

ANÁLISIS COMPARADO DE LAS RECIENTES INICIATIVAS LEGISLATIVAS DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO EN ESPAÑA Y PORTUGAL *

Compared analysis of the recent legislative initiatives for the regulation of euthanasia and assisted suicide in Spain and Portugal.

Deborah García Magna**

Palabras clave: eutanasia, suicidio asistido, prestación de muerte asistida, análisis comparativo, política legislativa penal, política criminal comparada

Resumen: Recientemente, tanto en Portugal como en España se han llevado a cabo sendos procesos legislativos que han finalizado con la aprobación parlamentaria de textos legales que regulan la muerte médicamente asistida y, con ello, despenalizan ciertas situaciones de homicidio consentido y participación en suicidio que se encontraban tipificadas en los Códigos penales español (artículo 143) y portugués (art. 134º y 135º). Aunque la ley portuguesa no ha llegado a ser promulgada y la ley española se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional, resulta muy interesante realizar un análisis comparativo de los textos legales en vigor y en proyecto, así como de los que han sido aprobados en Portugal pero no han llegado a promulgarse, poniendo el acento en sus semejanzas y diferencias. Ello permitirá identificar posibles puntos a mejorar y realizar propuestas a tener en cuenta en una posterior fase de evaluación de la ley. Para llevar a cabo dicho análisis comparado se ha revisado la normativa al respecto y su tramitación en ambos países.

* Artículo publicado a convite.

** Deborah García Magna es Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga y subdirectora de la Sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Dirige desde hace varios años la revista Boletín Criminológico. Sus líneas de investigación principales son la política criminal, las actitudes hacia la delincuencia y el sistema penal, la delincuencia juvenil y el sistema de justicia penal de menores.

Keywords: euthanasia, assisted suicide, provision of assistance to death, compared analysis, criminal law-making policy, compared criminal policy

Abstract: Recently, both in Portugal and in Spain, legislative processes have been carried out that have ended with the parliamentary approval of legal texts that regulate medically assisted death and, with it, decriminalize certain situations of consensual homicide and participation in suicide that were criminalized in the Spanish and Portuguese Penal Codes (article 143, and articles 134^o and 135^o, respectively). Although the Portuguese law has not entered into force and the Spanish law is currently under appeal before the Constitutional Court, it is very interesting to carry out a comparative analysis of all legislative initiatives (approved or not), emphasizing their similarities and differences. This will make it possible to identify points for improvement and make proposals to be taken into account in a later phase of evaluation of the law. To carry out this comparative analysis, the regulations in this regard and its processing in both countries have been reviewed.

I. Introducción¹

Tanto en España como en Portugal se han llevado a cabo sendos procesos legislativos recientemente, que han finalizado con la elaboración de textos² en los que se regula la realización no punible de la asistencia al suicidio y la ejecución directa de la muerte de otra persona, siempre que la misma se encuentre en una situación clínica concreta y se cumplan el resto de requisitos recogidos en ambas leyes.

El presente trabajo se enmarca en un proyecto más amplio que abarca aspectos de política criminal y política legislativa penal, poniendo en su contexto social las iniciativas legislativas, analizando el discurso del legislador en ambos países y realizando un análisis de naturaleza constitucional penal, a través de la jurisprudencia

¹ Este trabajo es fruto de una estancia de investigación en la Universidad de Lisboa, que ha sido financiada por el Ministerio de Educación y Formación Profesional español (“Estancias de movilidad en el extranjero José Castillejo para jóvenes doctores” – convocatoria 2021). Se integra en el Proyecto de Investigación PGC2018-097607-B-I00 “Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Unión Europea y Derecho interno”, del Ministerio de Economía y Competitividad – Plan Nacional de Investigación 2018.

² En España, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante LO 3/2021), y en Portugal los Decretos n°109/XIV y n° 199/XIV, que regulan las condiciones en que la muerte médicamente asistida no es punible y modifica el Código penal.

supranacional (TEDH y TJUE) y de sendos tribunales constitucionales. Dicho estudio no solo persigue realizar un análisis comparado profundo de ambas regulaciones, sino también plantear la posibilidad de ampliar su ámbito de aplicación a situaciones que actualmente no se encuentran abarcadas por ninguna de las dos legislaciones.

En Portugal, los intentos legislativos de regular las situaciones de final de vida en las que se provoca la muerte o se asiste al suicidio, se han dado en dos ocasiones, no llegando a aprobarse en 2018 pero sí en 2021, aunque la norma no ha llegado a entrar en vigor por ser objeto de veto por el presidente de la República, tal como prevé la Constitución en su art. 136º. En definitiva, actualmente no existe una ley vigente que autorice la eutanasia y el suicidio médicamente asistido en Portugal³. Además de una regulación específica sobre los derechos y deberes del paciente que recoge la posibilidad de rehusar el tratamiento médico⁴, se cuenta con una ley que regula las indicaciones anticipadas respecto a ciertos aspectos clínicos que no incluyen la posibilidad de solicitar la eutanasia ni el suicidio asistido⁵.

En España, la regulación sobre derechos y deberes del paciente⁶, recoge los principios básicos de libertad de decisión respecto a los tratamientos médicos, el derecho a negarse a recibirlos, y la posibilidad de formular instrucciones previas al respecto, por si no pudiera formularlas posteriormente. Algunas comunidades autónomas también regulan expresamente las condiciones en las que se puede solicitar o aplicar la sedación paliativa⁷. Por lo que respecta a la eutanasia cualitativa

³ En 2018 se votaron 4 proyectos de ley presentados por los partidos BE (Bloque de Izquierda), PS (Partido Socialista), PAN (Personas-Animales-Naturaleza) y PEV (Partido Ecologista Los Verdes), pero no consiguieron ser aprobados. En 2020 se reinició el proceso legislativo, con 5 proyectos de ley (se añadió el partido Iniciativa Liberal, IL), quedando finalmente aprobada en el parlamento el 29 de enero de 2021, aunque no pudiendo entrar en vigor, como se explicará más adelante. En la actualidad, se encuentra en tramitación un nuevo texto, tras la aprobación por el parlamento de Portugal de cuatro proyectos de ley presentados en 2022 por los grupos parlamentarios BE (nº 5/XV/1ª el 29 de marzo), PS (nº 74/XV/1ª, el 3 de mayo) PAN (nº 83/XV/1ª, el 19 de mayo) e IL (Iniciativa Liberal) (nº 111/XV/1ª, el 2 de junio).

⁴ Ley nº 15/2014, de 21 de marzo, de derechos y deberes de los usuarios de servicios de salud.

⁵ Ley nº 25/2012, de 16 de julio, que regula las directrices anticipadas de voluntad.

⁶ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷ En Andalucía, Ley 2/2010; en Aragón, Ley 10/2011; en Navarra, Ley Foral 8/2011; en Canarias, Ley 1/2015; en Galicia, Ley 5/2015; en País Vasco, Ley 11/2016; en Madrid, Ley 4/2017; y en Valencia, Ley 16/2018.

y el suicidio médicamente asistido, con anterioridad a 2020, cuando empezó a tramitarse la actual Ley Orgánica 3/2021, se habían producido algunas iniciativas legislativas con un contenido similar, que no llegaron a aprobarse⁸.

Sin intención de entrar ahora en consideraciones de política criminal y legislativa (aunque sí se hará en un próximo trabajo más extenso), sí se va a abordar de manera sistemática la regulación que actualmente se está aplicando en España, realizando un análisis comparado con los dos textos aprobados en Portugal (el de marzo y el de noviembre), así como los nuevos proyectos de ley presentados en 2022 por BE, PS, PAN e IL.⁹ Se considera que puede ser muy útil e interesante realizar un análisis comparado no solo de la situación legislativa actual, sino también de la normativa aplicable en ambos países a este tipo de situaciones de fin de vida.

II. Objetivos, limitaciones y metodología

El objetivo principal del presente trabajo, como se ha indicado, es realizar un análisis comparado de las iniciativas legislativas y la regulación vigente sobre la eutanasia y el suicidio asistido en España y Portugal. Se tienen en cuenta varias limitaciones del trabajo, pero se considera que resulta un análisis pertinente y oportuno, como se explicará a continuación.

En lo que se refiere a las limitaciones, por un lado, aunque la ley española entró en vigor en junio de 2021 y se está aplicando actualmente, lo cierto es que se encuentra actualmente recurrida ante el Tribunal Constitucional por dos grupos parlamentarios, habiendo sido admitidos sendos recursos a trámite. Por otro lado, la regulación portuguesa todavía no ha sido definitivamente aprobada, aunque es muy probable que lo sea en los próximos meses. En efecto, el 29 de enero de 2021 se aprobó el Decreto nº 109/XIV, que fue objeto de consulta de *fiscalización preventiva* ante el Tribunal Constitucional por el presidente de la República, Rebelo de Sousa, acerca de la compatibilidad del texto con la Constitución de Portugal. Al alto tribunal se le había pedido que se pronunciase respecto a la vulneración del principio de legalidad en su vertiente material (*determinabilidade de lei*), por no ser suficientemente preciso su contenido, en relación con la inviolabilidad de la vida humana. En concreto, se planteaba dicha imprecisión respecto de las normas

⁸ En concreto, en 1998 y 2000 (Izquierda Unida), en 2017 (Unidos Podemos, *En Comú Podem* y En Marea), en 2017 por el Parlamento de Cataluña, y en 2018 (Partido Socialista Obrero Español).

⁹ II Série A. Nº 1, 1ª sesión legislativa. Diario de Sesiones de fecha 29 de marzo de 2022.

del artículo 2º.1 (sobre la “situación de sufrimiento intolerable” y el criterio de “lesión definitiva de gravedad extrema de acuerdo con el criterio científico”), los artículos 4º, 5º y 7º (en cuanto a la decisión que deben tomar tanto los médicos como los integrantes de los órganos que intervienen en el proceso sobre si se reúnen las condiciones del artículo 2º), y el artículo 27º (en la medida en que se modificaban los artículos 134º, 135º y 139º del código penal de Portugal). El Tribunal Constitucional, en el procedimiento nº 173/2021, dictó sentencia el 12 de abril de 2021 (nº 123/2021) en la que consideró que, en efecto, el artículo 2º nº1 del texto legal vulneraba el principio de legalidad material (*princípio de determinabilidade*) recogido en los artículos 2º y 165 nº1 b) de la Constitución de la República Portuguesa (CRP), en relación con la inviolabilidad de la vida humana (artículo 24º nº1 CRP) y el principio de dignidad de la persona humana (artículo 1º CRP), por lo que era necesaria una mayor precisión en la descripción de las situaciones abarcadas por los supuestos recogidos en la ley. En consecuencia, también los otros artículos cuestionados (al hacer referencia a ese artículo 2º nº 1 del Decreto) fueron considerados inconstitucionales, siendo preciso que el texto fuera devuelto al parlamento. El 5 de noviembre de 2021 la *Assembleia da República* portuguesa aprobó un nuevo texto (Decreto nº 199/XIV), que fue de nuevo vetado por Rebelo de Sousa (en base al artículo 136º de la Constitución). El fundamento del veto estaba en la falta de claridad sobre una de las situaciones clínicas descritas en la ley, que podía hacer entender que se ampliaba su ámbito de aplicación, por lo que el presidente solicitaba que se justificase, en ese caso, el cambio de criterio del legislador. La disolución del parlamento y la convocatoria de nuevas elecciones en enero de 2022 han supuesto que sea preciso iniciar de nuevo el proceso legislativo con cuatro proyectos de ley que tienen un contenido muy similar al último texto aprobado, con la salvedad de corregir los defectos del anterior, puestos de manifiesto por el presidente Rebelo de Sousa, además de incorporar algunas otras cuestiones que se mencionarán más adelante.

Estas limitaciones implican que existe la posibilidad de que las leyes que regulan la eutanasia y el suicidio asistido en España y Portugal acaben siendo, respectivamente, derogada o no promulgada, aunque no parece que el camino iniciado en ambos países retroceda en ese sentido. De hecho, aunque la reciente sentencia del Tribunal Constitucional portugués nº 123/2021, de 12 de abril, pide una mayor concreción de las situaciones en las que se puede aplicar la ley, sí que se pronuncia a favor de la eutanasia, con fundamento en la noción de hombre-persona con dignidad propia como sujeto autoconsciente, libre, con autodeterminación y responsable de sí mismo, tal como garantiza la Constitución portuguesa, de manera que el derecho a la vida no puede entenderse como un deber de vivir en cualesquiera circunstancias.

En cuanto al interés del análisis que se plantea, una vez consideradas las limitaciones, al margen de las reflexiones expresadas por el presidente de la República de Portugal en noviembre de 2021¹⁰, lo cierto es que ambos procesos legislativos se han desarrollado de manera paralela y con muchas similitudes, dando lugar a textos normativos que se asemejan en muchos aspectos, pero que también difieren en otros. Teniendo en cuenta que la ley española ya ha entrado en vigor y se está aplicando desde hace varios meses, resulta muy oportuno profundizar en los detalles de ambas normas y hacer consideraciones que puedan mejorar el texto de Portugal, en la medida en que todavía no se ha promulgado, o bien el de España, tras una revisión detallada y teniendo en cuenta que la ley que se apruebe en Portugal puede abordar algunos aspectos que la española no ha hecho. En ese sentido, más allá de posibles influencias de la política legislativa de uno a otro, este tipo de análisis, con textos vivos que aún se están perfilando, supone una excelente oportunidad desde el punto de vista dogmático, pero también de cara a una posible evaluación de la ley.

La metodología que se ha aplicado ha sido el análisis cualitativo de los textos normativos a comparar, así como de otros textos relacionados (las Constituciones de ambos países, ambos códigos penales y las normas existentes sobre testamento vital y objeción de conciencia). También se ha llevado a cabo una revisión de la doctrina sobre el tema, de los debates parlamentarios de las leyes (mediante recopilación de los diarios de sesiones y análisis del discurso del legislador) y de la jurisprudencia supranacional (especialmente, TEDH) y constitucional, aunque se ha preferido priorizar en este trabajo la comparación normativa sin profundizar demasiado en otras cuestiones dogmáticas y de política criminal que se abordarán en un futuro trabajo más extenso. Una vez recopilada toda la información y llevado a cabo el análisis de la misma, se han categorizado los ámbitos de revisión, para una mejor comprensión y alcance de la comparación entre ambos textos.

¹⁰ En primer lugar, alude a las incoherencias del texto aprobado en noviembre de 2021 (Decreto nº 199/XIV), que incorpora como uno de los requisitos para solicitar la muerte médicamente asistida el sufrir una enfermedad que no está claro si debe ser “fatal”, “incurable” o “grave”, o si deben concurrir varias de dichas situaciones. En segundo lugar, se argumenta que el legislador portugués se habría visto influido por el legislador español y que ello habría desvirtuado la legitimidad democrática y el sentido de la reforma aprobada anteriormente en enero de ese mismo año.

III. Semejanzas y diferencias entre las regulaciones española y portuguesa

Antes de comenzar, se hace preciso realizar algunas aclaraciones previas sobre la sistemática del análisis, en especial, respecto a las iniciativas legislativas en Portugal. Dado que el nuevo texto que se está tramitando a partir de los cuatro proyectos de ley presentados en 2022, tendrá un contenido muy parecido al último aprobado en noviembre de 2021, con algunas salvedades que se pondrán de manifiesto, la comparación se va a llevar a cabo citando los tres textos¹¹. Se van a ir abordando las distintas cuestiones y partes de la regulación, haciendo análisis comparados entre ambas regulaciones en cada apartado.

1. *Consideración jurídica de la prestación y reconocimiento de derechos*

Por un lado, la ley española regula el derecho a solicitar la ayuda para morir, y así se indica en su propio título, donde menciona “regulación de la eutanasia”, y en otros lugares, donde aparece “prestación de ayuda para morir”. El preámbulo de la ley expresa que “la legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad”. Además, el artículo 4 de la ley reconoce el derecho de toda persona que cumpla los requisitos establecidos a solicitar y recibir la ayuda para morir, regulando las condiciones, procedimiento y garantías del ejercicio de este derecho, así como los deberes del personal sanitario y obligaciones de las instituciones.

Por su parte, la ley portuguesa regula las “condiciones en que la anticipación de la muerte médicamente asistida no es punible y modifica el código penal” (artículo 1º). En este sentido, no menciona que se trate de un derecho a ejercer o de una prestación a exigir, sino que deja claro que sigue siendo una conducta típica

¹¹ El Decreto nº 109/XIV es el primer texto, el Decreto nº 199/XIV es el segundo texto y los 4 proyectos de ley de 2022 se tratarán como el tercer y último texto. Dado que tienen un contenido casi idéntico en su mayor parte, en aquellas cuestiones que sean tratadas de manera similar en los tres, se hará referencia de manera genérica a la “ley portuguesa”, en comparación con la regulación española que se denominará “ley española”. Salvo que se haga referencia expresa al primer texto, la numeración de los artículos se refiere a la de los textos segundo y tercero, que es idéntica, salvo en el proyecto presentado por IL, al que se hará referencia cuando proceda.

que no se sanciona. En cualquier caso, sí menciona en su artículo 2º los derechos que se protegen cuando se solicita la muerte médicamente asistida, en concreto, la autodeterminación y el libre desarrollo de la personalidad¹², no teniendo exposición de motivos.

2. Terminología empleada

El texto español menciona muchas veces el término “eutanasia” en el preámbulo, aunque algo menos en el texto (solo 3 veces), donde se usa mucho más el término “ayuda para morir” y en ningún momento se menciona “suicidio”. Respecto al sujeto que solicita la prestación de ayuda para morir, se le llama “paciente” pero también muy a menudo “persona” y “persona solicitante”.

El primer texto portugués no mencionaba “eutanasia” ni una sola vez. Posteriormente, los textos segundo y tercero incluyen en su artículo 2º las definiciones de varios conceptos y sujetos intervinientes, y, en consecuencia, ahora menciona “eutanasia” dos veces y “suicidio médicamente asistido” también dos veces, junto con “muerte médicamente asistida” y “anticipación de la muerte”. En cuanto al sujeto que solicita la prestación se denomina “paciente” o “enfermo” (*doente*)¹³. No se le suele llamar “persona”, salvo al principio, cuando se definen los términos en el artículo 2º.

Los médicos que intervienen en el procedimiento en la ley portuguesa se llaman “médico orientador” y “médico especialista”, mientras que en la ley española

¹² Brízida Castro (2020), hace una revisión de los derechos constitucionales implicados en este debate. En concreto, sobre el derecho de autodeterminación, ver Canotilho y Moreira (2007, 463), y Miranda y Medeiros (2005, 286-287), quienes distinguen entre el derecho general de la personalidad (principio general) y la libertad genérica de acción. Sobre la conveniencia de centrar el debate en la autodeterminación, y no tanto en la vida o la dignidad, Fernandes Godinho (2015, 100). En un sentido opuesto, considerando que dentro del derecho de autodeterminación no pueden haber los derechos a decidir sobre cualquier aspecto, Miranda Barbosa y Prieto Álvarez (2020, 10).

¹³ Respecto a la diferente manera de denominar a los sujetos de los servicios de salud, Faria Costa (2009, 133) considera que el término “paciente”, que implica paciencia, espera, actitud pasiva ante la decisión de otro, debería dejar de usarse y que el término adecuado sería el de “enfermo” (que pone de manifiesto la relación que debe haber entre un profesional de la salud y una persona con problemas de salud). Sobre los modelos de relación entre el médico y el enfermo, la doctrina sobre el consentimiento informado y la superación del modelo paternalista heredado de Hipócrates hacia el principio de autonomía del paciente, Dias Pereira (2014, 169-170).

se denominan “médico responsable” y “médico consultor”. Respecto a las comisiones que revisan si el procedimiento es correcto, en la ley portuguesa se llama “*Comissão de Verificação e Avaliação*” (comisión de verificación y evaluación) y en la ley española “Comisión de Garantía y Evaluación”.

3. *Prestaciones incluidas*

La ley española contempla la prestación de ayuda para morir, tanto en la variante de práctica de eutanasia por el profesional sanitario competente, como en la de suicidio médicamente asistido (artículos 3 g 1ª y 2ª, respectivamente). Se regula así la posibilidad de que sea el propio paciente quien se auto-administre la sustancia que le causará la muerte y que habrá sido prescrita por el personal médico responsable¹⁴.

La ley portuguesa también incluye las dos modalidades. Aunque en el artículo 2º del primer texto solo se decía que se podía solicitar la “anticipación de la muerte médicamente asistida” practicada o ayudada por profesionales sanitarios, en el antiguo artículo 8º (actual 9º de los textos segundo y tercero), se establece que el paciente decide entre auto-administrarse fármacos letales o que se los administre el médico o profesional debidamente acreditado para ello. En el nuevo texto, el artículo 3º nº4 dice que la muerte médicamente asistida puede ocurrir por: a) suicidio médicamente asistido, o b) eutanasia (términos que no se mencionaban en el primer texto).

4. *Situaciones en las que se puede solicitar la prestación*

El primer texto aprobado en Portugal mencionaba que la solicitud del paciente se podía presentar cuando el sujeto se encontrase en una “situación de sufrimiento intolerable, con lesión definitiva de gravedad extrema de acuerdo con el consenso científico o enfermedad incurable y fatal”. A diferencia de la ley española, no se recogía en la portuguesa una definición más concreta, sino solo la mención a esas dos situaciones. Tras la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el presidente

¹⁴ En el primer caso (eutanasia directa), se prevé que el personal sanitario responsable asista al paciente hasta el momento de su muerte (artículo 11.2), mientras que en el segundo (suicidio asistido), deberán mantener “la debida tarea de observación y apoyo” hasta que se produzca el fallecimiento (artículo 11.3).

de la República, el Tribunal Constitucional portugués declaró que la norma no era constitucional, al no concretar suficientemente el primer supuesto (“lesión definitiva de gravedad extrema de acuerdo con el consenso científico”), y ser, por ello, contraria al principio de legalidad material, es decir, al principio de determinación. En concreto, el alto tribunal menciona que se vulneran los artículos de la Constitución de la República Portuguesa ya mencionados anteriormente, por insuficiente determinación para concretar en términos previsibles y controlables las conductas de los destinatarios de las normas.

Para cubrir este requerimiento del Tribunal Constitucional, se aprobó en el parlamento un segundo texto con un contenido muy similar al anterior, pero en el que se incluyó un nuevo artículo 2º (lo que hace que el resto del articulado se altere en su numeración), que contiene definiciones de algunos de los conceptos que ya aparecían en el texto anterior, entre otras cosas¹⁵. En concreto, en el artículo 2º de ese segundo texto se definen los conceptos de muerte y suicidio médicamente asistidos, eutanasia, enfermedad grave o incurable, lesión definitiva de gravedad extrema, sufrimiento¹⁶, y médicos orientador y especialista.

Dado que es en la segunda de las situaciones (enfermedad) donde se centraba el veto del presidente Rebelo de Sousa, comenzaré por ahí el análisis y lo centraré en los dos argumentos esgrimidos. Por un lado, se refería a una supuesta ampliación de situaciones al incluir entre las definiciones del artículo 2º la de enfermedad “grave o incurable” en lugar de “incurable y fatal”, como aparecía en el primer texto y seguía apareciendo en el artículo 3º del segundo texto. En ese sentido, se argumentaba por el presidente que estaría incluyéndose también la situación de enfermedad grave (y no solo incurable) que dé lugar a un sufrimiento intolerable.

¹⁵ Además de la correspondiente alteración de la numeración y las referencias, se ha modificado también el artículo 3º – actual 4º-, al eliminar la referencia a que el médico orientador puede ser o haber sido médico personal o de la familia del paciente y puede ser especialista en la enfermedad o patología que le afecta. Sobre esta cuestión se profundizará más adelante. Por otra parte, uno de los aspectos polémicos del nuevo texto se refiere precisamente al concepto de “enfermedad grave o incurable”, es decir, al uso de la conjunción “o” en lugar de “y”, como aparecía en el primer texto, y que tampoco se había modificado en otros lugares del segundo texto (como en su artículo 17º, donde seguía apareciendo “naturaleza incurable y fatal de la enfermedad”). A excepción del proyecto presentado por PAN, los nuevos textos han sustituido ya esa expresión por la de “grave e incurable”, además de corregir también la expresión referida a la segunda situación clínica (completando con “y de gravedad extrema” en aquellos lugares donde el segundo texto seguía mencionando tan solo “lesión definitiva”).

¹⁶ En los nuevos proyectos de IL y PS se define la expresión “sufrimiento de gran intensidad”.

Por otro lado, se apuntaba que el legislador portugués se habría dejado influir por una supuesta mayor amplitud de supuestos aplicables de la ley española.

El análisis de estos argumentos requiere de varias perspectivas. Una meramente lingüística o gramatical, otra sistemática y una tercera de política legislativa.

Empezando por la perspectiva lingüística, ciertamente, salvo que se interprete que se trataba de una errata cometida por el legislador portugués, resulta poco comprensible que, teniendo en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se centraba en la falta de determinación del concepto de “lesión definitiva de gravedad extrema”, se hubiera producido una modificación intencionada en el enunciado de la definición del otro supuesto (enfermedad incurable y fatal), sobre el que no se había planteado cuestión alguna. El apartado d) del artículo 2º del segundo texto definía la “enfermedad grave o incurable” (en lugar de la enfermedad incurable y fatal a que hacía referencia después el artículo 3º) y usaba además la conjunción disyuntiva “o”. Podría pensarse que ello se había hecho de manera intencionada (como apuntaba el presidente en su veto) para así considerar que la enfermedad sufrida podría no ser incurable, de manera que se incluyesen los supuestos en los que se sufre un padecimiento intolerable a causa de una enfermedad grave (característica que no aparecía en la redacción anterior, que solo hacía referencia a la incurabilidad o fatalidad de la enfermedad); sin embargo, esta interpretación resulta ilógica. Teniendo en cuenta que en el segundo texto seguía apareciendo la mención a la incurabilidad de la enfermedad como situación en la que podía solicitarse la asistencia (artículos 3º y 17º), no tiene ningún sentido pensar que la inclusión del concepto de “enfermedad grave o incurable” entre las definiciones del artículo 2º hubiera sido un cambio intencionado. Parece más bien que se trató de un lapsus del legislador. Entender que no fuese así llevaría ciertamente a plantear si el significado era distinto y si se trataba de una ampliación intencionada respecto a la enfermedad (“gravedad o incurabilidad”, en lugar de “incurabilidad y fatalidad”). Ello sería así si considerásemos que el uso del término “gravedad” tiene un significado menos intenso que “fatalidad”, y que la conjunción “o” implica que se admiten enfermedades graves pero no incurables. En cambio, podría también entenderse que dichas características de la enfermedad (la gravedad, la fatalidad y la incurabilidad) son sinónimas, y en ese caso el uso de “o” en lugar de “y” no cambiaría el sentido de esta situación legal (enfermedades que conducen a la muerte, para las que no hay cura y que, por ello, son graves)¹⁷.

¹⁷ No parece ser el caso, pues una enfermedad grave con sufrimiento intolerable no siempre es incurable o conduce a la muerte, ni una enfermedad que conduce a la muerte es necesariamente incurable, aunque sí son graves las enfermedades incurables y fatales.

Por otra parte, desde el punto de vista sistemático, cuando se observa la definición que el segundo texto hace de dicho supuesto, resulta claro que se refiere a enfermedades que son incurables y fatales y que, por ello, son graves. No resulta lógico hacer una interpretación en otro sentido, a pesar de que el error del legislador sí merece ser puesto de manifiesto. Así, el artículo 2º d) del segundo texto analizado definía la “enfermedad grave o incurable”, como “enfermedad grave que amenace la vida, en fase avanzada y progresiva, incurable e irreversible, que origina sufrimiento de gran intensidad”. Es decir, la definición seguía haciendo referencia al elemento de fatalidad o imposibilidad de cura, que mencionaba el texto anterior y que seguía apareciendo en el nuevo artículo 3º nº1 (en el que se presupone la gravedad en situaciones en que la enfermedad es “incurable y fatal”).

Por último, desde el punto de vista de política legislativa, si analizamos la voluntad del legislador a partir de lo expresado en los debates parlamentarios, tampoco parece que la intención fuese ampliar los supuestos mencionados en el primer texto aprobado, sino solo precisar su alcance¹⁸, aunque ciertamente no es muy afortunada la inclusión de términos diferentes en la definición y en las situaciones que menciona el art. 3º. Además, teniendo en cuenta que ya se había obtenido una mayoría suficiente con la anterior redacción y, por tanto, con la inclusión de este supuesto (“enfermedad incurable y fatal”), no tendría sentido que, en esta segunda ocasión, cuando bastaba con concretar las situaciones siguiendo las indicaciones del Tribunal Constitucional, el legislador optase por cambiar el sentido de una de las situaciones ampliando el ámbito de aplicación de la ley.

Además de argumentar que los cambios en el texto se habían hecho para ampliar los supuestos en los que se aplicaría la ley, como se ha analizado, el veto del presidente apuntaba a que el legislador portugués se habría visto influido por el español. Curiosamente, es el propio Tribunal Constitucional portugués el que menciona como ejemplo la ley española, entre otras¹⁹. En cualquier caso, partiendo

¹⁸ En especial, los diarios de sesiones de 3 de noviembre de 2021 (I Serie, nº 18) y 4 de noviembre de 2021 (I Serie, nº 19, pp. 4 a 15) donde no se hace referencia alguna a esta cuestión y se centra el debate en lo apresurado de la presentación del texto (justo antes de que se disolvieran las cortes y se convocasen nuevas elecciones presidenciales), mientras que los autores del mismo explican que no era necesario iniciar un nuevo proceso legislativo y que, por tanto, todo el procedimiento se había hecho dentro de la normalidad parlamentaria. En la sesión de 4 de noviembre sí se hace referencia expresa a que lo único que se ha hecho ha sido concretar los conceptos que el Tribunal Constitucional había indicado (pp. 4 y 7).

¹⁹ En las páginas 51 y ss. (considerando 46) de la sentencia 123/2021, menciona el Tribunal Constitucional portugués que “el legislador podría haber utilizado otros conceptos,

de esa crítica del presidente Rebelo de Sousa a la posible transferencia de política criminal, algo que tampoco tendría por qué ser negativo (García Magna, 2018²⁰), si analizamos la regulación española, no puede desprenderse que en lo que respecta a las situaciones médicas admisibles la ley sea más amplia o extensa que la portuguesa, por lo que este argumento no se sostiene. En efecto, el artículo 5 de la LO 3/2021 española establece que podrán solicitar la ayuda para morir las personas que sufran un “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”, o una “enfermedad grave e incurable”. El artículo 3 describe en sus apartados b y c qué se entiende por dichas situaciones clínicas, respectivamente, a efectos de la aplicación de la propia ley y, en consecuencia, del nuevo artículo 143.4 y 5 del Código penal español²¹.

En relación con la “enfermedad grave e incurable”, el art. 3 c) de la ley española la define como aquella que “por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”. En este sentido, tanto la ley portuguesa como la española hacen referencia a situaciones de enfermedad incurable y fatal, al incluir en ambos casos una enfermedad

mucho más comunes en la práctica (médica o jurídica), que, sin perder plasticidad serían rápidamente aprehensibles al asociarse al presupuesto relativo al sufrimiento intolerable” (traducción de la autora). Así, el propio tribunal cita como ejemplos de lugares en los que se da una mayor determinación de los conceptos: la regulación de los cuidados paliativos en Portugal (cuando la ley define las lesiones incapacitantes o que colocan al lesionado en situación de dependencia), la ley española reguladora de la eutanasia, cuando define el “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”, la regulación penal de las lesiones de resultado diferenciado del artículo 144º del Código penal portugués, o la regulación portuguesa en el ámbito civil para las incapacidades permanentes (Decreto-Ley nº 352/2007).

²⁰ La transferencia de políticas criminales entre países es una realidad que no se puede negar. Aunque ello puede ser entendido como una pérdida de soberanía estatal, lo cierto es que la incorporación a organizaciones internacionales que emiten normativa y recomendaciones, y la política criminal transnacional tienen consecuencias que no siempre son negativas ni implican una menor legitimidad de las decisiones adoptadas en sede parlamentaria.

²¹ El art. 143.4 del código penal español incluye un tipo atenuado respecto a la participación en el suicidio (art. 143.2) y el homicidio consentido (art. 143.3), cuando se realiza en las situaciones recogidas en la ley reguladora de la eutanasia y por petición expresa del sujeto pasivo pero sin cumplir sus requisitos, mientras que el art. 143.5 del código penal español recoge la exención de responsabilidad en aquellos casos en que se respeten todos los requisitos de la LO 3/2021.

que conducirá a la muerte en un plazo de tiempo relativamente corto (“pronóstico de vida limitado”, “amenaza para la vida”), que irá empeorando (“fragilidad progresiva”, “fase avanzada y progresiva”) y sin posibilidad de curación (“incurable”, “irreversible”). Por otra parte, el sufrimiento que debe provocar dicha enfermedad puede ser físico o psicológico (la ley portuguesa añade también el “sufrimiento espiritual”, que podría implicar una valoración subjetiva del propio sujeto que lo padece, más relacionada con su manera de percibir su propio derecho de autodeterminación), debiendo ser constante (en la ley portuguesa: “persistente, continuado o permanente”), insoportable y sin alivio tolerable por la propia persona (en la ley portuguesa: de gran intensidad y considerado intolerable). En ambas regulaciones, por tanto, se parte de un elemento objetivo, que es la enfermedad grave e incurable, que da lugar a un enorme padecimiento y que incluso si se pudiesen aplicar cuidados paliativos sería considerado intolerable por el propio sujeto que lo sufre (se añade, por tanto, un elemento subjetivo).

Respecto a la segunda de las situaciones que dan lugar a la solicitud de asistencia a la muerte, como se ha indicado, el Tribunal Constitucional portugués consideraba que la “lesión definitiva de gravedad extrema de acuerdo con el consenso científico” adolecía de insuficiente determinación. El segundo texto, en consecuencia, ya no hacía referencia a dicho consenso científico²² y definía la lesión como “grave, definitiva y ampliamente incapacitante que coloca a la persona en situación de dependencia de terceras personas o de apoyo tecnológico para la realización de las actividades elementales de la vida diaria, existiendo certeza o probabilidad muy elevada de que tales limitaciones van a persistir en el tiempo sin posibilidad de cura o de mejoría significativa”. Sin embargo, el texto olvidó incluir la característica de “gravedad extrema” en varios lugares en los que hacía referencia a la “lesión definitiva” (en concreto, en los artículos 6º.1 y 5, 17º.3.c)²³, algo que resulta muy llamativo, sobre todo teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional se centraba precisamente en esta situación.

En el caso de la ley española, se describe la situación como “padecimiento grave, crónico e imposibilitante”, en un sentido, por tanto, muy similar al de la ley portuguesa, implicando del mismo modo que las limitaciones que ello conlleva afecten directamente no solo a la autonomía física de la persona, sino también a las actividades de la vida diaria, de manera que no pueda valerse por sí misma,

²² Considerado por el alto tribunal como un concepto tautológico o redundante (pp. 53 y ss., apartado 47).

²³ Tres de los nuevos proyectos de ley que serán votados como tercer texto (del BE, el PS e IL), sí que incluyen ambas características en los lugares donde se menciona la lesión.

pudiendo ello suponer “la dependencia absoluta de apoyo tecnológico”. La ley española añade que las limitaciones deben (o pueden, ya que podría interpretarse que no se trata de consecuencias acumulativas sino alternativas) incidir directamente sobre su capacidad de expresión y relación. En todo caso, dichas limitaciones deben llevar “asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable”, de manera que sea altamente probable que persistan “en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría aceptable” (en un sentido muy similar al ya analizado respecto a la ley portuguesa, pues en ese caso el sufrimiento es el mismo que en la situación de enfermedad incurable y fatal).

Una vez analizadas las situaciones que dan lugar a la posibilidad de aplicación de ambas leyes, no parece que la ley española sea más laxa que la portuguesa o que permita una aplicación más amplia. Por otra parte, las definiciones que se incluyeron en el segundo texto portugués y que son similares a las de la regulación española entran dentro de la normalidad y suponían, además, dar cumplimiento a las exigencias del Tribunal Constitucional.

5. Organismos con un papel relevante en el procedimiento

Antes de detallar los requisitos a cumplir y el procedimiento concreto en cada país, resulta interesante hacer referencia a los organismos e instrumentos de nueva creación o que, ya existentes, tienen un papel relevante en la regulación. Tanto en la norma portuguesa como en la española se han creado sendos organismos de control y evaluación, aunque con diferente composición y duración. En España, las Comisiones de Garantía y Evaluación en cada comunidad autónoma (artículos 17 a 19) tienen carácter multidisciplinar y están formadas por un mínimo de 7 miembros entre los que debe haber personal médico, de enfermería y juristas, nombrados por los gobiernos autonómicos y con el régimen jurídico que estos determinen (excepto las de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, que serán creadas por el Ministerio de Sanidad). No se establece un plazo máximo de duración de cada comisión ni cuándo debe producirse su renovación (la ley solo indica que cada una debe tener su reglamento de orden interno). Esta disparidad en las comisiones puede producir desigualdades de trato según la comunidad autónoma en que el paciente inicie el procedimiento²⁴, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina (Salcedo Mata, 2020), aunque se prevén reuniones anuales entre los

²⁴ Nótese que existen 17 comunidades autónomas y dos ciudades autónomas, por lo que habrá 19 comisiones distintas.

presidentes de las comisiones y el Ministerio de Sanidad, para “homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas” (artículo 17.5). Además, las comisiones deberán emitir informes anuales al órgano competente en materia de salud.

Por su parte, la Comisión de Verificación y Evaluación de los Procedimientos Clínicos de Anticipación de la Muerte prevista en la normativa portuguesa (artículos 24º a 27º) es única para todo el territorio y tiene una duración de 5 años (pudiendo renovar el cargo sus miembros solo una vez). Además, la comisión depende de la *Assembleia da República* (parlamento), a quien debe presentar un informe anual para la evaluación de la ley, con información estadística (debiendo ser semestral en los dos primeros años de vigencia de la ley). Su composición también es multidisciplinar pero se establece que deben integrarla 5 personalidades de reconocido prestigio, así: dos juristas nombrados por el *Conselho Superior da Magistratura* y por el *Conselho Superior do Ministério Público*, un médico nombrado por la *Ordem dos Médicos*, un enfermero nombrado por la *Ordem dos Enfermeiros* y un especialista en bioética nombrado por el *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Asimismo, la ley portuguesa prevé que la fiscalización de los procedimientos corresponda a la IGAS (*Inspecção-Geral das Atividades em Saúde*), órgano de control de todas las prestaciones de cuidados de salud, tanto públicas, como privadas y sociales.

Por otra parte, tanto la norma portuguesa como la española hacen referencia al registro de todos los datos, consentimiento del paciente, etc., a lo largo de todo el procedimiento. En el caso español, todo ello se debe recoger en la historia clínica del paciente (que también incluirá las posibles indicaciones que este haya concretado previamente: testamento vital o voluntad anticipada), mientras que en el caso portugués, se crea al efecto el Registro Clínico Especial (artículo 16º) y el Relatório Final (artículo 17º), y no se hace referencia alguna a las indicaciones previas del paciente (*diretivas antecipadas de vontade*) ni al Registro Nacional de Testamento Vital (Ley 25/2012) ya que no parece tener cabida en la regulación una posible voluntad expresada previamente, como se verá en el apartado siguiente.

6. Requisitos del solicitante

Respecto a quién puede iniciar el procedimiento, este es uno de los puntos en los que las leyes española y portuguesa difieren de manera significativa. El artículo 5 de la norma española exige que el sujeto sea mayor de edad y tenga la nacionalidad española, la residencia legal en España o acredite la permanencia en España por más de 12 meses. El artículo 3º nº2 de la ley portuguesa exige que el sujeto sea mayor de edad, con nacionalidad portuguesa o residencia legal en Portugal, por lo

que no se incluye a personas que no cumplan esos requisitos pero acrediten un tiempo de permanencia previo en el territorio portugués. En ninguna de las dos regulaciones, por tanto, se permite que los menores de edad puedan acogerse a la regulación, al no preverse su posible representación. El texto de ambas leyes no permite interpretar tampoco que puedan solicitar el procedimiento los menores emancipados o con suficiente madurez²⁵, en la línea seguida por algunos autores (De Faria Costa, 2004, 796-797²⁶; Tomás-Valiente Lanuza, 1999, 22-26²⁷).

La ley española exige que el sujeto sea capaz y consciente en el momento de la solicitud o, en caso de encontrarse incapacitado o inconsciente (artículo 5.2), en el momento en que haya redactado instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o cualquier otro documento con efectos equivalentes²⁸. Para prestar consentimiento válido es preciso que haya recibido por escrito toda la información referente a su situación médica y las alternativas posibles, incluidos los cuidados paliativos. Si, teniendo dicha capacidad o habiéndola tenido previamente, en el momento de realizar la solicitud no pudiera firmarla y fecharla personalmente, podrá hacerlo la persona que designe, en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará.

En la ley portuguesa se exige que el sujeto tenga capacidad para consentir en el momento de la solicitud, sin que se pueda continuar el procedimiento si durante el mismo se inicia un proceso de incapacitación (artículo 4º.4), si el médico orientador o el médico especialista tienen dudas sobre la capacidad de la persona para solicitar la asistencia para morir y un médico psiquiatra confirma dichas dudas (artículo 7º), o si el paciente cae inconsciente antes de que se produzca la asistencia para morir (algo que en las situaciones médicas extremas en las que puede aplicarse la ley es frecuente que ocurra), salvo si recupera la consciencia y mantiene su decisión (artículo 9º). No se tiene, por tanto, en cuenta la voluntad que el paciente haya

²⁵ Aunque el artículo 9.4 de la Ley española 41/2002, de autonomía del paciente menciona que no cabe el consentimiento por representación de los menores emancipados y los mayores de 16 años, no parece que de ello se desprenda que estos puedan iniciar el procedimiento analizado en estas páginas.

²⁶ Para este autor debe excluirse a los menores (incluso emancipados) y a los enfermos mentales (incluso si han expresado su voluntad en un momento lúcido).

²⁷ Así, se muestra de acuerdo con un “paternalismo débil” que proteja a sujetos vulnerables incluso de sus propias decisiones, en la medida en que estas puedan ser consideradas no voluntarias. De esta manera, el Estado no solo está éticamente autorizado, sino que tiene la obligación de prohibir la colaboración en el suicidio de adolescentes y adultos enfermos mentales o con depresión severa.

²⁸ Ley 41/2002, de autonomía del paciente (artículo 11).

podido expresar previamente a ese momento, pues no se menciona en la propia ley ni tampoco lo permite la Ley nº 25/2012 que regula las indicaciones anticipadas de voluntad. En efecto, en su artículo 2º, cuando hace referencia a un “apoderado del paciente para cuidados de salud”, esta ley enumera solo situaciones de eutanasia paliativa y de rechazo a tratamientos médicos y participación en ensayos clínicos, y excluye expresamente en su artículo 5º b) aquellas indicaciones “cuyo cumplimiento pueda provocar deliberadamente la muerte no natural y evitable, tal como se prevé en los artículos 134º y 135º del Código penal”²⁹. Igual que en la ley española, también la portuguesa permite en su artículo 11º que, si el paciente se encuentra incapacitado físicamente para escribir y firmar, o no sabe hacerlo, pueda firmar en su nombre la persona que designe (debiendo estar presente el médico orientador para acreditar la firma y uno o más testigos) y no pudiendo tener esta persona interés económico directo o indirecto en la muerte del solicitante (algo que no se recoge en la ley española). Teniendo en cuenta que no se trata realmente de un representante legal que pueda tomar decisiones por el sujeto, sino tan solo firmar físicamente por él, y que no existe la posibilidad de continuar el procedimiento si el sujeto está inconsciente o sufre alguna anomalía psíquica que le impide comprender el alcance de su decisión previa, no parece necesaria tal precaución introducida por la ley portuguesa, pues siempre deberá ser el propio paciente el que confirme personalmente su voluntad (y deberán estar presentes el médico orientador y los testigos).

7. Trámites del procedimiento: requisitos, recursos y garantías

Por lo que respecta al procedimiento, llama la atención que la ley portuguesa no incluya los plazos en los que se deben ir produciendo los distintos trámites (salvo un par de excepciones). Ello implica en mi opinión una infracción del principio de legalidad (concretamente, de seguridad jurídica) y puede impedir de hecho la realización efectiva de la prestación (o que esta se produzca en un plazo razonable), sobre todo teniendo en cuenta que las situaciones que contempla la ley son muy delicadas y, tal como exige la norma, conllevan un gran sufrimiento para el sujeto. Al respecto, la ley española establece que la solicitud de la prestación debe formularse dos veces por escrito o por otro medio que permita dejar constancia, con separación de 15 días entre ambas. Tras la solicitud, en el plazo máximo de dos días, el “médico responsable”

²⁹ Tal vez cuando se apruebe la ley de eutanasia, el legislador portugués modifique la Ley 25/2012, aunque parece poco probable, al no haberse incluido esa posibilidad en el texto analizado.

(que haya certificado la situación clínica³⁰) debe iniciar con el paciente un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, sus posibilidades terapéuticas y los resultados esperados, además de los cuidados paliativos aplicables. El paciente deberá volver a manifestar su voluntad de que se le preste la ayuda para morir una vez pasadas 24 horas desde que haya finalizado el proceso deliberativo con su médico. Si el paciente desea seguir adelante, el médico responsable informará a otro “médico consultor”, que estudiará el historial clínico, examinará al paciente y, en caso de que considere que concurren los requisitos preceptivos, emitirá un informe. El médico responsable deberá ponerlo todo en conocimiento de la Comisión de Garantía y Evaluación constituida en el territorio correspondiente. La Comisión nombrará a dos miembros (médico y jurista) para que comprueben que se cumplen todos los requisitos, pudiendo entrevistarse con los médicos que han intervenido y acceder a la documentación que obra en la historia clínica. En caso de que la comisión dé su visto bueno, se podrá proceder a proporcionar al paciente la ayuda para morir, en la modalidad elegida por este (artículo 11.2 y 3). La ley española, además, hace referencia a la posibilidad de presentar recurso ante la Comisión de Garantía y Evaluación en caso de que en alguno de estos trámites se emita informe desfavorable que no permita continuar con el procedimiento y acceder a la prestación. Además, si la propia Comisión resuelve en sentido desfavorable, se prevé la posibilidad de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 10.5 y disposición adicional quinta).

Comenzando el análisis comparativo por este último aspecto, llama la atención que la ley portuguesa no haga referencia alguna a la posibilidad de recurrir las decisiones que se adopten por los sujetos (médicos) y órganos (Comisión de Verificación y Evaluación). En concreto, la ley portuguesa establece que cuando se emite un informe o dictamen desfavorable, el procedimiento es *cancelado* y cerrado, se informa al paciente y se le permite volver a iniciarlo desde el principio. En mi opinión esta regulación supone una indefensión del sujeto e incluso una infracción del principio de libre desarrollo de la personalidad y autonomía personal que la Constitución reconoce, pues deja prácticamente sin contenido la prestación u obliga a reiniciar el procedimiento una y otra vez, al no dar la oportunidad de recurrir las decisiones administrativas, o no especificarlo en la propia ley³¹.

³⁰ La ley española no especifica que el paciente pueda elegir al médico responsable (como sí hace la ley portuguesa), pero parece que sería posible, dado que en otros lugares se refiere a él como el “médico que le trata”.

³¹ Esto, unido a la ausencia de referencia a plazos máximos de resolución de los distintos trámites del procedimiento, supone una infracción del principio de seguridad jurídica,

Por lo que respecta al procedimiento que establece la ley portuguesa, el sujeto lo inicia presentando una solicitud al médico de su elección (“médico orientador”)³², que será el interlocutor del paciente con el sistema durante el procedimiento. El médico debe emitir dictamen sobre el cumplimiento de los requisitos y le da al paciente toda la información y explicaciones sobre su situación clínica, y tratamientos posibles y disponibles, en especial, en el ámbito de los cuidados paliativos. No se menciona aquí, como sí se hace en la ley española, que este trámite suponga un proceso de reflexión, algo que se había indicado también desde la doctrina (De Faria Costa, 2004, 797³³). El médico debe verificar si el paciente mantiene y reitera su voluntad y, en ese caso, tras integrar la información en el registro creado a estos efectos (Registro Clínico Especial, o RCE)³⁴, procede a consultar a otro médico especialista en la patología que sufre el paciente. Si este sufre varias patologías, el médico orientador es quien decide qué especialidad consultar³⁵. El médico especialista debe emitir un informe (si es desfavorable se cierra el expediente y si es favorable

como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha puesto de manifiesto en varias ocasiones (caso Alda Gross c. Suiza, de 14 de mayo de 2013; caso Haas c. Suiza, de 20 de enero de 2011), al señalar que una vez que el Estado decide despenalizar el suicidio asistido o la eutanasia activa directa, se debe establecer “un cuadro legal preciso sobre cómo ejercer ese derecho o facultad de ser ayudados a morir.”

³² En el primer texto el artículo 3º.2 (actual 4º.2) mencionaba que el médico orientador “puede ser o haber sido el médico personal o de familia del paciente y que puede ser especialista en la patología que afecte al paciente”. Esta frase ha sido eliminada en el nuevo texto, lo que plantea la duda de si ahora no se permiten estos dos elementos, aunque no parece ser así, pues no se menciona dicha exclusión en otro lugar (ni tampoco en las definiciones del art. 2º), aunque sí se establece expresamente que el médico especialista no puede pertenecer al equipo del médico orientador.

³³ Menciona este autor la necesidad de llevar a cabo *interlocutorios* destinados a asegurar que la voluntad actual del enfermo es efectivamente la de dejar de vivir. El proyecto de ley presentado por IL sí incluye un periodo de reflexión de al menos dos días antes de que se lleve a cabo la muerte asistida (nuevo apartado 4 en el artículo 9º).

³⁴ La ley española no prevé la creación de un registro especial, debiendo quedar reflejada toda la información del procedimiento en la historia clínica, cuya regulación se rige por la Ley 41/2002, de autonomía del paciente (artículos 14 y ss.)

³⁵ Se deja así en manos del médico orientador la elección del médico especialista y, en la medida en que no se prevé la posibilidad de recurrir una eventual decisión desfavorable, tampoco cabe la posibilidad de aportar una segunda opinión médica o de otra especialidad. El texto presentado por IL propone que el médico especialista se nombre de manera secuencial a partir de una lista previamente conformada (nuevo apartado 2 del artículo 6º).

se informa al paciente y se vuelve a verificar su voluntad). En caso de que alguno de los dos médicos tenga dudas sobre la capacidad del paciente para tomar la decisión o piensen que sufre una enfermedad mental, consultan a un médico psiquiatra³⁶. Si no hay informes desfavorables, el médico orientador remite copia del Registro Central Especial a la Comisión de Verificación y Evaluación, que debe emitir informe sobre el cumplimiento de los requisitos en el plazo máximo de 5 días hábiles³⁷ (pudiendo, igual que en la regulación española, convocar a los médicos que han intervenido para consultarles y solicitar documentación adicional). Si la Comisión de Verificación y Evaluación emite informe favorable, se acuerda con el paciente la fecha y hora de la anticipación de la muerte, así como la modalidad (autoadministración de fármacos con supervisión médica o administración por el propio médico). Se remite copia de todo ello al Registro Central Especial y se informa a la IGAS (Inspección General de las Actividades de Salud), que puede estar presente en la ejecución del procedimiento.

8. Realización efectiva de la prestación

Por lo que respecta a la realización de la asistencia a la muerte, esta se recoge en el artículo 10^o de la norma portuguesa y en el artículo 11 de la norma española. Como ya se ha indicado anteriormente, tanto en una como en otra, la prestación puede consistir en la administración al paciente de fármacos que le producen la muerte o en la puesta a su disposición de dichos fármacos para que se los autoadministre, incluyendo la regulación española que en este caso el médico orientador debe realizar tareas de observación y apoyo hasta que el paciente fallezca³⁸.

Mientras que la ley portuguesa especifica quiénes pueden estar presentes (médico orientador y otros profesionales de la salud según su indicación, además

³⁶ El artículo 5.2 establece que la valoración del médico responsable sobre la incapacidad de hecho del sujeto, en cualquier caso, se regirá por los protocolos de actuación que se determinen por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

³⁷ Este es uno de los pocos momentos en que la ley portuguesa establece un plazo concreto. Aunque la ley española sí fija plazos máximos en todos los trámites, lo cierto es que unas veces se refiere a días hábiles y otras veces a días naturales, algo que no tiene justificación.

³⁸ El artículo 9^o n^o2 de la norma portuguesa parece señalar también que el procedimiento de autoadministración se realizará bajo supervisión médica, pero la redacción del precepto es confusa, pues parece referirse al supuesto de eutanasia (realizado necesariamente por el médico) y no al de suicidio asistido.

de las personas que el paciente desee), la española no lo hace, aunque sí menciona que no podrán intervenir en ninguno de los equipos profesionales quienes tengan algún interés o puedan recibir algún beneficio económico por la práctica de la eutanasia (artículo 14), como también lo señala la norma portuguesa (artículo 18º).

Respecto a los lugares donde puede realizarse la prestación, tanto la ley española (artículo 14) como la portuguesa (artículo 13º) permiten realizarlo en centros públicos, privados o en otros lugares, como puede ser el domicilio del sujeto³⁹. Respecto a la posibilidad de realización fuera de centros sanitarios públicos, la ley española dice expresamente que la prestación se incluye en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, siendo de financiación pública (artículo 13.1). La norma portuguesa, sin embargo, no especifica que el servicio esté cubierto por la sanidad pública y, por tanto, parece admitir que en el sector privado pueda cobrarse la prestación, cuestión que fue expresamente criticada por el PEV (partido *Os Verdes*) en la tramitación del segundo texto⁴⁰.

9. *Efectos de la realización de la prestación*

Por lo que respecta a los efectos no penales de la regulación, ambas normas aluden a la causa de la muerte que deberá figurar en los certificados correspondientes, estableciéndose en la disposición adicional 1ª de la norma española que debe ser “muerte natural”, mientras que el artículo 28º de la norma portuguesa dice que ha de ser “anticipación de la muerte”, aunque mencionando que no se debe excluir la cobertura de los seguros de vida en estos casos, por lo que los efectos son los mismos que si la muerte fuese natural (la ley española no hace referencia alguna a los seguros de vida). Respecto a la terminología utilizada, dos de los cuatro proyectos de ley nuevos (el del PS y el de IL) han sustituido en todo el texto la expresión “anticipación de la muerte” por “muerte médicamente asistida

³⁹ La ley portuguesa incluye establecimientos de salud públicos o del sector privado o social, con autorización para prestar servicios de salud, con acceso reservado y lugares adecuados para la prestación, debiendo certificar el médico la aptitud si es un lugar distinto, quedando esta decisión a elección del paciente. La regulación española solo establece que se deberá garantizar el derecho a la prestación con los requisitos legales (artículo 13.2).

⁴⁰ Así lo menciona el diputado del PEV, Ferreira (Diario de Sesiones de 4/11/2021, I Serie, nº 19, p. 9), respecto a la propuesta de su partido de excluir la posibilidad de realización de la prestación fuera del Servicio Nacional de Salud.

10. Reformas legislativas

Ninguna de las dos leyes realiza modificaciones legislativas más allá de las normas afectadas en los códigos penales de ambos países. En concreto, se modifica el apartado 4 del artículo 143 del código penal español, manteniendo el tipo atenuado de autoría y cooperación necesaria activas en un homicidio consentido o una participación en suicidio, cuando se den las situaciones clínicas establecidas en la ley y la petición expresa, seria e inequívoca del sujeto, pero fuera del marco de la normativa reguladora de la prestación de la ayuda para morir⁴¹. Se ha añadido un apartado 5 al artículo 143 para establecer la exención de responsabilidad de quien realice la conducta de conformidad con lo establecido en la nueva regulación.

Por lo que respecta al texto portugués, como ya se indicó, el propio título de la norma indica que esta modifica el Código penal para establecer cuándo el comportamiento no será sancionado. En concreto, se reforman los artículos 134^o y 135^o⁴² incluyendo un apartado que establece que las conductas no son punibles si se cumplen las condiciones legales. Se modifica también el artículo 139^o⁴³ del código penal incluyendo un segundo apartado nuevo que excluye la responsabilidad del médico o enfermero que informe sobre el suicidio médicamente asistido a petición de otra persona, siempre que no esté realizando propaganda o induciendo a cometerlo, y se cumplan las condiciones establecidas por la ley. Como ya se ha indicado, no se prevé la modificación de la normativa que regula las indicaciones anticipadas de voluntad o testamento vital, aunque sí se indica que deberá aprobarse un reglamento en el plazo de 90 días tras la aprobación de la ley⁴⁴.

⁴¹ En relación con la anterior redacción del artículo 143.4 CP español, que solo se refería a enfermedades, la regulación amplía la atenuación a otras situaciones (padecimientos), pero añade que los sufrimientos físicos o psíquicos deben ser constantes e insostenibles, a diferencia de la redacción anterior en la que estos debían ser “permanentes y difíciles de soportar”. Ello puede implicar que aquellos casos en los que el sufrimiento sea soportable, aunque muy intenso, podrían quedar fuera de la atenuación.

⁴² Incluyen, respectivamente, tipos atenuados de homicidio consentido (a petición seria, actual y expresa de la víctima) y de inducción y participación en suicidio.

⁴³ Incluye la provocación al suicidio, mediante la propaganda o publicidad de medios aptos para provocar la muerte.

⁴⁴ Probablemente sea en dicho reglamento donde se haga referencia a los plazos y recursos que faltan en la ley y que resultan indispensables para el cumplimiento del principio de seguridad jurídica.

11. Formación, objeción de conciencia, deberes y responsabilidad de los profesionales

Respecto a la formación de los profesionales sanitarios, la norma española la prevé expresamente (disposición adicional 7ª), tanto en aspectos técnicos, como legales, comunicación difícil y apoyo emocional. La norma portuguesa, sin embargo, no lo menciona, aunque sí incluye la posibilidad de obtener apoyo psicológico cuando lo precisen (artículo 18º.3). Sí se prevé en ambas normas el ejercicio del derecho de objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervengan en el procedimiento. La norma española prevé la creación de un registro en el que se incluya a los profesionales objetores de conciencia, para garantizar así la adecuada gestión de la prestación (artículo 16). En la norma portuguesa (artículo 21º) no se prevé dicho registro, pero sí se debe hacer llegar copia de la objeción formulada por escrito tanto al responsable del centro, como al colegio profesional, debiendo comunicarla al paciente en un plazo no superior a 24 horas.

Ambas normas hacen referencia expresa al deber de confidencialidad y la protección de la intimidad de los pacientes. En el caso de la norma española, se recoge en el artículo 15 un mandato dirigido a los centros sanitarios donde se realice la prestación, que deberán garantizar la intimidad de los usuarios y, en especial, realizar un tratamiento de los datos personales y custodia activa de las historias clínicas que asegure un nivel alto de protección (mencionando expresamente que se afectan datos incluidos en categorías especiales según la normativa europea⁴⁵). Por otra parte, el artículo 19 impone el deber de secreto a los miembros de las Comisiones de Garantía y Evaluación, respecto a sus deliberaciones y los datos personales de profesionales, pacientes, familiares y personas allegadas⁴⁶. No se recoge el deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios, aunque este ya se impone por el mero ejercicio de la profesión. No obstante, no habría estado de más que se mencionase de manera expresa, como hace la norma portuguesa en su artículo 20º, donde se refiere a todos los profesionales que hayan participado de manera directa o indirecta en el procedimiento (incluyendo por tanto no solo a los sanitarios sino también a los miembros de la Comisión de Verificación y

⁴⁵ Artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

⁴⁶ Aunque se garantice ese deber de secreto, lo cierto es que la intervención de una multitud de sujetos ajenos al círculo de confianza del paciente, como el jurista o el médico de la Comisión de Garantía y Evaluación, da lugar a una ruptura de la confidencialidad (Gutiérrez-Alonso, 2019, 98).

Evaluación), y respecto a todos los datos, hechos e informaciones de que tengan conocimiento, de manera que el acceso, protección y tratamiento de los mismos deberán realizarse de acuerdo con la legislación vigente.

En cuanto al régimen disciplinario, la norma portuguesa tan solo menciona en su artículo 22º que no tendrán responsabilidad disciplinaria los profesionales que cumplan las condiciones y deberes establecidos en la ley, por lo que se entiende que será de aplicación el régimen legal general. Por su parte, la norma española se remite al régimen sancionador de la Ley General de Sanidad y a la responsabilidad civil, penal, profesional o estatutaria que corresponda (disposición adicional 2ª).

12. Cuestiones relacionadas con información pública, buenas prácticas y evaluación de la ley

Por lo que respecta a la publicidad e información pública de los contenidos de la regulación, la norma portuguesa prevé la creación de un sitio en Internet donde conste toda la información necesaria (artículo 30º): el procedimiento, los formularios y documentos normalizados y la legislación aplicable. La norma española también prevé la máxima difusión de la regulación entre los profesionales médicos y la ciudadanía, y la promoción de la realización del documento de instrucciones previas (disposición adicional séptima).

Por último, de cara a la fase post legislativa y la evaluación de la regulación, ambas normas prevén la producción de información estadística sobre la realización de las prestaciones y la incorporación de sugerencias de buenas prácticas (artículo 27º de la ley portuguesa y disposiciones adicionales 3ª y 6ª de la ley española).

En la regulación española se prevén, como ya se vio anteriormente, reuniones de los presidentes de las distintas comisiones de las comunidades autónomas, algo que en el caso portugués no parece necesario al existir una única comisión. Sí se prevé que dicha comisión presente anualmente al parlamento la información estadística y recomendaciones para la mejora de la aplicación de la ley.

IV. Conclusiones y propuestas

Una vez llevado a cabo el análisis comparado de ambas regulaciones (en vigor y en proyecto), procede ahora hacer un breve repaso de las cuestiones mejorables de ambas normas. Ello implica que la criticada influencia de un legislador en el otro, debería concebirse de manera positiva como la adopción de una perspectiva

amplia que, sin suponer un déficit de legitimidad democrática, permita crear leyes lo más racionales posibles y que cumplan los parámetros de corrección técnica adecuados para dotar de seguridad jurídica al sistema y garantizar un acceso adecuado a las prestaciones que reconoce.

Sin duda hay cuestiones mejorables en ambas regulaciones, como se ha puesto de manifiesto en estas páginas, pero lo cierto es que, en general, parece recogerse adecuadamente la actitud de la ciudadanía sobre el tema⁴⁷ y las exigencias constitucionales.

En cuanto a las cuestiones mejorables, del análisis comparativo se desprenden las siguientes:

Por lo que respecta a la regulación portuguesa, destacan la ausencia de determinación de plazos en los trámites del procedimiento o de previsión de recursos en caso de decisiones desfavorables, así como la imposibilidad de que tengan eficacia las indicaciones previas de voluntad o testamento vital en este ámbito. También sería conveniente que se especificase si la prestación está cubierta por el sistema de sanidad pública, aunque se practique en centros de titularidad privada.

Por lo que respecta a la ley española, se debería concretar el procedimiento de elección de la composición de miembros, los plazos de duración de los cargos y la renovación de los mismos en las Comisiones de Garantía y Evaluación pues, al margen de que cada una tenga una regulación de funcionamiento interno propia, ello las dotaría de cierta uniformidad. Por otra parte, no se menciona expresamente el deber de confidencialidad del personal sanitario que interviene en el procedimiento y, aunque se aplica la regulación general, no estaría de más una mención específica. Por último, si bien la regulación española incorpora los plazos concretos de realización de cada uno de los trámites del procedimiento, lo cierto es que debería seguirse un criterio uniforme respecto a si se trata de días hábiles o naturales.

En ambas regulaciones sería conveniente que la gestión del reconocimiento de la objeción de conciencia se hiciese de manera que se garantizase la posibilidad de realización de la prestación en el sistema público de salud. También podría incluirse la posibilidad para el sujeto de decidir sobre los médicos especialistas a quienes consultar. Como se ha indicado anteriormente, sería conveniente que se regulase de manera expresa la posibilidad de aplicación de la ley a menores de edad, al menos emancipados o a partir de una determinada edad en la que pueda evaluarse la madurez para tomar decisiones en este ámbito.

⁴⁷ Para un análisis de la opinión pública sobre la eutanasia en España, ver García Magna (2021). Sobre la opinión de la ciudadanía portuguesa, Cardoso et al. (2020).

En cualquier caso, el balance resulta positivo sobre todo en lo que se refiere a los posibles reparos que los detractores de la eutanasia y el suicidio asistido pueden tener, ya que ambas normas extreman las garantías para que el proceso sea realmente reflexivo y pausado, y se protejan los derechos de las personas involucradas en el mismo. Además, la existencia de las comisiones de evaluación y control suponen un elemento más de garantía y se prevé en ambas leyes el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios que intervienen. De hecho, algunas de las cuestiones mejorables que se han puesto de manifiesto (como la posibilidad de aplicación a personas con discapacidad y menores de edad), en realidad suponen una muestra de celo del legislador en extremar las precauciones para evitar una aplicación de la ley que pueda dar pie a excesos respecto a las personas más vulnerables.

En cualquier caso, como se indicó entre las limitaciones del trabajo, no se debe perder de vista que la ley española está pendiente de dos cuestiones de inconstitucionalidad y que el nuevo texto en Portugal todavía no ha terminado su tramitación. La nueva configuración de su parlamento tras las recientes elecciones parece que podrá permitir la aprobación de una norma que, en realidad, tras la sentencia del Tribunal Constitucional del año pasado y la nueva redacción tras el veto presidencial, ha mejorado respecto al primer texto aprobado en enero de 2021. En cualquier caso, aunque la mayoría parlamentaria a favor y la libertad de voto de los partidos mayoritarios parece que permitirá que se apruebe un nuevo texto que ha mejorado respecto al primero, lo cierto es que podría no ser así, y en ese caso, el legislador portugués habría perdido la oportunidad de plasmar por fin en una ley la voluntad de un porcentaje importante de su población.

V. Bibliografía

- BRÍZIDA CASTRO, R. (2020): *Um contributo para o estudo da eutanásia no Direito Constitucional português*. Ed. AAFDL Editora.
- CANOTILHO, G.; MOREIRA, V. (2007): *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed. Vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora.
- CARDOSO, J.; ALMEIDA, T.; RAMOS, C.; BRITO, J. A.; GOUVEIA, P. (2020): “Atitudes face à eutanásia na população portuguesa”, estudio presentado en *Simpósio “Atitudes face à eutanásia em Portugal”*, 18 de febrero 2020. Instituto Universitario Egas Moniz.
- DE FARIA COSTA, J. (2004): “Vida e morte em direito penal (Esquisso de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, año 14.

- DIAS PEREIRA, A. G. (2014): “Alguns aspetos do consentimiento informado”. *Anatomia do Crime*, nº 0, julio-diciembre 2014
- FERNANDES GODINHO, I. (2015): *Eutanásia, homicidio a pedido da vítima e os problemas de comparticipação em Direito Penal*. Coimbra Editora
- GARCÍA MAGNA, D. (2021): “La opinión pública sobre la eutanasia en España ante una inminente reforma penal”. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad: REEPS*, 7.
- GARCÍA MAGNA, D. (2018): *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*. Ed. Marcial Pons. 1ª ed.
- GUTIÉRREZ-ALONSO, E. (2019): “Consideraciones sobre la Propuesta de regulación de la eutanasia”. *Gaceta Médica de Bilbao*, 116(2).
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. (2005): *Constituição Portuguesa Anotada, I*. Coimbra Editora.
- MIRANDA BARBOSA, M.; PRIETO ÁLVAREZ, T. (2020): *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sentido e limites*. Ed. Gestlegal
- SALCEDO MATA, J.A. (2020): “Ley de eutanasia. Reflexiones y comentarios a la proposición de ley del PSOE”. *Nueva Tribuna*, 9 de marzo.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (1999): *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.