los acuerdos entre el Estado y las confesiones religiosas pues no existe un *numerus clausus* de asuntos a tratar.

El primer artículo de la autora Federica BOTTI es sobre la regulación de la eutanasia en Australia. Este artículo, también, fue publicado en 2003 en la obra colectiva: *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*. En concreto, se analiza la Ley del Territorio del Norte de 1995 sobre eutanasia voluntaria de los pacientes que padecen una enfermedad terminal. Esta Ley no hacía distinción entre eutanasia y suicidio asistido medicamentado, legalizando el acceso a esta práctica a condición de que el enfermo tuviera a su alcance todas las posibilidades ofertadas por los servicios de cuidados paliativos. El enfermo terminal requiere la asistencia de un médico cualificado para terminar con su vida voluntariamente y de forma digna. La Ley aseguraba la objeción de conciencia para los médicos. Esta Ley australiana fue derogada, entre otros motivos,

porque se consideraba contraria a los intereses de los aborígenes a causa de su particular creencia sobre la muerte que tienen los mismos. Esta Ley australiana de 1995 tuvo sin duda influencia en la legislación holandesa y belga. Como acertadamente indica la autora, existe un debate jurídico globalizado sobre los derechos de la persona y el valor de la vida y, en consecuencia, se produce una rápida evolución de la legislación en esta materia por la circulación de las experiencias entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Los últimos tres artículos de la profesora BOTTI son la auténtica novedad de la obra que recensamos. El primero tiene como título: “Competenze regionali e sviluppo della legislazione in materia di amministrazione di sostegno”. En este artículo se analizan varias leyes regionales italianas que inciden en esta materia: La Ley de la región de Emilia Romagna de 24 de julio de 2009; la Ley de Lombardía de 12 de marzo de 2008; la Ley de la Región de Toscana de 24 de febrero de 2005; la ley de la Provincia autónoma de Trento de 11 de febrero de 2009; las Leyes de la región de Friuli de 31 de marzo de 2006 y de 7 de julio de 2006. Y finalmente, la Ley italiana de 15 de marzo de 2010 sobre disposiciones para garantizar el acceso a los cuidados paliativos y a la terapia del dolor. En relación a este punto, también en España, algunas comunidades autónomas han elaborado leyes sobre esta materia. En concreto, la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte. En el Preámbulo de esta Ley, se delimita el concepto de eutanasia: “Como un intento de delimitar el significado de la palabra eutanasia existe hoy en día una tendencia creciente a considerar solo como tal las actuaciones que: a) producen la muerte de los pacientes, es decir, que la causan de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, b) se realizan a petición expresa, reiterada en el tiempo, e informada de los pacientes en situación de capacidad, c) se realizan en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad incurable que los pacientes experimentan como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios,

por ejemplo, mediante cuidados paliativos, y d) son realizadas por profesionales sanitarios que conocen a los pacientes y mantienen con ellos una relación clínica significativa”. Del contenido de esta Ley andaluza destacamos el artículo 4 de esta Ley andaluza regula los principios básicos que son: “la garantía del pleno respeto del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de la muerte; la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad; la garantía de que el rechazo de un tratamiento por voluntad de la persona, o la interrupción del mismo, no suponga el menoscabo de una atención sanitaria integral y del derecho a la plena dignidad de la persona en el proceso de su muerte; la garantía del derecho de todas las personas a recibir cuidados paliativos integrales y un adecuado tratamiento del dolor en el proceso de su muerte; la igualdad efectiva y la ausencia de discriminación en el acceso a los servicios sanitarios en el proceso de la muerte”. En el mismo sentido, la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte y la Ley foral navarra 8/ 2011, de 24 de marzo, de derechos y garantía de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Estas leyes autonómicas tratan de evitar la utilización de la palabra eutanasia. Por eso creemos que los juristas y operadores jurídicos españoles deberían leer esta obra para comprender con exactitud el término eutanasia. En concreto, hay que diferenciar tres ámbitos del concepto de eutanasia: pasiva, activa indirecta y activa directa. Se pueden diferenciar las siguientes clases de eutanasia:

- Pasiva: en este caso el médico se limita a no alargar inútilmente la vida del paciente utilizando los medios a su alcance. En esta clase de eutanasia se incluye el derecho del paciente a la desconexión de aparatos que le mantienen su vida de modo artificial; es decir, que no exista “encarnizamiento

médico”. Este tipo de eutanasia se recoge en el artículo 9 de la Ley española 41/2002 como un auténtico derecho subjetivo.

- Activa Indirecta: lo que requiere este supuesto es una actuación activa de la que se va a derivar la muerte del paciente pero la finalidad de esta actuación es aliviar el dolor del paciente aunque como consecuencia de ese tratamiento médico se va a acortar la vida del paciente. Este supuesto lo relacionamos directamente, en muchos casos, con los denominados “cuidados paliativos”.
- Activa Directa: el objetivo principal es la muerte del paciente con o sin su consentimiento. Es una conducta incluida en el art. 143.4 Código Penal español. Las decisiones sobre las dos primeros tipos de eutanasia pueden incluirse en el denominado “testamento vital” (art. 11 de la Ley española de 41/2002 y normativa autonómica reguladora del testamento vital o declaración de voluntades anticipadas).

Por lo tanto, existe una decisión política, bastante cuestionable, de excluir las dos primeras clases de eutanasia dentro del concepto de eutanasia. Esta decisión política creemos que se basa en el intento de excluir del debate público el tema de la eutanasia y el derecho a decidir sobre el final de la vida. La realidad jurídica es que la eutanasia se reconoce en el ordenamiento jurídico español. En España, lo recordamos, el artículo 15 de la Constitución Española lo que está configurado como un derecho constitucional es el derecho a una vida digna e, implícitamente, a una muerte, también, digna, con exclusión de tratamientos inhumanos y degradantes. El Tribunal Constitucional español (STC120/1990, de 27 de junio) niega que el derecho a la vida entrañe el derecho a la muerte. Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva (valor social) que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa

disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe. Pero eso no es un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. Este reconocimiento de la eutanasia se reconoce a los enfermos terminales; es decir, afectados por una enfermedad incurable e irresistible, con dolores insoportables y con una muerte cercana y segura. Por ello, existe el derecho a una muerte digna voluntaria y responsablemente querida.

El siguiente artículo de esta autora se titula: “La privatizzazione delle pratiche di fine vita: il caso Svizzera”. La autora es, sin duda, la más cualificada especialista en este ámbito concreto, el ordenamiento suizo sobre eutanasia, no en vano, ya ha publicado la magnífica obra, de obligada lectura en esta materia, *L'eutanasia in Svizzera*, editada por Bononia University Press, Bologna, 2007. La normativa helvética se fundamenta en el principio de autodeterminación de los ciudadanos (libre desarrollo de la personalidad). Suiza presenta una situación atípica en esta materia. No existe una ley confederal sobre eutanasia. La eutanasia es consentida y reglamentada pero basada en el derecho de autodeterminación de la persona. El capítulo interpreta la reforma constitucional de 2000, el peculiar modelo sanitario suizo y la reforma del Código penal. El Código penal suizo prohíbe la ayuda al suicidio en el caso en que sea efectuado por motivos egoístas. En ausencia de tales motivos, la ayuda al suicidio es consentido. Esta gran amplitud del reconocimiento del derecho subjetivo de eutanasia ha contribuido a que surja en Suiza una estructura privada que ofrece su propio servicio a la asistencia al suicidio. Las principales organizaciones privadas son Dignitas y Exit. Estas organizaciones ofrecen el coctel letal a los

ciudadanos que libremente lo decidan. Esta absoluta libertad ha sido criticada por algunos cantones suizos. Sobre todo porque no asegura al paciente el sometimiento a un examen médico. Este modelo no se garantiza que el enfermo tenga ayuda psicológica y dicho coctel se suministra también cuando no exista enfermedad terminal. Es el paciente, por tanto, el que asume la absoluta responsabilidad de su acto.

En este artículo estudia la autora la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esta materia. En la Sentencia del caso *Pretty v. Reino Unido*, 29 de abril de 2009, es el criterio del margen de apreciación de cada país el decisivo en el fallo. La existencia del principio de autodeterminación de la propia existencia corresponde su reglamentación a los Estados conforme a su amplia competencia sobre la materia. Por otra parte, en el caso *Haas v. Svizzera*, de 20 de enero de 2011, el TEDH avala la decisión de las autoridades sanitarias suizas de no suministrar la receta para la compra de pentobarbital sódico a una persona con incapacidad mental. Lo más importante de esta sentencia es que se determina que el derecho a suicidarse en un ambiente seguro, digno y sin sufrimientos ni dolores no es contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La autora destaca la reglamentación suiza en relación a los tres tipos de representantes del ciudadano que ha decidido finalizar con su vida. Estos representantes deben garantizar la voluntad del delegante en la práctica de la eutanasia. Estos representantes son: representante terapéutico, representante administrativo/financiero, representante legal.

Damos cuenta de que recientemente el cantón suizo de Vaud ha dictado una ley que regula la asistencia al suicidio en las residencias de ancianos y en los hospitales, según aprobaron en referéndum los habitantes de este cantón. En el referéndum, el 62 por ciento de los votos emitidos aprobó una propuesta que garantiza la ayuda al suicidio y establece una serie de condiciones básicas: la persona que lo solicite debe sufrir de una enfermedad

incurable y ser capaz de discernir. Estas condiciones se confirmarán por el médico responsable de la residencia de ancianos o por el jefe del centro médico. Asimismo, la Ley establece que personas distintas al personal del establecimiento (residencia de la tercera edad o centro hospitalario) donde se encuentra el enfermo deben haber propuesto y discutido antes con el enfermo la posibilidad de recibir cuidados paliativos. En relación a este último punto, en esta obra la profesora BOTTI denunciaba que no se garantizaba conveniente el deseo de vivir.

También, en el cantón de Zúrich, se celebró un referéndum donde la ciudadanía rechazó dos iniciativas: la prohibición del suicidio asistido y la restricción de su aplicación.

El último artículo del libro tiene por título: “Il pluralismo religioso come antidoto allo Stato etico”.

La primera preocupación de todo ordenamiento jurídico democrático, indica la autora, es la tutela de la personalidad de las personas y el rechazo de toda posible manipulación, por ello los tribunales deben intervenir para garantizar los intereses de los ciudadanos, especialmente cuando deben de afrontar uno de los momentos más difíciles de su existencia que afecta directamente a los valores, a la solidaridad, a las relaciones sociales, con complejas repercusiones de carácter ético. Se ha confirmado el derecho del enfermo a no soportar un tratamiento o una terapia considerada invasiva o no respetuosa con su voluntad y se debe buscar una solución en los casos, en los cuales, se dan los problemas como la elección de los tratamientos médicos frente a una sobrevenida incapacidad de entender y de querer del enfermo, preguntándonos cómo puede ser verificada la persistencia de la voluntad expresada por el enfermo y cuáles son los instrumentos jurídicos más idóneos para conseguir estos resultados. La jurisprudencia italiana ha optado por ampliar y reforzar el papel del “administrador de ayuda” (amministradore di

sostegno”) llamado a sustituir o integrar con la declaración de voluntades actuales incluidas en el “testamento biológico”.

Este último artículo describe los procesos judiciales italianos: el caso Modena (2008-2009) en relación al “administrador de ayuda”. Estas decisiones judiciales se basan en la concepción laica de la vida. Partiendo del artículo 32 de la Constitución italiana que no solo sanciona el derecho del sujeto a aceptar la terapia, o rechazarla o a interrumpirla pero este artículo constitucional no garantiza el derecho a morir. Por lo tanto, no existía en ese caso (un enfermo con ELA) un tratamiento terapéutico definitivo. Por lo tanto, no nos encontramos ante una hidratación o alimentación forzada o artificial ni una enfermedad en estado terminal, ni una enfermedad o lesión traumática cerebral irreversible e invalidante. Lo que reclamaba el paciente era la aceleración del proceso a través del suministro de cuidados paliativos que anticipen este final de la vida. Por otra parte, la autora estudia el caso del Tribunal de Treviso de 22 diciembre de 2010 y los dos decretos de enero y junio de 2011.

La autora considera necesario poder establecer los límites entre una muerte dictada por un recorrido biológico y otra provocada por un comportamiento omisivo que hace posible calificar como causa de la muerte a la enfermedad directamente en vez de a la conducta humana. Esta delimitación no parece fácil, ya que se corre el riesgo del encarnizamiento terapéutico que siempre está al acecho y, por ello puede que la muerte natural convertirse en un lujo que solamente pueden disfrutar los enfermos que no acudan a los centros sanitarios. Por otra parte, los progresivos descubrimientos científicos y las futuras terapias que permitirían retrasar la muerte, abren más posibilidades a la prolongación de la vida y podría conllevar la exigencia para el enfermo de soportar una medicina invasiva como coartada a esa visión salvadora. Esta regulación restringiría, enormemente, el derecho a decidir.

La división entre “vida material” y “vida práctica” (“esperienziale”) del individuo privilegia la continuidad de la vida mecánica vegetativa sobre la vida social, de relación, espiritual y aquí entra en juego las elecciones éticas del individuo que tienen su fundamento en motivaciones religiosas o de carácter laico que están garantizadas por el propio artículo 19 de la Constitución italiana. En fin, la autora confirma que el ordenamiento jurídico debe estar orientado a tutelar la calidad de la vida y las elecciones del final de vida.

El fin, consideramos a la profesora BOTTI una auténtica “ingeniera del Derecho”. Como define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “aquel que discurre con ingenio las trazas y modos de conseguir o ejecutar algo”. Esta definición encaja perfectamente en las obras de la autora. La autora, como hemos intentado poner de manifiesto, plantea abiertamente todos los problemas que son analizados detenida y cuidadosamente. La profesora BOTTI de forma mesurada crítica los diferentes ordenamientos jurídicos aportando sus propuestas.

En conclusión, esta obra se convierte en referencia obligada e inexcusable su cita para todos aquellos especialistas o profesionales no solamente juristas que se acerquen a este ámbito de estudio: la eutanasia. No obstante, debemos mencionar que se ha perdido la oportunidad de actualizar los artículos ya publicados en 2003. Simplemente añadiendo un breve crónica sobre la evolución legislativa y jurisprudencial de los mismos (Holanda, Bélgica, Dinamarca y Australia) la obra sería insuperable.

La importancia de esta materia, la confirmamos por la reciente sentencia de la Suprema de Columbia Británica que declara inconstitucional la ley que prohíbe el suicidio asistido (Vid. <http://bccla.org/wp-content/uploads/2012/06/Carter-v-Canada-AG-2012-BCSC-886.pdf>). Deberían los juristas españoles, especialmente los jueces y el legislador, tomar nota de

RECENSIÓN

esta importantísima sentencia, para abrir caminos de libertad y con ello el pleno reconocimiento del derecho de libertad de conciencia y el pleno respeto al libre desarrollo de nuestra personalidad.

La jueza Lynn Smith ha calificado como discriminatoria la legislación canadiense y ha sentenciado que el suicidio como tal no es ilegal, por lo que darle un carácter ilegal al suicidio asistido va en contra del Acta de Derechos de la persona. En su decisión, un documento de 395 páginas, puso el caso de Gloria Taylor quien sufre de la enfermedad de Lou Gehrig y quien fue una de las cinco personas que presentó la demanda contra la ley. La jueza señala que las condiciones para que una persona tenga derecho a solicitar el suicidio asistido es que sea alguien “competente, completamente informado y no ambivalente”. Así mismo, las personas con depresión clínica no tendrán derecho a solicitar el suicidio asistido.

