

LA EUTANASIA EN EL SISTEMA EUROPEO DE ESTRASBURGO TRAS LA SENTENCIA MORTIER Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL¹

FERNANDO REY MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho constitucional

Universidad de Valladolid

TRC, n.º 51, 2023, pp. 567-589
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción: la Sentencia Mortier, el nuevo *leading-case* europeo en materia de eutanasia. II. Los hechos del caso III Argumentos esgrimidos. IV. Análisis crítico de la sentencia. V. El parámetro europeo de interpretación de la eutanasia tras el caso Mortier. VI. Aplicación de la doctrina Mortier al pendiente examen por el tribunal constitucional español de la ley orgánica de regulación de la eutanasia. VII. Conclusión: la jurisprudencia europea sobre eutanasia, a pesar de su calculada ambigüedad, se inclina por la ladera *pro-choice*.

I. INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA MORTIER, EL NUEVO *LEADING-CASE* EUROPEO EN MATERIA DE EUTANASIA

La Sentencia Mortier v. Bélgica, de 4 de octubre de 2022, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha venido a iluminar la espinosa cuestión de si la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido es o no compatible con el sistema de tutela de los derechos humanos del Consejo de Europa, concluyendo que sí lo es. Naturalmente, su doctrina viene a incidir directamente en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado y pendiente de examen por el Tribunal Constitucional contra la Ley Orgánica española 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

¹ Me gustaría dedicar este artículo a mi colega y amigo el profesor A. Cariola, de la Universidad de Catania, con el que dialogué sobre el tema objeto de análisis durante mi estancia como profesor visitante en su Universidad en el mes de octubre de 2022.

En este artículo se describirán primero los hechos y argumentos del caso Mortier, concretando a continuación la doctrina más permanente del Tribunal europeo en relación con cualquier despenalización estatal de la eutanasia, para pasar después a contrastar esta doctrina con algunos aspectos impugnados de la regulación española, aventurando a adelantar, a grandes rasgos de este modo, los criterios que seguramente serán tenidos en cuenta por nuestro Tribunal Constitucional a la hora de resolver el recurso.

II. LOS HECHOS DEL CASO

El demandante, T. Mortier, es el hijo de G. de Troyer (en adelante, G.T.) a la que se practica la eutanasia en Bélgica por una depresión crónica de muchos años (la depresión habría debutado nada menos que a los 19 años y falleció a los 64, esto es, sufrió depresión durante 45 años). La señora G.T. en el tiempo de recibir la ayuda a morir apenas tenía contacto con hijos (incluido T. Mortier) y nietos desde años atrás (confesó a sus psiquiatras que una de las razones era porque se mostraban «agresivos» hacia ella). La señora G.T. recibió durante mucho tiempo tratamiento psiquiátrico por parte de varios profesionales, con fracaso (la sentencia habla de *debâcle thérapeutique*). El 4 de febrero de 2012 pide formalmente la eutanasia. Los psiquiatras que la atienden confirman tanto su lucidez como el fracaso obstinado del tratamiento: el pronóstico de la profunda depresión es desfavorable. La señora G.T. no desea informar a su familia de su petición de eutanasia para «no añadir más dificultades en su vida». Por consejo del psiquiatra responsable de su eutanasia, Wim Distelmans, acepta enviarles, al menos, una carta.

El 19 de abril de 2012 se le practica la eutanasia en un hospital público delante de algunos amigos. Al día siguiente, el hospital informa del suceso a sus hijos, entre ellos a T. Mortier, el posterior demandante. El 26 de junio de 2012, la Comisión federal de evaluación recibe los documentos acreditativos de la eutanasia y concluye que esta había sido realizada conforme a la legalidad y, por tanto, de manera válida.

El recurrente, T. Mortier, alega que el Estado ha fallado en las obligaciones positivas de protección de la vida de su madre porque no se habría respetado el procedimiento legalmente previsto por tres razones. Primera, el médico psiquiatra que practicó la eutanasia presidía una asociación de ayuda a morir que había recibido un donativo de la madre de 2.500 euros, lo que demuestra, a su juicio, un «evidente conflicto de interés». Segunda, el médico especialista que realizó el segundo juicio médico sobre la capacidad y consentimiento de la señora G.T., así como la causa médica que habilitaría la prestación de ayuda a morir, también pertenecía a la misma asociación que el primer médico, el médico responsable. Y tercera, porque, en su opinión, no había habido una «investigación oficial efectiva» posterior al fallecimiento de su madre en la medida en que el psiquiatra que

realizó la eutanasia co-presidía, al mismo tiempo, la Comisión de control que verificó *a posteriori* la validez de dicha eutanasia.

III. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS.

La Sentencia comienza observando que es la primera vez que el Tribunal es llamado a examinar la validez de una eutanasia ya realizada y, por consiguiente, destaca así la relevancia de este asunto.

La primera parte de la Sentencia aborda lo que podríamos denominar la cuestión central, la de si lesiona el derecho a la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio de Roma un sistema jurídico que, como el belga, despenalice (mediante la Ley de 28 de mayo de 2002) de modo condicional la eutanasia², concluyendo que no (párrafo 138). Bien es cierto que el Tribunal se cuida de precisar que no es competente para decidir si, en general, existe o no en el Convenio de Roma un derecho a la eutanasia, sino, tan sólo, para determinar la compatibilidad con dicho Convenio de la concreta eutanasia que ha sido practicada a la señora G.T. (párrafo 123).

La argumentación del Tribunal en este punto empieza recordando su jurisprudencia sobre el art. 2.1 del Convenio. Este precepto impone a los Estados la obligación de abstenerse de causar la muerte intencionalmente (obligación negativa), pero también de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida (obligación positiva). En relación con esta última obligación aplicada a la cuestión de la eutanasia, el Tribunal recuerda su consolidada doctrina³ según la cual no es posible deducir del art. 2 del Convenio un derecho a morir, tesis que se afianza de nuevo en este caso (párrafo 138).

No obstante, la Sentencia también reitera⁴ que, aunque no haya consenso entre los Estados sobre la validez jurídica de la eutanasia, sí existe «un consenso sobre el papel primordial de la voluntad del paciente en la toma de decisiones» —sobre el final de su propia vida— (párrafo 123). Literalmente, se afirma: «El derecho personal de elegir la manera y el momento del final de la vida (del paciente), si es consciente y libre, es una facultad que se deriva del derecho al

2 Eutanasia entendida aquí como eutanasia activa y directa, esto es, como un acto deliberado de ayuda a morir a un tercero en un contexto eutanásico o bien como ayuda directa a que el tercero ponga fin a su vida (suicidio asistido) en ese mismo contexto.

3 Cita, sobre todo, las Sentencias *Pretty v. Reino Unido* (2002), *Haas v. Suiza* (2011) y *Lambert v. Francia* (2015). La Sentencia se refiere sobre todo al caso *Lambert*, pero, en realidad, este no era un caso de eutanasia (activa y directa como *Mortier*) sino de eutanasia pasiva o limitación de esfuerzo terapéutico. A menudo, llama la atención la falta de rigor de numerosos tribunales (también de nuestro Tribunal Constitucional) en la elección del parámetro interpretativo internacional. Es crucial elegir con total precisión los precedentes judiciales, sobre todo cuando no son, simplemente, comparados y, por tanto, no vinculantes, sino cuando proceden del derecho internacional de los derechos humanos y sí resultan vinculantes.

4 Con cita de *Gard y otros v. Reino Unido* (2017)

respeto de su vida privada (art. 8 CR)» (párrafo 123). Y se concreta aún más: «Impedir a una persona poner fin a su vida indigna y penosa es un atentado a su derecho al respeto de la vida privada (art. 8 CR)» —párrafo 135). Se trata de tesis relevantes, sobre las que se volverá más adelante.

El Tribunal contextualiza el fundamento de su posición. Por un lado, «la sofisticación médica creciente» y, de otro, «el aumento de esperanza de vida», «fuerzan a muchas personas a mantener su vida hasta una edad avanzada o de fragilización física o mental que están en las antípodas de su identidad personal» (párrafo 136). En este marco, «la despenalización de la eutanasia permite a una persona libre elegir evitar lo que es a sus ojos un final de la vida indigno y penoso...», siendo «la dignidad y la libertad la esencia misma del Convenio de Roma» (párrafo 137).

Por tanto, en la primera parte de la Sentencia, más doctrinal, se da una de cal y otra de arena. Se dice, desde un claro enfoque *pro-life*, que no es posible deducir del art. 2 del Convenio un derecho a morir y que no es misión del Tribunal decidir si existe o no un derecho a morir en general. Pero al mismo tiempo se sostiene, de modo rotundo y más allá del caso en examen, desde una nítida perspectiva *pro-choice*, que se viola el derecho al respeto de la vida privada del art. 8 del Convenio siempre que se impida a una persona poner fin a una vida ya «indigna y penosa». Y, por ello, *a priori*, un sistema nacional que, como el belga, despenaliza la eutanasia no es contrario al Convenio de Roma siempre que se sujete a ciertas condiciones.

El *punctum ardens* se halla, pues, en la determinación precisa de tales condiciones: «para ser compatible con el art. 2 del Convenio de Roma, la despenalización de la eutanasia debe contar con garantías adecuadas y suficientes para evitar los abusos y, así, asegurar el respeto a la vida» (párrafo 139). En la segunda parte de la Sentencia se establecen, pues, los criterios, estándares o parámetros interpretativos para valorar la adecuación y suficiencia de las concretas garantías establecidas por un ordenamiento nacional. El Tribunal observa que, al no existir un consenso europeo sobre la eutanasia, es posible cierto margen de apreciación estatal a la hora de regularla y también en las maneras de despenalizarla, pero en todo caso, el Tribunal se reserva una potestad de control (párrafo 143). Específicamente, los criterios de control que acuña en la Sentencia *Mortier* el Tribunal son tres (párrafo 141):

- A) La existencia de un marco legislativo estatal previo de la eutanasia conforme a las exigencias del art. 2 del Convenio de Roma.
- B) El respeto al marco legislativo en el caso concreto.
- C) La existencia de un control *a posteriori* que ofrezca todas las garantías del art. 2 del Convenio de Roma.

Esta doctrina general se aplica al caso planteado y, sin duda, está llamada a aplicarse en todos los conflictos posteriores semejantes que se presenten, entre ellos, quizá, algunos en relación con la legislación española sobre eutanasia.

A) El marco legislativo estatal. Comienza observando la Sentencia que el legislador belga no ha previsto un control previo de la eutanasia, de modo que, en su ausencia, «el Tribunal estará especialmente atento a las garantías materiales y procedimentales» de la legislación belga (párrafo 145). Concretamente, en su análisis de la ley belga, el Tribunal se detiene en dos aspectos.

1) El Tribunal, citando la doctrina de la Sentencia Haas v. Suiza (2011), exige, en primer lugar, que «la decisión del paciente debe ser libre y con pleno conocimiento de causa» (párrafo 146). En el caso en examen, la eutanasia no se produce por razones de sufrimiento físico, sino psicológico. Esto siembra, evidentemente, una duda respecto de la libertad y capacidad *reales* de la señora G.T. El Tribunal considera que, en estos casos (sufrimiento psíquico), «la ley (nacional) debe prever garantías reforzadas en torno al proceso de toma de decisión de la eutanasia» (párrafo 146).

2) En segundo lugar, el Tribunal constata que la despenalización de la eutanasia en Bélgica está sometida a condiciones estrictamente reguladas por la ley, que prevé un cierto número de garantías materiales y procedimentales. Concretamente, señala cinco: (a) El paciente debe estar consciente en el momento de su petición. (b) La demanda debe formularse de modo voluntario, reflexivo, reiterado y sin presiones externas. (c) El paciente ha de tener una situación médica irreversible y un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable que no puede controlarse. (d) El médico responsable debe informar al paciente y solicitar una segunda consulta médica por parte de un especialista de la enfermedad concernida. (e) Debe transcurrir al menos un mes entre la demanda de eutanasia y su realización para asegurar una voluntad reflexiva y reiterada por parte del paciente. El Tribunal observa que esto es «especialmente importante» en el marco de la petición de eutanasia por un paciente con sufrimiento psíquico (párrafo 151).

A partir de este examen, el Tribunal concluye que el marco legislativo belga es válido conforme al sistema del Convenio de Roma, esto es, se halla dentro de los márgenes o límites impuestos por el art. 2 del Convenio.

B) La adecuación al marco normativo estatal de la realización de la eutanasia en el caso concreto. La Sentencia sostiene que este control del caso concreto corresponde sobre todo a las autoridades judiciales nacionales, pero el Tribunal europeo se reserva el derecho de examinar el respeto por parte del Estado las obligaciones positivas que derivan del art. 2 del Convenio. En el caso de la señora G.T., el Tribunal observa que el psiquiatra ha consultado a otros colegas y que todos ellos han verificado la lucidez de la paciente, el carácter voluntario, reflexivo y reiterado de su petición de eutanasia, la ausencia de presión por parte de terceros y el sufrimiento insoportable y sin esperanza de remisión.

La Sentencia examina, en particular, dos hechos discutibles alegados por el demandante, el señor Mortier. El primero es la donación de 2.500 euros de la señora G.T. a la asociación de ayuda a morir de la que era presidente el psiquiatra que le practicó la eutanasia. El Tribunal juzga que esa suma de dinero es escasa para demostrar un conflicto de intereses. El segundo es que todos los

psiquiatras que trataron a la señora G.T. pertenecían a la misma asociación mencionada. En la Sentencia se considera que muchos médicos pertenecen a esa asociación por lo que formar parte de ella, por sí mismo y sin otros elementos, no demuestra falta de independencia de los psiquiatras en relación con la paciente. En consecuencia, el Tribunal concluye que tampoco por este lado ha habido lesión alguna del derecho de protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio.

C) El control *a posteriori* de la eutanasia. El Tribunal enfatiza la relevancia de este tipo de control, enlazando esta exigencia con su bien conocida doctrina sobre la necesidad de sistemas judiciales efectivos e independientes y de investigaciones oficiales efectivas cuando se vean afectados derechos como la vida (art. 2 CR) o la integridad personal (art. 3 CR). Con cita de la doctrina de la Sentencia Nicolae Virgiliu Tanase v. Rumanía (2019) —aunque esta se refería a un caso de integridad física más que de protección de la vida—, el Tribunal recuerda que la «investigación oficial efectiva» antes mencionada ha de ser adecuada, profunda, pronta (esto es, iniciada con rapidez y no sujeta a dilaciones), independiente y efectiva. Una investigación así, afirma el Tribunal, «es vital para asegurar la confianza ciudadana en el Estado de Derecho» (párrafo 184).

Pues bien, examinando si en el caso de la señora G.T. hubo una investigación oficial efectiva de las circunstancias de su muerte, el Tribunal observa que hubo dos controles, uno de carácter administrativo, el de la Comisión de verificación belga para casos de eutanasia⁵, y otro de naturaleza penal. Es en este punto donde el Tribunal aprecia lesión por partida doble del derecho a la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio. Por un lado, en el control por parte de la Comisión, control que, según la Sentencia, «debe ser riguroso» (párrafo 171) y que, sin embargo, no lo fue porque el psiquiatra que practicó la eutanasia era, al mismo tiempo, co-presidente de la Comisión que la valoró *a posteriori*, sin que se abstuviera o alguien le recusara. Por otro lado, en el control judicial penal porque las investigaciones penales se dilataron en el tiempo y, por tanto, no hubo prontitud en la investigación oficial de los hechos.

Todo esto por lo que se refiere a la valoración de la eutanasia practicada a la señora G.T. desde el parámetro interpretativo del art. 2 del Convenio. Pero el demandante, el señor Mertier, también alegó lesión del respeto a la vida familiar del art. 8 CR porque la eutanasia fue practicada sin dar oportunidad a que los hijos participaran o, al menos, fueran informados previamente de tal eutanasia. El Estado belga no habría protegido la vida de su madre desde la perspectiva de la ausencia de contacto con la familia. El Tribunal no aprecia este argumento. La

⁵ Es la Comisión federal de control y evaluación de la eutanasia, compuesta por 16 miembros (8 profesionales de la medicina, 4 profesionales del Derecho y 4 expertos en enfermedades incurables) elegidos por la Cámara de representantes para un mandato de cuatro años. Todas las eutanasias practicadas deben ser informadas por el médico responsable a la Comisión en el plazo máximo de cuatro días tras su realización, para que la Comisión valore su adecuación al marco legal.

ley belga obliga a los médicos a dialogar con el paciente y a tener en cuenta su voluntad, pero no la de sus familiares. Si el paciente no quiere contar con sus familiares, como sucedió en el caso (en el que los médicos que intervinieron incluso sugirieron a la señora G.T que contactara con su familia, sin éxito), los médicos no pueden entrar en relación con los familiares. En conclusión, los médicos obraron razonablemente en este punto.

Hasta aquí la Sentencia. Le acompañan dos votos particulares discrepantes, uno más breve del Juez Serghides, que considera que cualquier ordenamiento estatal que despenalice la eutanasia es contrario a la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio de Roma porque carece de fundamento normativo en dicho Convenio (que no establece la eutanasia como límite del derecho al respeto de la vida; para ello haría falta un nuevo protocolo adicional), y otro mucho más complejo y preciso de la Juez española, María Elósegui. La opinión de Elósegui es particularmente interesante. Ella comparte la tesis de la mayoría del Tribunal en la apreciación de la lesión del art. 2 CR, pero va mucho más allá, tanto en la valoración de las circunstancias del caso⁶, como, en general, en su tesis de que es el propio sistema belga de control *a posteriori* en su conjunto el que no cumple con el respeto a las garantías que se derivan del art. 2 CR. De hecho, no deja de resultar revelador, como ella misma explica, que, de las cerca de doce mil eutanasias evaluadas por la Comisión belga, tan sólo en un par de casos se hayan suscitado dudas ante los tribunales sobre su validez⁷.

En cualquier caso, la Sentencia Mortier obliga a Bélgica a modificar su sistema legal de despenalización de la eutanasia para reforzar las garantías⁸. La propia Comisión Federal de control y evaluación de la eutanasia, en la nota de prensa de 14 de octubre de 2022, reaccionando a la Sentencia, anuncia su deseo, que deberá cumplir en su caso el legislador modificando el art. 8.4 de la Ley vigente, de que se suprima el anonimato de los médicos que participan en los procesos de ayuda a morir para evitar todo conflicto de intereses.

6 Pone en duda, por ejemplo, la independencia real de los psiquiatras que participaron dada su pertenencia a la misma asociación —tras la negativa, por cierto, de los médicos habituales de la señora G.T. a practicarle la eutanasia; o incluso la propia autonomía de la paciente para decidir su eutanasia— por las dudas que genera la reversibilidad o no de una depresión y por la exclusión de su familia, que, sin duda, potenció el aislamiento social de la señora G.T. y fragilizó su posición ante el psiquiatra principal, así como por, en general, la falta de transparencia de todo el proceso y diversas irregularidades procedimentales y respecto del documento del consentimiento informado.

7 No es infrecuente la crítica de este hecho en la propia literatura belga. Por ejemplo: Verhofstadt, Van Asscheb, Steckx, Audenaert y Chambaere (2029: 1 ss.) y también: De Hert, Loos, Steckx, Thys y Van Assche (2022: 1 ss.) Estos últimos autores, analizando uno de los dos casos que han terminado en los tribunales, consideran que fracasaron los tres niveles de control de la eutanasia en Bélgica: el autocontrol que debe presidir la actuación del médico responsable, el control por pares de los médicos especialistas consultados y el control por parte de la Comisión federal correspondiente. Sin embargo, los médicos implicados en el caso (se les acusó de «homicidio por envenenamiento» por la eutanasia de una mujer joven con trastorno límite de la personalidad) fueron absueltos finalmente en sede penal (sigue pendiente el fallo en la jurisdicción civil).

8 En este sentido, v. De Hert, Loos y Van Assche (2022).

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

La Sentencia presenta, a mi juicio, diversos elementos interesantes y, sin duda, está llamada a ser invocada en casos semejantes futuros. Por supuesto, también ofrece puntos vulnerables a la crítica, unos más generales, relativos a la cuestión de la validez, conforme al sistema del Consejo de Europa de protección de los derechos, de la eutanasia y otros más concretos, ligados a la solución del caso Mortier.

Por empezar por estos últimos, comparto el fallo del Tribunal sobre la incompatibilidad del deficiente control realizado con el art. 2 del Convenio, pero también las dudas expresadas en el voto discrepante de la Juez Elósegui sobre la independencia de los psiquiatras que examinaron a la señora G.T. La carencia de contacto familiar de la paciente debilitó, en efecto, aún más si cabe su posición frente a ese equipo médico. La Ley belga exige, en los casos de eutanasia por sufrimiento psíquico, una garantía reforzada: la participación de tres médicos, al menos dos de ellos psiquiatras. Pues bien, los psiquiatras que intervinieron en la eutanasia de la señora G.T. (ninguno de ellos era su psiquiatra habitual) pertenecían a la misma asociación *Levens Einde Information Forum* (Foro de Información sobre el Final de la Vida) de ayuda a morir, de la que el psiquiatra responsable no sólo era presidente, sino el mismo fundador. Y, al mismo tiempo, co-presidía la Comisión federal de control. El conflicto de intereses es tan evidente que llega a ser obscuro. Además, ese ingreso de 2.500 euros a la asociación citada refuerza en mi opinión, a diferencia de lo que sostiene la Sentencia, la sospecha de dicho conflicto. Esa cantidad en un caso concreto no parece demasiado elevada, pero si se conocieran y sumaran todos los asuntos por los que se reciben «donativos voluntarios», podríamos encontrarnos con una trama de financiación de la asociación escasamente compatible con su carácter filantrópico. La sospecha sobre el carácter lucrativo de la asociación de ayuda a morir y la falta de imparcialidad de los psiquiatras participantes no ayudan precisamente a demostrar la verdadera autonomía de la paciente en su toma de decisión. Y todo ello en un contexto como el belga en el que, hablando con realismo, se carece de cualquier sistema efectivo de control de las eutanasias practicadas, como demuestran los datos. A la mayoría del Tribunal le satisfizo identificar la violación del Convenio por las groseras deficiencias en el caso del control administrativo y judicial posterior y no quiso ir más allá, como sí sugería la Juez Elósegui, examinando la adecuación a la Convención de todo el sistema de control belga de la eutanasia. El Tribunal no ha querido meterse en jardines, pero podría haberlo hecho.

Con todo, cabe formular algunos puntos vulnerables en la lógica argumentativa de la Sentencia de mayor calado. Destacaré dos contradicciones fundamentales.

La primera es de carácter general. La Sentencia expresa en diversos momentos que no corresponde al Tribunal europeo una suerte de control de constitucionalidad abstracto de la legislación de los Estados (como si fuera un Tribunal Constitucional europeo de los derechos), sino, más bien, el enjuiciamiento de la adecuación al Convenio de Roma de los concretos conflictos planteados, pero, en realidad, es evidente

que el Tribunal de Estrasburgo crea, en sentencias como esta, el parámetro interpretativo en el que deben desenvolverse los legisladores y los jueces nacionales. Parece claro, en este contexto, que la Sentencia Mortier está sentando las bases del estándar europeo para el reconocimiento de la validez de la despenalización de la eutanasia bajo ciertas garantías y condiciones. De modo que, por supuesto y con una mirada realista, el Tribunal europeo crea un marco de convencionalidad europea que deberá ser respetado escrupulosamente a partir de ahora por las legislaciones y los jueces estatales. Y de ahí también que, a pesar de las (políticamente correctas, pero falsas) declaraciones de modestia competencial formuladas por el Tribunal, el caso Mortier (como tantos otros) desborda ampliamente al caso Mortier.

La segunda contradicción observable se refiere específicamente a la Sentencia. Desde mi punto de vista, introduce una quiebra interpretativa insalvable entre su formulación inicial de la eutanasia (condicionada, eso sí) como una facultad del derecho a la privacidad del art. 8 del Convenio y la aplicación de esta doctrina al caso, donde se trata a la eutanasia, exclusivamente, como un límite del derecho al respeto de la vida del art. 2 del Convenio. En la parte final de la Sentencia se cita en estrados al art. 8 CR, pero en relación no con la eutanasia sino con la participación de la familia en la toma de decisión de poner fin a la vida de uno de sus miembros. No se aborda en esta segunda parte de la Sentencia el derecho a tomar decisiones en el final de la vida como facultad que se encuentra en la penumbra del derecho a la privacidad del art. 8 CR.

En realidad, pues, en la Sentencia Mortier hay dos sentencias. Que, por otra parte, se hallan en tensión dialéctica. Encontramos la Sentencia donde se dice que en el Convenio de Roma no existe un derecho a ser ayudado a morir; no se deriva de él, por tanto, un derecho a la eutanasia (ya sea como derecho autónomo o como «simple» despenalización⁹). Y, por consiguiente, cualquier ordenamiento nacional que despenalice la eutanasia, como el belga en el caso, puede ser objeto de control de convencionalidad por parte del Tribunal europeo desde la exclusiva óptica de considerar a la eutanasia como un límite del derecho de protección de la vida del art. 2 CR. Y, como todo límite, aunque no lo diga expresamente la Sentencia, de interpretación restrictiva. Esto explica la segunda parte de la decisión, la (supuesta) aplicación de la doctrina general al caso concreto.

9 De hecho, en la Sentencia Lings v. Dinamarca (12 de abril de 2022) expresamente se afirma que (párrafo 52) no hay apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para concluir que haya un derecho al suicidio asistido bajo el Convenio de Roma. Este caso se refiere a un médico jubilado danés, miembro de una asociación en favor de la eutanasia, que es condenado penalmente, aunque de modo leve (60 días de cárcel, pena que se suspendió), por dos motivos: primero, porque publica en internet una guía para el público en general sobre cómo suicidarse (qué medicamentos tomar, con qué dosis, etc.) y segundo porque ayudó a morir a un enfermo terminal. En Dinamarca, el suicidio asistido es un delito. El señor Lings alegó que se habría lesionado su libertad de expresión (art. 10 Convenio Roma), pero el Tribunal de Estrasburgo le ampara respecto de la Guía, pero no de la ayuda concreta para morir que prestó, considerando que Dinamarca tiene un amplio margen de apreciación para abordar este tipo de conductas, que no hay consenso en Europa sobre el asunto y que la condena fue leve.

Ciertamente, desde esta perspectiva, no le falta razón al Juez Serghides cuando observa la carencia de fundamento normativo, expreso o tácito, en el Convenio de Roma para aceptar la eutanasia como límite del derecho a la vida del art. 2 CR. O cuando observa, con sagacidad, que, en este contexto, las garantías con que se pretende embridar la práctica de la eutanasia para hacerla compatible con el art. 2 CR no lo son, en realidad, porque garantías del derecho a la vida son aquellas que evitan la muerte y no las que la facilitan.

Pero en la Sentencia Mortier encontramos también, en la primera parte, la de los (supuestos) fundamentos para resolver el caso, la tesis donde se sostiene con rotundidad que «impedir a una persona poner fin a su vida indigna y penosa (en contexto eutanásico) es una lesión de su derecho de respeto a la vida privada del art. 8 CR» (párrafo 135). O que «la despenalización de la eutanasia permite a una persona libre elegir evitar lo que es a sus ojos un final de la vida indigno y penoso» (párrafo 137), conectando la eutanasia, en estos casos, nada menos que con la libertad y la dignidad, que «son la esencia misma del Convenio de Roma» (párrafo 137). Con esta doctrina en la mano, cabe preguntarse: después de Mortier, ¿es conforme al art. 8 del Convenio de Roma cualquier sistema nacional europeo que *no* despenalice la eutanasia (aunque sea de forma condicionada)? Si la eutanasia *condicionada* es una facultad que se halla en la penumbra del derecho de privacidad del art. 8 CR, entonces, necesariamente, es un derecho deducible del Convenio de Roma, en contra de lo sostenido expresamente por la Sentencia. Entonces, la eutanasia no puede ser enfocada, jurídicamente, sólo como límite del derecho a la protección de la vida, sino más bien, como un derecho implícito (del derecho de privacidad), un derecho no escrito, que debe ponderarse en cada caso concreto con el derecho de protección de la vida. Con lo que ello supone respecto de la elección de los estándares interpretativos judiciales: no es lo mismo un caso de límites de un derecho fundamental que otro de ponderación entre derechos¹⁰. Entonces, finalmente, la lógica del voto discrepante del Juez Serghides decae por completo porque el fundamento normativo del «nuevo» derecho a la despenalización de la eutanasia no se hallaría en el art. 2 del Convenio, sino en el art. 8 del Convenio. Precepto que, por supuesto, convenientemente nuestro Juez se cuida mucho de utilizar e incluso de citar.

En definitiva, la Sentencia incurre en cierta esquizofrenia argumentativa que, aunque no le impide resolver el caso razonablemente (con las limitaciones antes expuestas), arroja numerosas zonas de incertidumbre sobre la aplicación posterior de su doctrina.

Antes del caso Mortier, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se mostraba deliberadamente ambigua. Por un lado, recitaba (lo hace incluso en Mortier) la doctrina de que del derecho al respeto de la vida del art. 2 CR no se deduce el derecho a disponer de ella; de que no hay consenso europeo y, por tanto,

10 En un sentido semejante: G. Arruego (2021: 102).

invariablemente invocaba el amplio margen de apreciación estatal y la lógica disparidad de regímenes sobre la eutanasia en Europa; del inexcusable deber de protección de la vida, sobre todo de las personas vulnerables. Esta es la que yo llamaría «ladera (exegética) *pro-life*». Por otro lado, ya iba identificando un nuevo derecho convencional implícito en la penumbra del derecho de privacidad, el derecho de cada persona a tomar decisiones en y sobre el final de su vida. Esta es la «ladera *pro-choice*». Tal ambivalencia calculada permitía a la literatura que sigue las decisiones del Tribunal europeo elegir a voluntad el enfoque interpretativo más simpático con las propias opiniones.

Me parecía, sin embargo, que ya en ese momento, antes de Mortier, la tesis del derecho de autodeterminación era la prevalente, sólo que las circunstancias de los casos Haas v. Suiza (2011) y de Gross v. Suiza (2013) no permitieron al Tribunal europeo ir más allá porque se trataba de peticiones de ayuda a morir de personas que no estaban en contexto eutanásico sino que se hallaban simplemente «cansadas de vivir».

En todo caso, esa supuesta neutralidad del Tribunal europeo sobre la validez de la penalización de la eutanasia y al mismo tiempo también de su despenalización ha saltado definitivamente por los aires con la Sentencia Mortier. No es posible sostener, al mismo tiempo, la falta de consenso europeo¹¹ y acuñar un nuevo derecho convencional. La doctrina Mortier, que es consistente con la jurisprudencia anterior, no ofrece dudas en lo esencial: la despenalización de la eutanasia en cualquier país europeo firmante de la Convención no sólo es plenamente conforme con esta (aunque bajo ciertas condiciones) sino que, incluso y al revés, un sistema estatal que penalice de manera absoluta la eutanasia o someta su ejercicio a condiciones excesivamente restrictivas, podría lesionar el art. 8 CR. En Mortier, el Tribunal de Estrasburgo valida jurídicamente la eutanasia (bajo ciertas garantías, que también se establecen). Es, eso sí, un reconocimiento timorato y vergonzante: define en la primera parte de la Sentencia claramente, pero de modo implícito, a la eutanasia como un derecho ligado a la libertad y la dignidad y, por tanto, lo cuelga del precepto utilizado por el sistema del Convenio de Roma para crear «nuevos» derechos, que es el derecho de privacidad del art. 8 CR, y, a la vez, declara, de forma tan solemne como contradictoria con lo anterior, que no es un derecho.

V. EL PARÁMETRO EUROPEO DE INTERPRETACIÓN DE LA EUTANASIA TRAS EL CASO MORTIER

Más allá de las peculiaridades del caso e incluso del sistema belga de despenalización de la eutanasia, la Sentencia Mortier permite identificar el marco

11 Un análisis interesante de los modelos comparados puede consultarse en Cámara (2021: 399 ss.)

exegético futuro del Tribunal europeo sobre este tema. Cabe sintetizar dicho marco o parámetro en los siguientes argumentos:

- 1) Como se ha indicado, el principal es que la eutanasia, bajo ciertas condiciones, se reconoce como un nuevo derecho (o, mejor, un derecho «implícito» deducible de un derecho expreso, el de privacidad —art. 8 CR—). Más aún: ahora la cuestión clave no es ya si la eutanasia es conforme al sistema de Estrasburgo, sino todo lo contrario, es decir, si los países que aún la prohíben (que siguen siendo la mayoría) no estarán lesionando el derecho a la autodeterminación de la propia vida que se encuentra implícitamente en la penumbra del derecho de privacidad del art. 8 CR¹².
- 2) Este «nuevo» derecho de autodeterminación de la propia vida exclusivamente se reconoce en un contexto eutanásico¹³ y no en general. En otras palabras: el Tribunal no reconoce el derecho al suicidio. Este es, creo, el sentido cabal en el que se puede (y debe) seguir afirmando la doctrina *Pretty*: «no es posible deducir del art. 2 CR un derecho a morir» (párrafo 138). Ciertamente, el Tribunal no es todavía demasiado claro en este punto, entre otras cosas porque una cosa es que el art. 2 CR no tenga una dimensión «negativa» (de libre disposición) y otra que no pudiera deducirse del derecho a la privacidad del art. 8 CR un derecho a poner fin a la propia vida en algunas condiciones incluso más allá del contexto eutanásico. A mi juicio, el Tribunal debería clarificar su doctrina (ahora mismo, algo oscura y contradictoria por la carencia de una interpretación sistemática del Convenio que abarque el art. 2, pero también el 8 conjuntamente) en estos términos: en general, poner fin a la propia vida no es un derecho deducible en ningún caso del derecho al respeto de la vida del art. 2 CR; al revés, es siempre un límite de este derecho; pero del art. 8 CR se desprende un derecho de autodeterminación de la propia vida que exclusivamente juega en contexto eutanásico y no en general; en consecuencia, en contexto eutanásico, hay que ponderar (primero el legislador y después los jueces, los nacionales y los europeos, en su caso) ambos derechos.
- 3) El derecho de autodeterminación de la propia vida, a pesar de su nombre, no es, pues, general (no es un derecho general al suicidio y/o la ayuda al suicidio), sino que sólo se puede ejercer en contexto eutanásico. Esto supone que, en realidad, no es un derecho a decidir vivir o morir, sino, mucho más limitadamente, a decidir *cómo* y *cuándo* morir en un contexto

12 Recordemos el párrafo 135 de la Sentencia: «impedir a una persona poner fin a una vida indigna y penosa es un atentado a su derecho de respeto a la vida privada».

13 El Tribunal le funda en la creciente sofisticación de la tecnología médica y en el aumento de la esperanza de vida, esto es, en evitar que las personas (sobre todo, las mayores) se vean reducidas a víctimas de una suerte de «medicina de aparatos» y de tratamientos fútiles (párrafo 136). No obstante, cabe observar que ninguna de estas dos razones (que se hallan bastante relacionadas entre sí) concurrían en el caso de la señora G.T.

- en el que la persona está ya próxima a la muerte o sufre unas condiciones («indignas y penosas») de vida que se le antojan peores que su muerte.
- 4) Se trata, por tanto, de un derecho *especial*, ligado a las personas con cierto tipo de enfermedades, y se trata de un derecho limitado o condicionado para evitar un rumbo de colisión con el deber estatal de protección de la vida, sobre todo de los más vulnerables (entre ellos, los enfermos terminales o con graves padecimientos). En la Sentencia Mortier se trazan con nitidez algunas de estas condiciones del nuevo derecho.
- Una implícita, pero evidente, es que la eventual despenalización de la eutanasia por parte de un Estado europeo sólo podrá hacerse por Ley. Esto es lógico al tratarse de un asunto penal, por supuesto, pero también ha de ser de este modo porque, aunque no se diga expresamente, es el desarrollo de un derecho fundamental ligado a la libertad y a la dignidad.
 - El Tribunal valida (sobre todo, en los párrafos 149 ss.) la conformidad con el art. 2 CR de algunas condiciones de la legislación belga que, de esta forma y sin perjuicio de que pudieran preverse otras, pasan a convertirse en condiciones incontrovertibles de una eventual despenalización de la eutanasia en otros Estados: (a) El paciente debe estar consciente en el momento de su petición. Obsérvese que se dice en el momento en el que lo pide, no necesariamente en el posterior en el que se practica. (b) La petición ha de formularse de modo voluntario, reflexivo, reiterado y sin presiones exteriores. Así pues, la eutanasia exige plena libertad, capacidad y consentimiento de quien pide la ayuda a morir. En la Sentencia no aparece en ningún momento la compleja cuestión de la edad mínima para solicitarla, pero el criterio sentado en Mortier, favorable a la exigencia de cierta madurez de juicio de quien solicita la eutanasia, arrojará luz para decidir posibles conflictos. (c) El paciente ha de tener una enfermedad sin mejoría y un sufrimiento físico o psíquico constante, insoportable e incontrolable. En mi opinión, claramente puede incluirse en este contexto tanto las situaciones de enfermedad terminal cuanto de graves enfermedades muy graves y crónicas (como fue el caso, precisamente, de la señora G.T.); es decir, no se limita la validez de la eutanasia sólo a enfermedades terminales. (d) Han de intervenir en el procedimiento al menos dos médicos, uno de ellos especialista en la patología de que se trate. (e) Ha de transcurrir un cierto lapso de tiempo entre la solicitud de la eutanasia y su práctica para asegurar la voluntad reflexiva y reiterada del paciente. Esto es especialmente relevante en el marco de las enfermedades psicológicas.
- 5) Una de las principales condiciones a las que se debe someter toda despenalización de la eutanasia es la de los mecanismos de su control (tanto administrativo como judicial penal). Como hemos visto, el Tribunal aprecia lesión del derecho al respeto de la vida de la señora G.T.

precisamente en ese punto crucial. Que vierta las exigencias que ha ido acuñando en su jurisprudencia sobre la necesidad de «una investigación oficial efectiva» cuando se impugna la muerte de una persona, esto es, la doctrina de la dimensión procedimental del derecho al respeto de la vida del art. 2 CR, a los casos de eutanasia supone, en realidad, un endurecimiento del estándar judicial de control. Se crea aquí un escenario de escrutinio judicial estricto. A pesar de ello, el Tribunal se enfrenta en *Mortier* a un sistema estatal, el belga, que, a imitación del holandés, carece de control previo de la eutanasia (a diferencia del español, que sí cuenta con él). El control en Bélgica es sólo posterior y, además, los datos demuestran que es totalmente nugatorio (algo alegado por la Juez Elósegui pero absolutamente ignorado por la mayoría). Pues bien, el Tribunal europeo no exige la existencia de un control previo de la eutanasia (para asegurar el cabal cumplimiento de las condiciones o garantías legales previstas), aunque se puede deducir que lo considera un sistema mejor cuando afirma que al no existir control previo, el examen judicial habrá de ser más estricto¹⁴. El Tribunal europeo ha perdido, a mi juicio, la oportunidad de exigir un control previo de la eutanasia (quizá porque ello hubiera incomodado en extremo a Holanda, Bélgica y Luxemburgo al forzarles a modificar su sistema legal), sobre todo a la vista del control tan desdentado de las eutanasias ya practicadas que existe en dichos países.

- 6) El caso *Mortier* planteaba una cuestión crítica en extremo: la señora G.T. no era una enferma terminal, ni sufría una grave, crónica e invalidante enfermedad física, sino que padecía una de tipo psicológico o mental: una profunda y larga depresión. Se trataba, pues, de un caso difícil. El Tribunal europeo exige para estos casos ciertas «garantías reforzadas» en torno al proceso de toma de decisión de la eutanasia (párrafo 148) y da por buena tanto la regulación legal belga en este punto, que requiere la participación de tres médicos, dos de ellos, al menos, psiquiatras, en vez de sólo dos médicos, cuanto el procedimiento de eutanasia de la señora G.T. porque los tres psiquiatras verificaron su capacidad y consentimiento, así como la ausencia de presión por parte de terceros.

Este es un aspecto de la Sentencia altamente cuestionable. A mi juicio, el Tribunal tendría que haber precisado con mayor rigor las condiciones en que una eutanasia por enfermedad psicológica pueda ser considerada válida. De nuevo, me parece contradictorio invocar la necesidad de «garantías reforzadas» para estos casos pero, en el momento de la aplicación de uno de ellos, considerar que es

¹⁴ «En ausencia del control (previo), el Tribunal europeo de derechos humanos estará especialmente atento a las garantías materiales y procedimentales» de la legislación belga despenalizadora de la eutanasia (párrafo 145).

suficiente con amontonar informes de varios psiquiatras (que, curiosamente, están en la misma asociación que dirige el psiquiatra responsable). La Juez Elósegui en su voto parcialmente discrepante también llama la atención sobre este asunto. No es el lugar para profundizar en este asunto, pero al menos sí hay que dejar apuntado que es altamente problemático reconocer la validez de la eutanasia en los supuestos en que la enfermedad es exclusiva o principalmente de carácter psicológico¹⁵. En cualquier caso, el Tribunal europeo ha reconocido su licitud, aunque sujeta a la existencia de garantías legales reforzadas¹⁶.

VI. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA MORTIER AL PENDIENTE EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA

Naturalmente, la doctrina de la Sentencia Mortier permite adelantar, en gran medida, el sentido de la argumentación y fallo del Tribunal Constitucional cuando resuelva en su momento el recurso de inconstitucionalidad presentado por 88 Diputados del Grupo Parlamentario Popular el 24 de junio de 2021 contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, LORE). No es objeto principal de este breve artículo analizar a fondo los posibles motivos de inconstitucionalidad de la norma citada, pero la reflexión resultaría incompleta si no se identificaran, a grandes trazos al menos, algunos de los argumentos del asunto Mortier que, sin duda, habrán de ser tenidos en cuenta por la Sentencia futura de nuestro Tribunal Constitucional.

El recurso de inconstitucionalidad impugna la LORE por razones formales (llega a hablar, en este sentido, de «fraude» procedimental al utilizar la vía de las proposiciones de ley y no de los proyectos para hurtar la opinión del Consejo de

15 Ya antes del caso Mortier había en Bélgica un movimiento que pedía la revisión del sistema. Por ejemplo, Verhofstadt, Van Asscheb, Steckx, Audenaert y Chambaere (2019: 1 ss.) llamaban la atención sobre el incremento de casos de eutanasia por sufrimiento psíquico (en torno al 2% —en 2021, según el Informe anual de la Comisión Federal de control y evaluación de la eutanasia de 2022, fue el 1,9% de 2.700 casos: algo más de 50), sobre «un enfoque potencialmente demasiado permisivo» (citando peyorativamente la evaluación «subóptima» de este tipo de casos en Holanda) y sobre la correlativa necesidad de reforzar las garantías del procedimiento frente a posibles abusos. Entre otras sugerencias, además de instaurar un procedimiento de control a priori, abogaban por una política de toma de decisiones que también incluyera a los familiares, algo que no se hizo en el asunto Mortier.

16 Los autores citados en la nota anterior (2019: 1 ss.) identifican hasta cuatro factores que dificultan el cumplimiento de los requisitos legales de la eutanasia en caso de enfermedades exclusiva o principalmente psicológicas: 1) La competencia mental del paciente, ya que puede verse afectada por el trastorno psíquico 2) El hecho de que los trastornos psíquicos tiendan a cambiar con el tiempo, lo que colisiona con la exigencia de que la enfermedad sea incurable 3) La evaluación de la solicitud de la ayuda a morir porque el deseo de morir puede ser síntoma de un trastorno mental 4) El carácter constante e insoportable del sufrimiento psíquico, porque aún faltan definiciones claras e instrumentos de evaluación eficaces. Por todo ello, concluyen que hay que «extremar el cuidado» antes de conceder una eutanasia por sufrimiento psicológico o a un paciente psiquiátrico.

Estado, del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo Fiscal y del Comité Nacional de Bioética, así como los informes de las sociedades médicas, los colegios de las profesiones sanitarias, etc.) y también, obviamente, por motivos de fondo. Entre ellos, sobre todo cuatro: la nueva prestación de ayuda a morir lesiona el derecho a la vida (art. 2 CR y equivalente art. 15 CE); también menoscaba la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) porque no reconoce el derecho de objeción de conciencia a personas jurídicas como son los centros sanitarios de titularidad católica y porque la creación del Registro de objetores sanitarios que ordena la Ley sería competencia autonómica y no estatal; la LORE incurre en una discriminación a las personas con discapacidad (art. 14 CE), sobre todo en el procedimiento de eutanasia a las personas con incapacidad de hecho que hayan formulado instrucciones previas o testamento vital con anterioridad; y, por último, también sería inconstitucional el proceso «preferente y sumario» de protección de derechos fundamentales (art. 53.2 CE) que se extiende a los actos denegatorios de la eutanasia, como si esta fuera un derecho constitucional o fundamental y no un derecho de configuración legislativa. El recurso califica la nueva prestación de ayuda a morir como de «pseudo-derecho» (fundamental).

Desde mi punto de vista, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la mano, tiene escasas probabilidades de prosperar el argumento procedimental, por más que, en efecto, la utilización de la vía de las proposiciones parlamentarias de ley y no de los proyectos de ley haya sido sistemática durante toda la legislatura y tiene un claro sentido político de acelerar trámites parlamentarios y de evitar informes de instituciones probablemente negativos o muy críticos sobre leyes relevantes e ideológicamente inflamables en un contexto, además, de mayoría parlamentaria fragmentaria y difícil (aunque bastante estable a pesar de todo). Si a ello se suma el abusivo empleo de los Decretos-leyes, el resultado es una preocupante fragilización del Parlamento y el correlativo abuso de poderes en manos del Gobierno. En definitiva, una cierta erosión del Estado de Derecho. Pero esto es un argumento más de política constitucional que de estricta técnica jurídica y no es suficiente, creo, para declarar una eventual inconstitucionalidad por razones formales. Ni siquiera intentando la invocación de las reglas europeas sobre el Estado de Derecho, como hacen los recurrentes (al rebufo de lo que ha ocurrido con Polonia o Hungría respecto de sus relaciones con la Unión Europea). A lo sumo, para un tirón de orejas simbólico¹⁷ al legislador por parte del Tribunal Constitucional, pero jurídicamente inútil.

Tampoco la mayoría de los argumentos materiales aducidos acreditan, a mi juicio, mejores perspectivas de éxito. Desde luego, ninguna la tesis de la ilícita extensión del amparo ordinario de los derechos fundamentales a la nueva prestación

17 Claramente merecido, además, por incumplir alegremente el art. 561.1.6ª y 8ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial que ordena la previa información del Consejo General del Poder Judicial de las leyes que desarrollen derechos fundamentales y las de naturaleza penal, como es la LORE, que también reforma el Código Penal.

de ayuda a morir y no sólo porque es discutible que exista una reserva constitucional en ese punto que la libertad de configuración legislativa no pueda desbordar, sino también porque la ayuda a morir tiene estatura constitucional. La Sentencia Mortier ha catalogado la eutanasia de la señora G.T. como un ejercicio del derecho de autodeterminación corporal en relación con el final de la propia vida, como un derecho implícito en el contenido del derecho a la privacidad del art. 8 CR, que es, además, el desarrollo de la libertad y dignidad personales. Si eso no le convierte en derecho fundamental, cabe preguntarse qué otra cosa podría hacerlo.

Respecto de la libertad ideológica y religiosa, no me parece demasiado sólido el argumento competencial, pero sí puede dar algo de juego el de la objeción de conciencia *institucional* de las personas jurídicas de tendencia si el Tribunal se atreviera a corregir su propia jurisprudencia.

La posible discriminación por discapacidad no está, a mi juicio, formulada con demasiada precisión. Por un lado, porque el contexto eutanásico se refiere, sobre todo, a situaciones de enfermedad y no de discapacidad. Es verdad que las enfermedades crónicas y graves pueden asimilarse, bajo ciertas condiciones, a discapacidades en orden a su eventual protección frente a las discriminaciones, pero, en cualquier caso, esto es algo que debería haberse matizado en el recurso. Por otro lado, la invocación a la discriminación por discapacidad se remite, fundamentalmente, al procedimiento de eutanasia en el supuesto de la «incapacidad de hecho» prevista por la Ley. Sobre este asunto, que sí es crítico, pero que no guarda una evidente relación con la discriminación constitucional por discapacidad, volveré más adelante.

El argumento que, a los efectos de este estudio, interesa sobre todo retener es el relativo a la posible lesión del deber estatal de protección de la vida. El recurso realiza, en este punto, una impugnación global de la LORE porque considera que la despenalización de la eutanasia lesiona el art. 15 CE y también el art. 2 del Convenio de Roma, pero al mismo tiempo, cuestiona la regulación legal por razones específicas atinentes a la insuficiencia de las garantías que, incluso de aceptarse la despenalización de la eutanasia en general, deberían ser, no obstante, tenidas en cuenta necesariamente. En cuanto al rechazo frontal y global de la LORE por su incompatibilidad con el Convenio de Roma y con nuestra Constitución, poco, me parece, hay que decir porque la Sentencia Mortier ya ha resuelto inequívocamente esa cuestión. Hay que hacer observar que el recurso de inconstitucionalidad se presentó antes de dicha Sentencia. El recurso reitera lo que en este trabajo se ha llamado la «ladera *pro-life*» de la tradicional interpretación del Tribunal europeo. Pero el hecho es que el Tribunal de Estrasburgo ha validado la conformidad del sistema legal belga de despenalización de la eutanasia, en general, con el orden europeo de protección del Consejo de Europa. El punto crítico se sitúa en la suficiencia o insuficiencia de las garantías legales del procedimiento respecto de la protección de la vida. El demonio está en los detalles.

El recurso de inconstitucionalidad identifica más de diez aspectos legales inválidos. Algunos de ellos ofrecen, de nuevo, reproche de política legislativa más

que criterios jurídicos para decidir una nulidad legal. Así ocurre, en mi opinión, con la carencia de una Ley de cuidados paliativos para evitar presiones externas¹⁸; con el complejo sistema de comisiones de evaluación y control y la dificultad para unificar criterios¹⁹; con la inexistencia de una regulación estatal que clarifique y unifique hasta cierto punto el régimen de los documentos de instrucciones previas o testamento vital, que se ha convertido en crucial respecto de las incapacidades de hecho²⁰; con la inconcreción de las evaluaciones de la aplicación de la Ley; con la transformación de los roles tradicionales de las profesiones sanitarias; o con la omisión de garantías para asegurar el consentimiento frente a posibles presiones externas²¹. Podría, sin embargo, resultar contrario al sistema de Estrasburgo, tras la Sentencia Mortier, que el procedimiento en España tenga un carácter tan reservado que, como ocurrió en el caso belga, no se permita asegurar los eventuales conflictos de intereses de los sanitarios que participan²².

Tampoco me parece probable que el Tribunal estime la inseguridad jurídica alegada por los recurrentes respecto de la definición del contexto que permite realizar la prestación de ayuda a morir; he hecho, la regulación española es una de las más completas y precisas del panorama comparado. El Acuerdo 123/202, de 15 de marzo de 2021, del Tribunal Constitucional portugués lo demuestra cuando, valorando la posible inconstitucionalidad de la norma despenalizadora de la eutanasia, precisamente pone como ejemplo positivo de definición del contexto eutanásico a la LORE (párrafo 45): mejor el sufrimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos en que se concreta por la norma española que el concepto de «gravedad extrema» al que aludía la portuguesa (y que, precisamente por dicha indeterminación fue declarada inconstitucional). Ciertamente, la definición del contexto eutanásico en la LORE está plagado de conceptos indeterminados, pero puede entenderse que sí son determinables en el momento de su aplicación. En cualquier caso, el Tribunal europeo ha declarado la validez de la despenalización de la eutanasia no sólo en los casos de enfermedad terminal, sino también de enfermedades «sin mejoría que provoquen un sufrimiento físico o psíquico

18 Por supuesto que entiendo absolutamente imprescindible que se reconozca legalmente el derecho a los cuidados paliativos de alta calidad para todos los residentes en España, derecho no del todo asegurado actualmente. Sobre todo, porque, a mi juicio, del derecho a la integridad personal del art. 15 CE se deriva un derecho fundamental frente al dolor físico o psicológico.

19 El recurso habla de «imposibilidad», pero, a pesar del barroco y extraño sistema institucional creado, los criterios para practicar la eutanasia se irán unificando, también por decisiones judiciales. Otra cosa es que la igualdad en las condiciones de ejercicio de la prestación de ayuda a morir no sea la misma en todo el territorio y esto sí que es realmente preocupante (e inconstitucional, pero no tienen sentido las declaraciones de inconstitucionalidad *preventivas*).

20 Esto también sería deseable, pero tal omisión no justifica, creo, la inconstitucionalidad de la LORE.

21 El complejo procedimiento con toda suerte de garantías materiales y procedimentales para recibir la ayuda a morir se dirige precisamente a eso; el recurso debería haber concretado más.

22 En este sentido, Rodríguez Lainz (2022: 15). Aconseja este autor que, para evitar abusos, hubiera algún tipo de control externo a la propia Comisión de evaluación y control, así como el necesario conocimiento por parte de la familia de la voluntad de la persona que solicita la prestación de ayuda a morir.

constante, insoportable e incontrolable», lo cual claramente desactiva el argumento del recurso que considera que estas últimas deberían prohibirse para evitar el riesgo de la pendiente resbaladiza.

Mayor calado presenta, a mi juicio, la objeción sobre la omisión en la Ley de garantías adicionales para evitar el conflicto de intereses con las clínicas privadas y concertadas que practiquen la ayuda a morir. Puede trazarse un cierto paralelismo con la STC 53/1985 sobre el aborto. Sería deseable, en este sentido, algún tipo de control público específico, aunque el Tribunal Constitucional puede refugiarse en la existencia del control general o en la negativa a convertirse en legislador añadiendo de propia mano tales garantías para evitar declarar la inconstitucionalidad por este motivo.

Personalmente, me resultan altamente convincentes como motivos de nulidad la no exigencia de la participación necesaria en el proceso de algún psiquiatra o psicólogo clínico, dado que para evitar la vulneración del deber estatal de protección de la vida, se requiere siempre asegurar la capacidad, libertad y consentimiento plenos de quien solicita la eutanasia o el suicidio asistido, así como la no exigencia de participación en los procedimientos ante incapacidades de hecho del Ministerio Fiscal para confirmar la voluntad (aunque sea presunta, a través de un documento de instrucciones previas) de la persona que no está consciente en el momento de la prestación de la eutanasia²³. También me parece constitucionalmente dudoso, en línea con el Informe de la Sociedad española de Psiquiatría de 3 de febrero de 2021²⁴, que pueda practicarse una eutanasia válida a personas con una enfermedad exclusivamente mental por la dificultad de garantizar la plena capacidad y libertad que requiere la decisión de recibir una prestación de ayuda a morir. Precisamente ese era el caso de la señora Mortier, víctima de una larga e intensa depresión. Pudiera discutirse si este tipo de depresiones tan profundas, sin éxito terapéutico, tan largas (estuvo deprimida más de dos terceras partes de

23 El procedimiento de urgencia ante situaciones de incapacidad de hecho (art. 5.2 LORE) puede suscitar dudas de cierta entidad porque, como observa Rodríguez Lainz (2022: 18), en estos casos ni hay control previo, ni el otorgante recibe necesariamente información de calidad para que pueda tomar su decisión, ni se asegura que la voluntad mostrada en el testamento vital se mantenga en el momento de aplicación de la eutanasia. Por eso, es razonable, como sugiere este autor, exigir que se asegure el pleno consentimiento informado del otorgante del testamento vital y un seguimiento periódico del testamento vital.

24 El Informe constata la complejidad del problema porque los trastornos mentales son muy prevalentes y en muchas ocasiones resistentes al tratamiento. Por otra parte, el suicidio asociado con trastornos mentales es una de las principales causas de muerte de personas de 15 a 34 años (p. 2). Además, los trastornos mentales están ligados frecuentemente con situaciones de vulnerabilidad (vivienda, empleo, atención sanitaria, laboral, etc.) y existe un estigma social los enfermos mentales. «Es importante garantizar que estas carencias remediadas no contribuyan al deseo de morir» (p. 3). La petición voluntaria que exige la LORE puede verse comprometida por el trastorno psíquico (p. 4) La ideación suicida es muy común en las personas con estas psicopatologías. En los casos de depresión, «la respuesta correcta es el tratamiento de la depresión en lugar de la asistencia a la muerte» (p. 6). Hace falta, por otro lado, asegurar la presencia de un psiquiatra en todos los procesos de ayuda a morir para valorar la capacidad y libre voluntad del paciente. El Informe desaconseja la aplicación de la eutanasia exclusivamente por una enfermedad mental (p. 14) y sugiere emplear la máxima prudencia en la aplicación de la LORE a personas con trastornos psíquicos.

su vida), podrían justificar la prestación de una eutanasia, pero, en todo caso, habría sido mejor que hubiera intervenido el Ministerio Fiscal para asegurar la capacidad y libertad de la decisión, así como su real independencia frente a la eventual presión indebida del equipo médico actuante.

VII CONCLUSIÓN: LA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE EUTANASIA, A PESAR DE SU CALCULADA AMBIGÜEDAD, SE INCLINA POR LA LADERA *PRO-CHOICE*

No hace falta ser adivino para pronosticar que la doctrina Mortier ha desactivado por completo las impugnaciones de constitucionalidad más directas y globales contra la LORE. La despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido son claramente compatibles con el sistema europeo de protección de los derechos²⁵. Al revés. El nuevo derecho de prestación de ayuda a morir en España, reconocido formalmente como un derecho de simple configuración legislativa, pero, a mi juicio, de naturaleza constitucional o fundamental²⁶, conecta intensamente con el reconocimiento como nuevo derecho convencional implícito o no escrito del derecho a la autodeterminación corporal en el final de la vida, ínsito en el derecho de privacidad del art. 8 CR²⁷. Es cierto que nuestro texto constitucional no alberga un derecho a la privacidad como el citado, que permite la «creación» de nuevos derechos de libertad personal, y que no parecen resultar útiles en este sentido ni el derecho a la libertad del art. 17 CE (que se refiere a la libertad frente a toda suerte de detención) ni el derecho a la intimidad del art. 18 CE (que preserva un reducto de mismidad frente a la mirada ajena), pero, en mi opinión, la mejor concreción, a falta de considerar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) como un genuino derecho fundamental (algo que, sin embargo, un Tribunal Constitucional de tradición no tan formalista y conservadora como el nuestro podría hacer), es, hoy por hoy el derecho de integridad personal del art. 15 CE, en conexión con la libertad ideológica del art. 16.1 CE.

25 Por eso no deja de resultar extraordinariamente sorprendente la reciente decisión del Tribunal Constitucional portugués (Acórdao n. 5/2023) que declara inconstitucional (otra vez) el proyecto de despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido porque en la descripción del contexto eutanásico, concretamente cuando la norma se refiere al «sufrimiento físico, psicológico y espiritual» no queda claro si se trata de condiciones acumulativas que deben concurrir a la vez o alternativas. Me parece evidente la inconsistencia de un argumento así ya que según el sistema europeo al que también pertenece Portugal la eutanasia habría de ser válida en ambos supuestos (y, de hecho, en la realidad el sufrimiento es de los tres tipos).

26 Y de ahí el carácter de ley orgánica de su regulación o su protección a través de un procedimiento judicial preferente y sumario; también debería reconocérsele, a mi juicio, el acceso al amparo ante el Tribunal Constitucional.

27 Desde una concepción de la vida no solo «biológica», sino, en los términos de G. Arruego (2021: 100), una «vida enriquecida» por la óptica de la dignidad (art. 10.1 CE). Ya R. Chueca alertaba en 2009 de este cambio de paradigma y sugería la plena constitucionalidad de la despenalización de la eutanasia (2009: 122).

Es fácil deducir también que, en líneas generales, la LORE cumple las garantías que el Tribunal europeo exige a cualquier regulación estatal despenalizadora de la eutanasia. El innovador sistema de control a priori, además, permite conjurar buena parte de los peligros y riesgos de abuso. Si el Tribunal europeo ha validado el desdentado sistema belga de control de la eutanasia, que sólo es a posteriori, cabe suponer que lo haría sin problemas respecto de la norma española, que es mucho más garantista.

Ahora bien, subsisten las dudas sobre las concretas garantías que deben rodear la realización de las prestaciones de ayuda a morir para hacerlas compatible con el deber estatal de protección de la vida. Obviamente, en la Sentencia Mortier no se contiene un catálogo concreto, sino solo algunas de las más importantes o de las más controvertidas en relación con el caso que resolvía. Así que Mortier no cierra un capítulo, sino que lo abre. La resolución del asunto era sencilla porque había un patente conflicto de intereses derivado del hecho de que el que controlaba la eutanasia era el mismo psiquiatra que la había practicado. Pero el asunto era difícil en el fondo porque, de un lado, no estábamos en presencia de una enferma terminal o con padecimientos físicos, sino psicológicos, y, por otro, porque, en definitiva, el Tribunal europeo se enfrentaba al deficiente sistema belga de control de la eutanasia manifestado (nuevamente) en el caso de la señora G.T. El Tribunal europeo evita ponerse serio con dicho sistema. Detiene su juicio en lo fácil, en el conflicto de intereses del supuesto planteado. El estándar de examen judicial no ha sido demasiado severo; el Tribunal ha optado, aunque de modo vergonzante, por la ladera *pro-choice*; de ahí que su jurisprudencia no sirva demasiado para demostrar la inconstitucionalidad de la LORE.

En cualquier caso, el Tribunal europeo debería clarificar su doctrina. A mi juicio, a partir de este esquema: El Convenio de Roma no reconoce un derecho al suicidio en general, ni porque el derecho a la vida del art. 2 permita implícitamente la facultad de disponer de ella, ni porque se derive del derecho a la privacidad del art. 8 CE. Pero el art. 8 CR sí reconoce un derecho a la eutanasia y el suicidio asistido, bajo determinadas condiciones. Para determinar la validez de dichas condiciones, debe efectuarse una ponderación en el supuesto concreto entre el deber estatal de protección de la vida que se deriva del art. 2 CR con el «nuevo» derecho implícito a tomar decisiones sobre el final de la propia existencia que se halla en la penumbra del derecho del derecho de privacidad del art. 8 CR.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Arruego Rodríguez, G. (2021). Las coordenadas de la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 122.
- Cámara Villar, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado, en *Anuario de Derecho Eclesiástico*, XXX-VII.

- Chueca Rodríguez, R. (2009). El marco constitucional del final de la propia vida, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85.
- De Hert, M. Loos, S. Steckx, S. Thys, E. y Van Assche, K. (2022). Mejorando el control sobre la eutanasia de personas con enfermedades psiquiátricas: lecciones del primer caso judicial penal belga sobre eutanasia, en *Front Psychiatry*.
- De Hert, M. Loos, S. y Van Assche, K. (2022). La eutanasia de una persona con trastorno psiquiátrico no viola la Convención Europea de Derechos Humanos (Mortier v. Bélgica), en *European Psychiatry*, 65.
- Rodríguez Lainz, J.L. (2022). La Ley española de eutanasia a la luz de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Mortier v. Bélgica, en *La Ley Digital*, 10481, 2022.
- Sociedad Española de Psiquiatría (2021). *Documento de posicionamiento sobre la proposición de Ley orgánica de regulación de la eutanasia: Eutanasia y enfermedad mental*. febrero de 2021.
- Verhofstadt, M. Van Assche, K. Steckx, S. Audenaert, K. y Chambaere, K. (2019) Pacientes psiquiátricos que solicitan la eutanasia: pautas para una sólida toma de decisiones clínicas y éticas, en *Revista Internacional de Derecho y Psiquiatría*, 64, 150-161.

TITLE: *Euthanasia in the European system after the mortier judgment and its impact on the Spanish law*

ABSTRACT: *Mortier v. Belgium, of October 4, 2022 (ECHR) has come to illuminate the acute question of whether or not the decriminalization of euthanasia and assisted suicide is compatible with the human rights protection system of the Council of Europe, concluding that it is. Naturally, his doctrine has a direct impact on the resolution of the unconstitutionality appeal filed and pending examination by the Constitutional Court against the Spanish Organic Law 3/2021, of March 24, regulating euthanasia.*

This article describes the facts and arguments of the Mortier case, specifying below the most permanent doctrine of the European Court on any state decriminalization of euthanasia, to then go on to contrast this doctrine with some contested aspects of the Spanish regulation, anticipating, thus, the criteria to be taken into account by our Constitutional Court when deciding the appeal.

RESUMEN: *La Sentencia Mortier v. Bélgica, de 4 de octubre de 2022, del Tribunal europeo de derechos humanos, ha venido a iluminar la espinosa cuestión de si la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido es o no compatible con el sistema de tutela de los derechos humanos del Consejo de Europa, concluyendo que sí lo es. Naturalmente, su doctrina viene a incidir directamente en la resolución del recurso de inconstitucionalidad planteado y pendiente de examen por el Tribunal Constitucional contra la Ley Orgánica española 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.*

En este artículo se describen los hechos y argumentos del caso Mortier, concretando a continuación la doctrina más permanente del Tribunal europeo sobre cualquier despenalización estatal de la eutanasia, para pasar después a contrastar esta doctrina con algunos aspectos impugnados de la regulación española, adelantando a grandes rasgos, de este modo, los criterios que habrán de ser tenidos en cuenta por nuestro Tribunal Constitucional a la hora de resolver el recurso.

KEY WORDS: *Mortier v. Belgium. European jurisprudence on euthanasia. Euthanasia decriminalization. Right of bodily self-determination at the end of life. State duty to protect life. Euthanasia for psychological illnesses. Euthanasia control systems.*

PALABRAS CLAVE: *Sentencia Mortier v. Bélgica. Jurisprudencia europea sobre eutanasia. Despenalización de eutanasia. Derecho de autodeterminación corporal en el final de la vida. Deber estatal de protección de la vida. Eutanasia para enfermedades psicológicas. Sistemas de control de la eutanasia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.12.2022

FECHA DE ACEPTACIÓN: 23.02.2023

CÓMO CITAR / CITATION: Rey Martínez, F. (2023). La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento español. *Teoría y Realidad Constitucional*, 51, 567-589.

