



# BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

ACTAS DE LAS XV  
JORNADAS DE ESTUDIO  
DEL GABINETE JURÍDICO  
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA



Instituto Andaluz de Administración Pública  
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA







**BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS  
DESAFÍOS  
DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.**

**ACTAS DE LAS  
XV JORNADAS DE ESTUDIO  
DEL GABINETE JURÍDICO  
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**



**BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS  
DESAFÍOS  
DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA**

**ACTAS DE LAS  
XV JORNADAS DE ESTUDIO  
DEL GABINETE JURÍDICO  
DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

**INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
SEVILLA - 2010**

ANDALUCÍA. Junta. Gabinete Jurídico. Jornadas de estudios jurídicos (15ª. 2009. Sevilla)  
Bioética y derecho ante los desafíos de la investigación biomédica: actas/XV Jornadas  
del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Sevilla: Consejería de la Presidencia : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010.  
96 páginas; 22 cm. – (Encuentros)

Recoge las ponencias presentadas en las “XV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico  
de la Junta de Andalucía”

D.L. SE-3605-2010

I.S.B.N.: 978-84-8333-474-4

1. Ética 2. Ciencias biológicas 3. Derecho del individuo. I. Instituto Andaluz de  
Administración Pública II. Andalucía. Consejería de la Presidencia

57: 174.4 (063)

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial en ningún tipo de soporte  
sin permiso previo y por escrito del propietario del copyright.

TÍTULO: BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.  
ACTAS DE LAS XV JORNADAS DEL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de  
Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Maquetación e impresión: Egondi Artes Gráficas, S.A.

I.S.B.N.: 978-84-8333-474-4

Depósito Legal: SE-3605-2010

**ÍNDICE:**  
**“BIOÉTICA Y DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS  
DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA.  
XV JORNADAS DE ESTUDIO DEL  
GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA”**

**PRESENTACIÓN**

Francisco del Río Muñoz ..... 3

**PRIMERA PONENCIA.  
BIOTECNOLOGÍA Y DEBATE SOCIAL.**

María Casado González ..... 7

**SEGUNDA PONENCIA.  
PLANTEAMIENTOS PENALES Y POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE  
LA DISPONIBILIDAD DE LA VIDA. ESTADO PRESENTE Y  
CONSIDERACIONES DE FUTURO.**

Jaime Perís Riera ..... 25

**TERCERA PONENCIA.  
AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y SISTEMA SANITARIO:  
CONFLICTO DE BIENES JURÍDICOS.**

Francisco Oliva Blázquez ..... 41

**CUARTA PONENCIA.  
AUTONOMÍA Y BIOÉTICA CLÍNICA: EL RETO PARA  
PROFESIONALES SANITARIOS.**

Pablo Simón Lorda ..... 67



## **PRESENTACIÓN**

Un año más me corresponde presentar las Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Esta vez se cumplen la número quince. Quince años en los que nos habéis acompañado en esta cita del mes de noviembre, para debatir y poner en común nuestras sugerencias y conocimientos en el ámbito al que dedicamos nuestra vida profesional, el Derecho.

Hemos tratado muchos temas pero este año vamos a dar quizás un salto, vamos a salir del reducto en que habitualmente se desenvuelve nuestra actuación para dar entrada a otros saberes, la medicina, la ética, la biología y ello sin desnaturalizar la naturaleza jurídica de nuestros encuentros.

El Derecho en su función de establecer el marco social que haga posible el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, no puede permanecer ajeno a unas situaciones en que al estar muy cercanas a la identidad e intimidad de las personas, la respuesta del ordenamiento jurídico no puede ser tan clara y precisa como en otros ámbitos. Quizás nos lleva a un Derecho más inseguro, un Derecho que puede dar respuestas distintas ante supuestos aparentemente similares, pero que por ello no deja de ser Derecho porque es el Derecho el que tiene que adaptarse a los hombres si no quiere convertirse en un instrumento de dominación y represión.

Toda esta presentación es para justificar el tema de nuestras quince Jornadas "Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica".

La primera de las ponencias está a cargo de la profesora D<sup>a</sup> María Casado González, Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona y Titular de la Cátedra UNESCO de Bioética de dicha Universidad.

Nos va hablar de biotecnología y debate social. Un tema ni solo técnico ni solo jurídico, en el que se mezclan saberes, convicciones e ideologías y ante el que la sociedad se muestra más apasionada que indiferente.

La segunda ponencia corresponde al Profesor D. Jaime Peris Rivera, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Murcia que tratará de los Planteamientos político-criminales sobre la disponibilidad de la vida. Estado presente y consideraciones de futuro, autonomía de la voluntad y protección penal de la vida.

Una apreciación de límites en la que es necesario clarificar ideas partiendo siempre de que, al menos en mi opinión, cuando hay que acudir al Derecho Penal se constata un fracaso social y, como decíamos antes, el Derecho es para los hombres.

La tercera ponencia va a tratar de los conflictos de bienes jurídicos que se pueden producir y, de hecho se producen entre la autonomía del paciente cuyo reconocimiento ha avanzado tanto en estos últimos años y el sistema sanitario. Unas situaciones que en la mayoría de los casos se resuelven gracias al buen hacer y la buena voluntad de los afectados, pero que alcanzan una especial virulencia cuando se salen de su cauce.

Estará a cargo del Profesor D. Francisco Oliva Blázquez, Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Por último la cuarta ponencia se dedica a la Autonomía y bioética clínica: el reto para los profesionales sanitarios, a cargo de D. Pablo Simón Lorda, Doctor en Medicina y Profesor de la Escuela Andaluza de Salud Pública.

Hay que destacar, y es una de las novedades de estas Jornadas, que es la primera vez que interviene un ponente que no sea jurista, porque en esta globalización que también alcanza al Derecho necesitamos de otros saberes, necesitamos que nos enseñen.

Entramos en la senda de lo inseguro en la que se hace necesario depurar nuestras propias convicciones, respetar las de los demás y tomarlas siempre como un punto de partida para su posible revisión. Tenemos que asumir que es previsible que en alguna situación no tendremos respuestas, hay que ser humilde y aceptarlo pero sabiendo que si se sigue intentándolo podemos tener esa respuesta, al menos temporalmente válida, en su momento.

Como es habitual las Jornadas están abiertas al debate intenso, libre e incluso cabe que apasionado dentro del reconocimiento de la libertad intelectual

## PRESENTACIÓN

e ideológica de todos nosotros a fin de aprovechar momentos como este en que, haciendo un paréntesis en nuestro quehacer cotidiano, tenemos tiempo para poner a prueba nuestros criterios.

Todo esto pretendemos que se haga realidad en estas Jornadas.

Francisco del Río Muñoz  
Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía

Sevilla, Noviembre de 2009



## BIOTECNOLOGÍA Y DEBATE SOCIAL



## **Biotecnología y debate social**

MARÍA CASADO GONZÁLEZ

*Catedrática de Filosofía del Derecho*

*Titular de la Cátedra UNESCO de Bioética  
de la Universidad de Barcelona*

Buenos días a todos, muchas gracias por invitarme a estar hoy aquí. Agradezco a todos los organizadores, y a los presentes, pero muy especialmente a Francisco del Río y a Carmen Carretero que me han proporcionado una acogida tan cálida y que han dado un enfoque tan interesante al encuentro, concibiéndolo en forma de estas jornadas de estudios que permiten poner en común, desde distintos prismas, lo que sabemos y lo que nos preocupa. Esperemos así poder llegar a construir acuerdos razonables que nos permitan avanzar por estos nuevos territorios, biotecnológicos y biomédicos, que son el objeto de este seminario.

Asimismo es digno de remarcar la iniciativa de incorporar a estas jornadas de estudio a los juristas que “no tenemos un código” que nos incluya de manera automática a las discusiones de aquellos colegas que trabajan en ámbitos más directamente vinculados a la aplicación del derecho. Cultivar la filosofía del derecho, que es mi área de conocimiento propia, obliga a estar siempre justificando tu existencia ya desde el mismo plan de estudios en la carrera de derecho, cosa que no sucede a los que pueden llegar a clase armados con sus leyes y códigos específicos, como hacen los de civil, los de penal y los de administrativo ¡por supuesto! Por el contrario nosotros tenemos que hacernos un lugar ante los demás y ante la sociedad y para eso debemos justificar, ya de buen principio, la utilidad de lo que hagamos. Porque está muy bien lo de “las altas teorías-teoréticas” pero la verdad es que el Derecho es una disciplina aplicada; al menos yo de esa manera lo veo y efectivamente mi interés concreto por la bioética sigue estando dentro de ese mismo ámbito de lo aplicado y se inscribe entre las cuestiones que intentan dar solución a los conflictos.

En este sentido, es para mí un placer doble estar hoy aquí con todos ustedes que se dedican efectivamente a tales cuestiones en la Administración pública ya que, efectivamente, son las que le dan sentido al trabajo de los juristas y al derecho mismo. Confío en que a lo largo de esta sesión podamos debatir, discutir y aprender los unos de los otros lo más posible. Yo no soy persona que escribe las

conferencias y las lee, sino que me preparo un guión flexible que permita ir desarrollando las cuestiones en función de los intereses del auditorio y, también, a través del debate podemos ir centrándonos en mayor medida en unos u otros aspectos de la reflexión bioética, que es el tema que me corresponde abordar a mí.

Para empezar mi exposición e ir centrando las ideas, les he traído una frase que leeré. Es de Edgar Morin, el gran filósofo francés contemporáneo, director emérito del CNRS, y dice: *“la nave espacial Tierra está movida por cuatro motores asociados y al mismo tiempo descontrolados, ciencia, técnica, industria y beneficio, el problema estriba en establecer el control sobre esos motores. Los poderes de la ciencia, la técnica, la industria y el beneficio tienen que ser controlados por la ética; pero la ética sólo puede ejercer su control por medio de la política, y ésta se manifiesta a través del derecho”*. La frase resaltada es mía, ya que los filósofos no suelen pensar que lo que se debate y acuerda, finalmente, tiene que quedar bien establecido en normas jurídicas que le otorguen firmeza; mientras que, por el contrario, los juristas sabemos que la seguridad jurídica es un valor primordial para una sociedad libre y democrática. Cuando yo estudiaba en la Facultad, la seguridad jurídica me parecía algo “pequeñoburgués” y aburrido; después que han pasado los años, me he dado cuenta que la lucha por el derecho y por la seguridad jurídica es lo más revolucionario que existe. Así de contundente y claro. Yo hoy lo veo de esta manera, pero probablemente después podremos discutirlo.

Bien, en el contexto de la jornada de estudio sobre cuestiones bioéticas, se me ha encomendado la única intervención del programa que se refiere a las implicaciones de la investigación, y que se refiere específicamente a implicaciones bioéticas que no se manifiestan directamente en las relaciones asistenciales. Dado que la ponencia que me corresponde se llama *Biología y Debate Social*, tendré que centrarme por una parte en cuestiones más biotecnológicas que en las clínicas y, por otra, a lo que hace al debate social. Debo decir que comparto el planteamiento como es lógico puesto que yo trabajo en el contexto de grupo de investigación que se llama precisamente “Bioética, Derecho y Sociedad”. Intentaré ajustarme lo más fielmente posible al ámbito que el título marca pero, de todas maneras, es preciso hacer previamente mención al punto de vista desde el cual abordo estos temas de bioética.

Cuando, a primeros de los noventa, empezamos a trabajar en el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona, lo que intentábamos era poner de manifiesto que el marco para la resolución de los problemas bioéticos en una sociedad diversa, en una sociedad plural, no debe ser otro que el respeto a los Derechos Humanos reconocidos, a los derechos fundamentales y a los derechos en general, pero de forma arquetípica a los Derechos Humanos reconocidos. Porque

abordar los problemas bioéticos desde los marcos de las creencias es posible si la sociedad es homogénea, pero no si la sociedad es plural; y no hablamos ahora de sistemas en los cuales el estado sea confesional, sino que hablamos de un estado de derecho. Lo que tenemos en común y nos une, lo que debemos promover y respetar todos –independientemente de nuestra posición en terrenos más íntimos– son los Derechos Humanos. Y es conveniente añadir “reconocidos”, para saber de forma precisa a cuales nos referimos.

En este sentido cuando empecé a proponer esto, a finales de los 80 o a principios de los 90, pretender que la bioética se debería unir al derecho era en nuestro país bastante revolucionario e inusitado. Los médicos y los filósofos temían que quisiéramos “juridificar la bioética” y llevarla a “nuestro terreno” de juristas –una parcela que ya tenía muchos contenidos, por cierto–. Médicos y filósofos reclamaban para sí el nuevo campo reflexión sobre la biotecnología y la biomedicina, cuyas implicaciones había hecho que los filósofos fueran consultados por médicos y científicos acerca de qué debía de ser, o no ser, hecho. Yo no creo que eso deba ser así y entiendo que es erróneo entablar luchas de tribus por la propiedad de parcelas del conocimiento. Entiendo que los Derechos Humanos son un mínimo ético a la vez que un mínimo jurídico, y sobre esos mínimos asentamos nuestra convivencia en una sociedad plural.

Eso fue el inicio, así empezamos. Por otra parte, como trabajo en una universidad pública y lo que dirijo es un centro de investigación financiado con dinero público, creo que existe una responsabilidad de retroalimentación universidad/sociedad; por ello intentamos fomentar también la relación de devolver a la sociedad, que nos financia, los conocimientos de una manera comprensible, es decir, de participar en el debate social, suministrando información, opiniones, criterios. Ejemplo de lo que digo puede ser la colección de Documentos de opinión del grupo, que hemos ido elaborando y dando a conocer desde el año 2000 y que se refieren a cuestiones conflictivas y no resueltas, en las cuales las opiniones sociales resultan diversas. Y mediante los Documentos hemos aportado para el debate social una opinión propia, con los argumentos en que se basa para cada caso y además la relación de quienes la sustentábamos. El propósito de fondo es contribuir a formar opinión, razonada, y participar en las controversias sobre cuestiones en el que las cosas no son ni blancas ni negras, sino que deben ser discutidas matizadamente. Por tanto son las razones y los argumentos los que valen en una sociedad plural y en lo que tiene que ser un debate racional; aunque hay otros elementos (sentimientos, creencias, mil cosas...) pero tiene que ser un debate lo más informado posible. En esa idea es en la que hemos trabajado los temas que ahora iré mencionando.

No hay que perder de vista que en bioética y los problemas que vamos tratando hoy se mueven en esa zona del gris, y en esa zona de frontera. Me parece que éste es un territorio sumamente interesante pero, claro, es móvil, y no obstante, en algunos momentos hemos cometido el error de tratar de elaborar mapas trazando fronteras nítidas, líneas rectas, que no se corresponden con la cambiante y compleja realidad subyacente. Quizás podamos intentar marcar límites pero sin dejar de tener presente que se trata de una frontera sinuosa, que a veces ni siquiera está clara. La reflexión bioética viaja por territorios complejos y, por ello, las disyuntivas dicotómicas resultan poco explicativas; las cosas no son A o son B, de forma simple y esquemática; sin embargo, frecuentemente, se tiende a dar respuestas binarias. Repito que es importante que tengamos en cuenta que los problemas bioéticos son problemas complejos y como tal, requieren de matices y de un tiempo de reposo y aprendizaje conjunto; para saber ver de qué estamos hablando realmente, que sentido estamos dando a las mismas palabras que utilizamos y para adquirir un lenguaje común que permita una comunicación entre los diversos operadores que sea efectivamente eso y no un dialogo de sordos.

Bueno, todo esto pretende ser una introducción para que nos situemos y conozcamos un poco ya que vamos a compartir estos días, y para ello debo contarles quien soy y desde donde parto, y porque es importante establecer que el respeto a los Derechos Humanos es el marco para encontrar las respuestas a los nuevos problemas bioéticos.

La bioética, como he dicho, trabaja en las zonas de los grises, en que se tiene que argumentar para encontrar no solo buenas razones a favor de una opción sino los mejores argumentos en un contexto deliberativo. Y suele tratar sobre casos de los que denominamos difíciles, porque de verdad si estuviera claro no tendríamos que debatir tanto. A veces, cuando hay una opinión general aceptada, ya no hace falta ni una ley puesto que el cumplimiento de la pauta que en ella se fija sería espontáneo. Pero eso no es aquí el caso; nos enfrentamos a cuestiones complejas, en las que no hay opiniones sociales compartidas. Ante la duda, el derecho puede contribuir a crear consenso y a zanjar la cuestión, es sabido que en situaciones así, incluso los médicos preguntan ¿qué dice la ley?... y después se quejan de que la ley les coarta y les hace de corsé. Pero cuando tienen un problema llaman a "papá derecho": ¿qué dice la ley?. Ello es así, evidentemente, porque no hay acuerdo sobre cuál es la solución idónea, porque no está claro, y si la opinión está dividida, al final, democráticamente, debemos de zanjarlo de alguna forma.

Aunque no hay que perder de vista que también se requiere flexibilidad y estar dispuesto a rehacer lo hecho. A mi eso me parece muy interesante, el estar dispuesto a rehacer lo que uno con tanto trabajo consiguió acordar, porque resultará

que, tras conseguir este acuerdo, la realidad va a continuar evolucionando, el estado de las ciencias, las técnicas y los conocimientos y también la realidad social. Así, me parece interesante el saber que nos enfrentamos a problemas complejos que añaden a un cambio científico una profunda modificación social, porque si la sociedad fuera homogénea, aunque el problema a resolver resultase complicado, una vez hallada la solución el grupo estaría de acuerdo, lo que no sucede en una sociedad plural. Por el contrario, aquí y ahora, no existe esa homogeneidad y es preciso tener en cuenta el cambio social y el pluralismo subyacente a la sociedad en que vivimos, y me parece importante que seamos conscientes de que siendo diversos, compartimos el espacio y estamos "condenados a entendernos". Vamos a tener que ponernos de acuerdo, ya que no nos cabe la vieja solución lockiana, de mandar a la gente al oeste, a la otra frontera; porque compartimos un espacio que cada vez se hace más pequeño, personas que cada vez somos más diferentes y basta con salir a la calle para verlo. Las cuestiones bioéticas se tienen que abordar e ir las resolviendo como mejor se pueda, pero sabiendo que tampoco vamos a tener una solución perfecta la mayoría de las veces, así definitiva y con mayúsculas.

Otro aspecto crucial es el de la interdisciplinariedad, si es factible que intentemos resolver los problemas que la biotecnología nos suscita, sólo los juristas, sólo los filósofos o sólo los científicos, o sólo los médicos. La bioética requiere una mirada distinta; evidentemente ya había disciplinas que tenían su deontología profesional, sus propias normas de ética, sus pautas pero la característica desde éste punto de vista de la reflexión bioética es la interdisciplinariedad. Pongamos un ejemplo entre muchos: ¿cómo puedo decir si se deben comercializar o no pruebas de paternidad a través de un kit que se venda en una droguería o por Internet? Si no sé ni la fiabilidad de la prueba... y eso me lo tienen que decir los de ciencias, los genetistas. Es el valor del criterio técnico como ayuda a la toma de decisiones jurídico políticas, pero lo que pasa es que esa información va a ser importante para nuestra decisión, pero no puede determinarla sin más, porque de ser así estaríamos delegándola en los técnicos -sobre esto volveré mas adelante-.

La otra cuestión que quiero resaltar hoy, es insistir en la finalidad práctica característica de nuestro trabajo. Bueno desde el maravilloso libro de Ihering de las *Bromas y Veras de las Ciencias Jurídicas* nos llevamos riendo mucho, del cielo de los conceptos y de que la teoría y la práctica, etc... Pero, aún hay que seguir reivindicando el valor de la práctica pues las cosas en este terreno importan; eso no quita que sea preciso el fundamento, el saber porqué y para qué, pero no podemos olvidar que el del derecho, el de la ética y el de la bioética, es un sentido práctico. El "fin de la cosa" que dirían los escolásticos, es convivir de manera digna -entre comillas si quieren- con los "adelantos" de la ciencia y para bien calibrar todo eso, no solo hace falta saber, sino también hay que ser capaz de aplicar ese saber. Es

decir, hay que orientar los nuevos conocimientos tecno-científicos de la manera más responsable posible, y no debemos hacer dejación en el criterio experto ni en el interés económico; en esto sí que voy a reivindicar fuertemente el papel del Estado, el papel de lo público y el papel del derecho. Tenemos una responsabilidad que no podemos eludir y también debemos aceptar que es probable que haya más de un modo de resolver esos problemas complejos y, aun más, que varios de esos sean aceptables, o para determinadas personas sean aceptables. Se trata de entender que puede haber diversos caminos buenos para llegar a la verdad –con minúsculas–, pero de ahí no se sigue que todos lo sean. De la tolerancia y la diversidad, al escepticismo moral hay, creo yo, bastante camino; pero de nuevo es un camino que requiere argumentación, cualquier cosa no vale.

La tecnología y la ciencia nos han colocado en condición de decidir muchas más cosas de las que podían decidir las generaciones anteriores. Porque podemos intervenir en los procesos, ya no sólo porque sabemos más cosas de la biotecnología y la genética, sino que el quid de la cuestión es que nosotros podemos intervenir en el transcurso de procesos donde antes eran cosas que nos venían dadas. Hoy se puede intervenir en el proceso y mientras más veces puedes intervenir, más veces te planteas si debes (puedo/debo). A esa idea la de gradualidad, por ejemplo en la atribución de la madurez, por ejemplo a los menores, en el proceso de gestación...etc. Yo creo que introduce matices y es positiva esa visión de la gradualidad y el no mirar las cosas de forma binaria (bueno/malo, si/no) es propio del mundo en el que vivimos y del tema en el que estamos trabajando. Por otro lado, genera incertidumbres ya que estamos acostumbrados al mundo de las certezas, de que la verdad no tiene más que un camino y ahora resulta que... ¡incertidumbre! y que vivimos en el mundo de la modernidad “líquida”.

En ese contexto, cuando hablamos de tener responsabilidad por la adopción de decisiones que se toman en incertidumbre, es preciso reconocer que esa es la definición de lo que se suele llamar sociedad del riesgo. Sin tener todos los datos –y aunque tuviésemos todos los datos, aun habría que analizarlos– no podemos evitar tomar una decisión, y eso es justamente lo que caracteriza a lo que se llama la sociedad del riesgo. Antes se hablaba de peligros que venían de la naturaleza, pero ahora son los riesgos de las decisiones que tomamos en incertidumbre. Me parece que la diferencia es importante. Y por otra parte, tenemos cierta fe –que podemos llamar prometeica– en la capacidad que tiene el ser humano de saber cosas, de asumir novedades y de acostumbrarnos al lenguaje del riesgo, de la incertidumbre y aun más a algo que nos resulta difícil manejar a los que no somos especialistas en eso, de la probabilidad; cómo y cuánto de probable es un fenómeno y cual es el riesgo probable. A la hora de hacer balance de riesgos– beneficios, la idea de probabilidad es muy importante y es un concepto francamente complicado.

La ciencia hoy ha pasado de presentarse a si misma como algo cierto, a asumir ser más bien una metodología; la ciencia revisa lo que obtuvo; establece un diálogo donde las cosas son ciertas mientras no venga otro a demostrar que son de otra manera. ¿Se dan cuenta de que eso no es a lo que estábamos acostumbrados? Lo que trato de sugerir resulta especialmente apreciable cuando se habla en los medios de comunicación, que mientras más saben los personajes, o más científico es el científico, que entrevistado menos seguridad dará a sus afirmaciones: dirá "hasta ahora... por lo que sabemos", y esa probabilidad remota es a la que se agarra el ignorante que sabe poco, pero lo sabe "muy cierto"... Quizás el derecho busca la certeza, el ciudadano busca la certeza, la repetición, lo conocido, y eso es cosa propia de la naturaleza humana, la buscamos y la ciencia hoy nos responde: no, nosotros tenemos metodologías que nos aproximan a tener más probabilidades de acertar que el que no la emplea. Caray, que poco ¿no?

Se ha desvanecido pues, el principio de certidumbre y enarbolamos el principio de precaución. Esa es otra varita mágica: la precaución ante la incertidumbre y el riesgo. Los sistemas jurídicos, que realmente ya estaban embargados por muchos imperativos económicos, ahora en buena medida se están poniendo ya en manos del sistema científico. Y yo creo que hay que tener todos los datos pero que la decisión es nuestra. Me parece que esa es una nueva tarea del derecho el repartir el riesgo y eso tiene que ver otra vez con la justicia, y ahora ya no sólo tenemos que repartir oportunidades sociales, económicas... sino también riesgos y para eso tenemos también que evaluar y tenemos tomar decisiones en base a conocimientos inciertos que condicionan el hoy pero también el mañana, y a veces parece que lo que hacemos son huidas hacia adelante, como si no nos diéramos cuenta que la decisión la hemos tomado sobre una cosa incierta. Una vez que la hemos tomado la pensamos como perfectamente cerrada y cierta y no es verdad. ¿Entonces? Se suele esgrimir el principio de precaución, pero yo soy un poco reticente a abandonarnos sin mas en sus manos; evidentemente debemos ser cautos y prudentes, naturalmente, "más vale prevenir que curar" pero no podemos enarbolar el principio de precaución como algo inmovilista, porque cuando uno elige un riesgo para precaverse de él, es obvio que está seleccionando qué riesgo quiere utilizar minimizando otros posibles que también podían ser tomados en cuenta para protegerse de ellos.

Ejemplos de lo que digo son las opciones y discusiones sobre los móviles, las dioxinas, las nanopartículas... se tiende al que resulta más abarcable y es más espectacular, el que ha llegado a los medios de comunicación y a lo mejor incluso se desconocen los nuevos riesgos que generaran las medidas que vamos a tomar. Hay muchos estudios sobre la gestión del riesgo y muchos son americanos muy interesantes, pues al elegir un riesgo estamos dejando de lado otro, claro pero eso no nos tiene que asustar e inmovilizar. La idea del principio precautorio es fundamental y

hoy está en todos los textos, pero la tenemos también que valorar ya que, efectivamente, cada vez tomamos más decisiones públicas, que llevan normas y condicionamientos económicos sobre hechos de reconocida incertidumbre científica.

Propongo -para intentar buscar un ejemplo algo novedoso- hacer alguna referencia las implicaciones de la nanotecnología. En la Comunidad andaluza, una apuesta fundamental ya efectuada por las políticas de investigación sanitaria es la medicina regenerativa, pero pronto se van a encontrar con la necesidad de tomar decisiones sobre la nanotecnología -si es que no lo están ya haciendo-. A mi es un tema que me interesa y de él ya que lo primero que vi fue que ya se había hecho una apuesta económica. Se empezó a financiar con fuerza la nanotecnología hacia 2001 y Europa pensó que era un campo donde su investigación podía llegar a tiempo porque todavía EEUU no había tomado delantera ni tampoco otros países como Japón o China. Por ello se asignaron fondos en los Programas Marco y por idéntica razón, se invierte dinero en el Estado español, en las Comunidades Autónomas y por ejemplo en Cataluña hay grupos importantes de nanotecnología. Así, la decisión está tomada, pero ¿dónde ha habido el debate social? Pues ¡no ha habido ninguno! ¿Y la información al ciudadano? Lo cierto es que ha habido poca. Lo que de verdad existe es una apuesta económica y cuando ahora se pregunta al ciudadano parece que el debate lo que pretende es legitimar la decisión tomada.

Se trataría de nuevo de decisiones político-económicas tomadas en incertidumbre científica, con un optimismo enorme por los resultados pensando que todo "será para bien" porque "nuestra intención es buena" y, claro, eso nadie lo duda pero hay cada vez, más y más campos en los que aumenta esta huida adelante y esta toma optimista de decisión en incertidumbre.

¿Quién debe decir? ¿Con qué criterios hay que decidir?, esos son los viejos temas en nanotecnología, en genética, o en autonomía de la persona. La incertidumbre del riesgo es una característica del tiempo presente y a pesar de todo, pues ¡tenemos que vivir!. Y una cosa curiosa es que el riesgo se valora diferente según sea el grado de contacto con él y según las distintas disciplinas. Viven mejor, por así decirlo, eso del riesgo y la incertidumbre otros que no "los de derecho". Las ciencias sociales, la filosofía e incluso las ciencias experimentales están más habituadas. Los médicos siempre me dicen ¿pero cómo te crees que tomamos nosotros las decisiones? siempre en incertidumbre, las "defensas del paciente" no sabemos nunca hasta donde van a llegar...

El derecho tradicionalmente intenta decidir con todo el conocimiento, de manera no implicada, etc... y me parece que en esto tenemos que ponernos al día

y en marcha, porque lo tenemos difícil. La modernidad lo que hace es colocarnos en una difícil situación porque se basa en una pretendida objetividad de “la ciencia”, como decía antes. La seguridad es un elemento central en el sistema pero se están produciendo ciertos cambios en la manera en que hoy juega. Habría que tenerlo en cuenta. La ciencia condiciona cada vez más la agenda política, eso lo estamos viendo y hay cuestiones jurídico-políticas implicadas con un núcleo científico duro de forma tal que la decisión política muchas veces acaba siendo una decisión que se delega en técnico. Antes les decía que el derecho ha delegado funciones y quizás incluso descafeinado su propia idea de justicia. Podría decirse que los valores clásicos del derecho en cierta forma, se han adaptado y conformado al imperativo económico, casi como si fuera un imperativo inamovible. Pero además, ahora, estamos en un trance análogo en campo distinto, pero que juega de forma similar: el imperativo científico. Es decir, la idea de que los técnicos de la ciencia son los que “saben” y entonces ellos “nos dicen” lo que hay que hacer. Quiero resaltar que, por definición, las decisiones tecnocráticas no son democráticas, y por ello hemos de pensarlo.

Además, hay que tener en cuenta que, en estos temas, ya no estamos hablando solo de ciencia, investigación y derecho sino que estamos hablando de aplicación, de productos, de técnica. Tras la invención y el descubrimiento se da un paso más la aplicación inmediata; tal vez por eso ha surgido una categoría nueva y una palabra nueva que es la “tecnociencia”. Efectivamente, el derecho fundamental de la investigación científica a conocer, la libertad y la neutralidad de la ciencia son valores constitucionales básicos pero, hoy en día, nos damos cuenta que entre que se analiza algo, se estudia, y se descubre y se aplica, el lapso de tiempo que transcurre es cada vez más breve. Y si es cada vez más breve eso genera una dificultad añadida a todo lo que antes dije, porque tenemos menos tiempo para asimilarlo y para orientarlo. Ahora que empezamos a saber de las nuevas tecnologías genéticas surgen los nanómetros... que cuesta trabajo hasta de decir esos “palabros”, pero eso es lo que hay. Y ese es el ritmo al que tenemos que bailar, saber que no lo marcamos nosotros es digno de ser tenido en cuenta.

Bueno, como un ejemplo más, yo les dije que en el Observatorio de Bioética y Derecho, todos trabajamos con fondos públicos y con convocatorias evaluadas por pares, es decir acudimos a las convocatorias nacionales, europeas, etc. Se constata que, en aéreas especulativas incluso, cuando se solicita un proyecto de investigación al plan general del ministerio, lo primero que piden es “aplicación de su investigación”. Y, bueno, si pongo que es para que otros lo lean, o piensen sobre él, efectivamente no me lo van a dar. Tengo que argumentar que aspiro a que los resultados sean aplicables... es decir, estamos buscando en los temas más abstractos financiados con fondos públicos, “aplicación”. Démonos cuenta de la transposición y el análisis que habría que hacer cuando el dinero es privado y los fondos que se

invierten son muy grandes y lo que se busca es directamente aplicación...En el ámbito de la nanotecnología hay un dato interesante pues se empieza a trabajar tímidamente en este campo a principios de los 90, se financia cada vez mas desde 2001 y es a partir del 2005 cuando se invierte cada vez más dinero privado (-y mucho-). Se hace cada vez mas evidente que no interesa solo la investigación científica (por ejemplo para averiguar las propiedades de los materiales y la mezcla entre lo orgánico y lo inorgánico y saber si a esa escala permanecen y se potencian o varían radicalmente las reacciones de los materiales de siempre) sino que se buscan nuevos productos, muchos de los cuales ya están en el mercado, para la construcción, para que los cristales no se tengan que limpiar cuando llueve, para conseguir una nano casa robotizada y ordenadores miniaturizados, implantes, cremas, nano fármacos, o nano medicina ... todo "para bien" pero, no obstante, no sabemos de los riesgos.

La vieja distinción de que una cosa es la ciencia pura y otra cosa la aplicación de la ciencia -susceptible de mal uso- ha quedado hoy, a mi modo de ver, como algo falaz. Creo que como juristas y personas encargadas de "lo público" debemos tenerlo en cuenta: la tecnociencia es el paradigma. Y también eso es una amenaza nueva para la clásica concepción de la libertad de investigación porque los científicos trabajan en equipos (lo cual está muy bien porque hoy día no lo podemos saber individualmente todo de todo, y los equipos son fundamentales) pero yo creo que si los equipos están condicionados a la búsqueda de resultados, la libertad del investigador se reduce notablemente.

Quizás en el mundo del derecho esto no resulte tan patente porque todavía son muchos los investigadores individuales -o los que trabajan en pequeños grupos- y porque nuestro material es barato: con códigos, bases de datos y poco más podemos arreglarnos lo que hace que, efectivamente, hablemos en magnitudes económicas distintas de los fondos necesarios para la investigación. Por ello la consideración del trabajo en equipo es tan diferente y las posibilidades de que las individualidades sigan trabajando con interés es distinta, lo que obviamente repercute en la libertad de investigación. En el ámbito de las ciencias normativas -y en buena medida también en las humanidades y las ciencias sociales- ahora empieza a surgir la idea de que es preciso trabajar y publicar en las revistas que tengan alto índice de impacto, en las editoriales que estén reconocidas en las listas de calidad con objeto de que valgan para el curriculum. Por el contrario, los de ciencias experimentales tienen eso asumido hace mucho y además saben que eso condiciona la investigación. Incluso quienes trabajan con fondos públicos, en las universidades públicas, saben que el acceso a una plaza, o el paso de titular a catedrático o de ayudante a titular -o lo que quiera que sea- va a dirimirse a la décima de punto; es por ello que resulta decisivo el que un artículo haya sido publicado en tal revista

del primer cuartil o en tal otra del segundo. Con ello el mismo contenido material, el mismo trabajo, da o no da acceso a la deseada plaza. Las revistas de mayor impacto son, frecuentemente, americanas y eso condiciona el tema sobre el que versa la investigación pues hay que saber que, lógicamente, aumentan las posibilidades de que un trabajo sea seleccionado si trata sobre cuestiones de interés en el medio que ha de publicarlo, como lo que explica que nuestros jóvenes genetistas se vean abocados a investigar sobre el maíz –que es lo que los americanos publican–; posiblemente a ellos le gustaría más trabajar sobre nuestras autóctonos almendros pero... Como es evidente, esto introduce sesgos de los que considero que no somos claramente conscientes. Creo que hay un cambio tremendo con esta dinámica y, ni siquiera cuando enarbolamos el derecho fundamental a la libertad de investigación, estamos hablando de lo mismo porque existen, sin que los tengamos en cuenta, todos esos condicionantes que orientan el trabajo a la obtención de resultados. Y eso que no me he referido a la industria farmacéutica; hacerlo proporcionaría la ocasión de comentar casos flagrantes; Solo he hablado de cosas más neutras en estos momentos, porque estamos en unos días difíciles con eso de las vacunas y la gripe A. Que por cierto constituye un interesante caso de sobrevaloración de riesgos, empezando por la propia OMS y un buen ejemplo del uso no ponderado del “principio de precaución” del que hablaba antes.

Otro de los puntos que quería tratar es ¿quién decide? Quizás a nosotros –en tanto que juristas que trabajamos en la Administración pública– nos parece claro que se trata de decisiones político jurídicas que han de ser tomadas por “quien tiene la facultad y el poder para ello y según el procedimiento preestablecido”. Eso es así porque estamos en nuestro gremio, pero ...salgamos fuera y veamos lo que en realidad ocurre. La teoría clásica es que decide la autoridad legítima, pero cada vez más deciden los sistemas expertos, y decide la ciencia y la multinacional. Cada vez tenemos más una “expertocracia”, o una tecnocracia más organizada, y el derecho se remite cada vez más a soluciones técnicas. La explicación comúnmente aceptada es que acaba siendo así porque hay una gran complejidad en los temas científico-técnicos que los juristas ignoran –y no tienen porque saberlos todos, de hecho ni pueden–, y por eso –realmente– hay una toma de poder de instancias técnicas. Son los hechos, pero es necesario que seamos conscientes de ello, que nos demos cuenta. Cabe añadir, además, que la frase “argumentos científicos” se usa de maneras bien distintas, con bases muy diferentes y de muy distinto valor. Puede ser que haber publicado un ensayo clínico (o unos pocos) con determinados resultados no proporcione ninguna evidencia, por la falta de suficiente perspectiva temporal, análisis de riesgos, etc.

Ciertamente, el derecho está siendo superado por el ritmo de la evolución científica y desde los ámbitos de las ciencias básicas o la medicina nos dicen: "...ohj es que la norma jurídica siempre van atrás"... Lo que no es siempre verdad, como atestigua el ejemplo obvio de la implantación del consentimiento informado, derecho del paciente del que todavía no se enteraron del todo algunos profesionales de la medicina. Pero bueno, a veces también es correcto que el derecho vaya por detrás, que se de lugar a que el nuevo conocimiento se haya consolidado y sedimentado.

Creo que hay una necesidad de que el derecho recupere su "autoestima" y retome su lugar en la defensa de los intereses colectivos. Seguramente me van a llamar ingenua, pero yo creo que es muy importante implicarnos en esto porque, si no lo hacemos, quebramos el principio democrático; es decir, creo que la toma de decisiones colectivas, y en interés de lo colectivo, es el fin del derecho en que no se puede ceder. Decidir -teniendo en cuenta lo que el futuro depara, sobre incertidumbres- tiene que ser hecho "jurídicamente", desde la reflexión ética, o bioética, en el respeto a los derechos humanos y en una configuración social de que es lo bueno y de hacia donde queremos dirigirnos. Parece que no lo hemos planteado así, o que a veces se nos olvida. Vivimos tan en el momento y tan cegados por las novedades casi mágicas que prescindimos del análisis de para qué queremos estas cosas y de en qué mejoran nuestra vida. Porque ¡si solo sirven para que algunos ganen dinero!... bueno, está bien, el lucro está aceptado en nuestra sociedad y vivimos en un sistema capitalista, pero todo tendrá que tener su medida: de no tener esto en cuenta ya estamos viendo que ha pasado con el asunto de ingeniería financiera, etc.

Yo creo que también se añade aquí otro problema: el de la mezcla y la falta de claridad en las fronteras de lo público y de lo privado. En eso voy a decirles francamente mi opinión -que es un poco fuerte quizás-, yo creo que cada vez estamos dejando más que lo público pague los gastos y lo privado reciba los beneficios. Es decir, publicitamos el gasto y privatizamos el beneficio. Eso está pasando en todo, incluso en este tema de la nanotecnología que yo estaba teniendo como telón de fondo cuando preparaba la reunión de hoy, pues me daba cuenta que hay datos de que las compañías de seguro no quieren asegurar a las empresas. Cuando no saben los riesgos. Entonces, si no tienen seguro, ¿quién lo va a pagar? obviamente, otra vez el sistema público. Como ya ocurría con la donante de óvulos que no tenía seguro porque todos sabían que si le iba algo mal podía ir al hospital, lo que no resulta lógico si se estaba donando para una clínica privada. Recuerdo que yo estude en la facultad con un viejo libro de Maurice Duverger -que ya nadie recomienda porque todos los profesores de ciencia política y constitucional tienen sus propios manuales, pero que era fantástico; decía que los servicios públicos se tenían que

prestar precisamente porque eran de interés público, pero lo normal era que fueran deficitarios que no tenían porqué ser rentables... y ahora resulta que los queremos hacer rentables y los privatizamos después de haberlos saneado.

La distinción entre público y privado se difumina a la vez que ocurren fenómenos coadyuvantes como podría ser la llamada a la autorregulación de la ciencia y de la tecnociencia, condicionada por la empresa. Las normas técnicas van ocupando cada vez más espacio de las decisiones que afectan a todos, amparándose en la creciente complejidad de lo científico, de lo técnico y de la incertidumbre. Parece como si los juristas estuviéramos deslumbrados por la ciencia y los imperativos tecnológicos. Hace poco se ha publicado un libro de un apreciado colega, José Esteve Pardo, profesor de derecho administrativo de la Universidad de Barcelona que se llama "El desconcierto del Leviatán". Es muy interesante y hace hincapié en esta idea en que los de derecho nos sentimos fascinados por el conocimiento científico. Y bueno yo creo, que esa responsabilidad por las decisiones tomadas a partir de proposiciones que luego resultaron ser los errores de la ciencia, y nos han llevado a tomar decisiones que tienen cobertura jurídico-política, tienen que ser revisadas para aprender de los errores, de los optimismos ingenuos y de las huidas hacia adelante. De nuevo hemos de atender a aquella nueva consideración que les decía de la justicia en tanto que el derecho aquí tiene que repartir los riesgos de alguna forma "justa" y equitativa. La verdad es que son decisiones difíciles, porque son decisiones políticas y jurídicas que se basan en futuros inciertos y en contingentes logros de la tecnología y de la ciencia. Pensaba en lo "nano", todo lo que veo y explican los colegas que trabajan en nanotecnología, campo prometedor, atractivo, hermoso... una promesa de energías sin fin, baratas ecológicas, pero -además- toda una serie de riesgos que desconocemos y sobre cuya inocuidad que estamos apostando.

Para terminar, el asunto del debate, porque mi ponencia se llamaba Biotecnología y Debate Social ¿recuerdan? Pues bien, el debate debe ser informado y me parece que -sin decidirnos a llevarlo a cabo- ya lo llevamos diciendo mucho tiempo. Lo preconizan incluso las normas: en el mismo Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, el capítulo diez se dedica específicamente a impulsar este debate señalando que las partes deberán suscitar en el seno de su territorio el debate social adecuado para que los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones. Pero, ¿que es "lo adecuado" en este debate? Me parece que en todo caso dependerá de la calidad de la información que exista en la discusión pública. Esto es importante porque los ciudadanos están siendo llamados al debate y la discusión pública hasta por la Unión Europea: que los ciudadanos decidan, que debatan los ciudadanos; ¿qué subyace a tanta invitación? que se pretende con éste debate? cuál es la finalidad de que se insista ahora tanto en que participen en las decisiones de nano-

tecnología los ciudadanos, y que hagamos grupos focales? ¿es una forma de intentar dar legitimación a decisiones ya tomadas o se trata de una genuina conversión a la democracia deliberativa?... porque mientras tanto la Unión Europea propugna la autorregulación y la única normativa que ha elaborado en este campo “nano” es la propuesta del 2008 de adopción de un código de conducta, de buenas prácticas, sin sanción. Que los ciudadanos y las empresas sean responsables; sí, claro, como no; sí; y que seamos todos “justos y benéficos”... entonces ya ni necesitamos la ley; pero ¿que hay detrás de esa apelación al debate? Por qué ahora, de repente, nos preocupa tanto el debate? Creo que hay esa necesidad de legitimación de las practicas que se llevan a cabo aunque, naturalmente, me parece importante que los científicos, los empresarios, los poderes públicos, los ciudadanos, todo el mundo, pueda debatir. Pero para poder debatir necesitamos información y educación, porque si no el debate no será el “adecuado” que preconizaba el Convenio.

Hay que tener en cuenta que estamos en un país que tiene un gran déficit en comunicación científica, hay algunas iniciativas interesantes y creo que es algo que debemos potenciar lo más posible, pues ¿cómo vamos a debatir y a decidir cosas que a todos nos competen si no tenemos la información, o la que tenemos es tan complicada que no la sabemos entender? ahí tenemos una gran tarea, un campo de trabajo muy importante. La participación pública, sí, pero ¿cuál participación pública? para qué la participación pública? cómo la participación pública? en ese sentido es especialmente importante el trabajo educativo, aunque también llevo muchos años dando clases y no soy ingenua en esto: formar, informar, educar son cosas distintas. Una cosa es conocimiento y otra valores. La información no significa tener la solución, ni que la persona educada ya vaya a ser “buena”. Sabemos que no es así pero, no obstante, es preciso que nosotros nos dediquemos a intentarlo puesto que aunque lo primero no nos garantice lo segundo, sí que es una condición *sine qua non*.

Me gustaría hacer una referencia marginal en este sentido: en el 2005 publicó la UNESCO su Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Nosotros hemos hecho un libro sobre el tema, colectivo, que vamos a presentar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 1 de diciembre. Yo soy la coordinadora del libro en el que participan autores relevantes del panorama bioético nacional e internacional y -como yo era la coordinadora- me adjudiqué el artículo de la Declaración que me gustaba: el artículo 23, el cual habla de educación, formación e información; es decir de formar, educar e informar a los ciudadanos en conocimiento y en valores. Hay que señalar algo que me parece muy interesante y es que la UNESCO, tras décadas de defender el multiculturalismo, hace una propuesta de contenidos muy concreta y fija los valores y principios universales en este campo.

Creo que es importante después de una etapa en que hemos reivindicado nuestra autonomía en el sentido de ser diferentes -lo que decía antes de que no vivimos en un mundo homogéneo y que somos distintos-, creo que ha llegado el momento en que también hagamos énfasis en lo que nos une. Frecuentemente se plantea la discusión como un enfrentamiento de absolutos en posiciones que se presentan como irreductibles; no obstante podemos tratar y convenir soluciones comunes en muchas cosas; no necesariamente hay que comenzar en temas como el aborto -paradigma de conflicto que se plantea en términos absolutos- sino que es posible trabajar en múltiples cuestiones próximas que permiten acercar posiciones y no abordar los conflictos en términos de "a mí no me van a convencer". El que va a la mesa de negociación con todo su paquete y no quiere ceder en ninguna cosa, quien pretende que sea aceptado en cada uno de sus puntos, o todo o nada, no va a negociar, va a imponer.

Insisto en que, ante las cuestiones bioéticas especialmente -pero también en las de otros calibres-, tenemos que hacer un esfuerzo por hacer patente lo que tenemos en común, que es bastante; por supuesto los Derechos Humanos, por supuesto que las gentes buscan todas vivir lo mejor que pueden, vivir bien, vivir una vida buena, y no estoy ahora refiriéndome a vivir bien en el sentido hedonista, sino en el de "vivir una vida buena" y de que los hijos la vivan al menos igual y, si puede ser, mejor.

Termino ya, ciñéndome al tiempo asignado. He intentado exponer mi punto de vista sobre el marco de reflexión idóneo para abordar los conflictos bioéticos y dar cuenta de las nuevas relaciones entre la biotecnología, tecnociencia, y el derecho así como ir planteando ejemplos y cuestiones abiertas para el debate.

Confío en que a lo largo de la discusión podamos ir poniendo en común una concepción de la naturaleza humana que se conjugue con una concepción flexible de la bioética y también del mundo. Aquello que decía al principio de que "la verdad nada más tiene un camino", es una afirmación que, felizmente, ha quedado obsoleta; pero, no olvidemos que el aceptar que pueda tener varios no quiere decir que "valga todo" sino que tenemos que ir argumentando en búsqueda de las mejores razones de cada opción. Es sabido que eso da trabajo e implica más compromiso que decir sí o no; además, ese terreno del matiz -que es tan propio del buen jurista- es a veces difícil de transmitir en los debates. Pero, bueno, que sea difícil de transmitir no quiere decir que sea imposible. Es lo que deseamos e intentamos defender y para eso, ustedes y yo, estamos aquí.

Nada más, muchas gracias.







**Planteamientos penales y político-criminales  
sobre la disponibilidad de la vida.  
Estado presente y consideraciones de futuro.**

JAIME PERÍS RIERA  
*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Murcia*

El tema objeto de esta ponencia es el estado presente y las consideraciones de futuro sobre lo que es la disponibilidad y el problema del consentimiento en el titular de la vida humana y, por tanto, las cuestiones sobre las disponibilidades de la vida. Elegí ese tema porque, como se ha dicho aquí, también Andalucía ha sido pionera en muchas cosas y una de ellas es que precisamente ayer comenzaba el debate, no tanto estrictamente parlamentario como de los asesores a los que, en ocasiones, invita el propio parlamento a debatir, de una ley tan interesante como la que se ha hablado antes y, por eso, elegí este tema.

En este sentido, lo que quiero es ofrecer lo que a nivel constitucional se establece respecto a la disponibilidad de la vida y a la vida como bien jurídico protegido. No respecto al derecho a la vida, que es otra cosa, sino a la vida humana como bien jurídico protegido. En las dos ocasiones en las que ha manifestado algo el Tribunal Constitucional ha sido precisamente para hablar del tema del aborto y, sobre todo, en la sentencia de abril del 85, teniendo en cuenta que de ésta también se extraen una serie de principios que vienen al caso. En segundo lugar, pretendo ofrecer también una imagen sintetizada de lo que a mi entender y, creo que no me equivoco en ello, es el estado actual de la ciencia penal.

Así, resulta oportuno hacer un inciso respecto de lo que anteriormente ha dicho María Casado sobre los dogmas. Fíjense que la Ciencia penal, los penalistas en sentido puro y estricto, no hablan de la ciencia penal sino de la Dogmática, de la Dogmática penal y, de hecho, recuerdo todavía a mi maestro fallecido cuando me decía: "mire está bien que se dedique a temas marginales y trasversales del Derecho penal, como el de la regulación penal de la manipulación genética, pero el 50 % de su tiempo tiene que dedicarlo a cuestiones de Dogmática penal que sólo eso es Derecho penal". O sea, que esa imagen de lo que son estrictamente los planteamientos de principios aplicados al Derecho penal es lo que hace que hoy lo que

yo quisiera ofrecerles es, cuál es el estado, no digo mayoritario sino casi unánime, salvo algunas voces discordantes pero, por decirlo en términos estadísticos, no representativas y en modo alguno relevante, de la Ciencia penal sobre la disponibilidad de la vida desde el Derecho penal.

Y ello, en especial, porque hay algo que se repite muchas veces con frecuencia, y más en estos temas, aquello de que todas las opiniones merecen un respeto y eso no es cierto en modo alguno. Yo defendiendo abiertamente que eso es una estupidez, lo que merecen un respeto son todas las personas. En cuanto a las opiniones, hay algunas que son respetables y otras que en modo alguno lo son, cada uno puede opinar lo que quiera, por supuesto, pero el derecho de crítica hace que, ante una opinión que sea una necedad, otros puedan decir "oiga que lo que usted dice es una necedad", lo que no se puede decir es que usted sea un necio, eso ya entraría dentro de un problema jurídico-penal, pero no toda opinión merece un respeto porque si no esto sería un diálogo de besugos donde cualquiera podría decir cualquier cosa como en ocasiones ocurre, no fundada o no fundamentada, y, los demás, tendrían que respetarla. De modo que trataremos cuestiones relacionadas con la eutanasia, aunque a mi ese término no me gustó nunca jurídicamente, pero bueno relacionadas con la eutanasia, en las que se llega a leer y se llega a escribir "los problemas de la participación en una conducta eutanásica" como participación no necesaria. A continuación, veremos que eso desde el Derecho penal no es discutible, cuando digo que no es discutible me refiero a que la simple complicidad en conductas eutanásicas no es típica, no está en el Código penal, tan sólo está cuando es cooperación necesaria. Por otro lado, las conductas activas son las activas y las conductas omisivas cuando el Código penal ha podido distinguirlo lo ha hecho o, mejor dicho, cuando no quiere distinguirlo no lo hace y cuando lo distingue es porque quiere hacerlo y, por tanto, que algunos comportamientos sólo pueden ser activos y no omisivos.

Respecto del contexto sistemático de la regulación penal de conductas de causación de la muerte de otro hay que hacer alguna precisión previa. Fijense que utilizo ya el término causación que en Derecho penal es distinto al de causalidad, porque la causalidad es una relación en abstracto y la causación es una relación puramente mecánica, y desde las teorías de la imputación objetiva ya se distingue entre causación y causalidad. Hay que decir que la ubicación sistemática del artículo 143 del Código penal tiene importancia porque se incluye en el Título primero "del homicidio y sus formas", es decir, que teóricamente se está hablando de conductas homicidas. Pero es cierto que ha resultado muy importante que tuviera una regulación específica en el Código del 95, ya que el funcionamiento del principio de especialidad en el código penal, que no existía hasta el código del 95, solucionó para los penalistas muchas de las conductas de participación en la muerte

de otro, a petición, o sea sobre todo a petición tanto en conductas eutanásicas, como de querer morir sin estar en un contexto eutanásico (luego les diré que ésa es la distinción que hace el Código). En efecto, el nuevo artículo 8 ha ofrecido mucha más claridad en cuanto a la regulación del concurso aparente de leyes penales. Cuando se dan una serie de hechos que son susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código, se establece unas reglas para solucionar ese concurso. Eso que muchos de ustedes lo estudiaron como principios doctrinales, como saben la mayoría de ustedes, en el artículo 8 se positivizó, de modo que la primera de estas reglas, no resultando el orden de las mismas casual, tiene importancia pues consiste en que el precepto especial se aplicará con preferencial al general. De modo que, hoy en día, la propia idea de que alguien muere consintiendo en que se le quite la vida tiene tal importancia, desde la perspectiva de la regulación penal, que ya elimina la posibilidad de aplicar cualquiera de los otros delitos que están dentro de este título, nada más y nada menos que el primero del libro segundo del Código penal. Todos los demás, el homicidio, el asesinato, el asesinato hiper-agravado o súper asesinato, es decir, las demás conductas que también consisten en matar a otro, ceden ante la especificidad que entraña respecto del hecho el consentimiento del titular de la vida pidiendo, consintiendo, que se le quite. Por tanto, este dato hace que cualquiera de las otras figuras penales tenga que ser apartada, cosa que era un debate que duró más de 40 años antes de la aparición del Código penal del 95. Es verdad que el debate teórico y jurisprudencial, no siempre el jurisprudencial, acababa concluyendo lo mismo que les acabo de decir, pero en virtud de la seguridad jurídica (esa de la que tanto se ha hablado con anterioridad), lo cierto es que ahora lo que hay es una seguridad jurídica total en que esto tiene que ser así.

Respecto de los problemas dogmáticos y criminológicos más relevantes relacionados con las conductas de participación en la muerte voluntaria de otro, hay que destacar los problemas técnicos que plantea la idea de accesoriedad en la participación. Este concepto constituye algo muy extraño en el Código penal y parte de la impunidad, es decir, que estamos hablando de conductas de participación a partir de una impunidad de la conducta principal. Por tanto, el acto de causación de la propia muerte es atípico porque no ocurre como en otros Ordenamientos. En el nuestro cualquiera de estas conductas de causación de la propia muerte, bajo cualquier modalidad, es atípica. Algunos dicen, "bueno, pues claro que es atípica, de qué serviría que fuera típica". Pues sirve para muchas cosas, entre otras para cuando el sujeto no lo consigue y, verdaderamente, por ejemplo, los suicidas estadísticamente fallan más que aciertan, los psicólogos dicen que porque muchas veces son "efectos de llamada" y no quieren morir, pero lo cierto es que hay muchos más fallos que aciertos y se podría, perfectamente, como ocurre en otros Ordenamientos, castigar en grado de tentativa. Pero la mayor parte de conductas

previstas en el artículo 143 son conductas de participación delictiva en un hecho principal que es atípico, y esto genera problemas técnicos, como veremos después, porque los principios generales de la participación en Derecho penal rigen también para esta materia, pero esta materia tiene una peculiaridad y es que el hecho principal no es delito. El hecho en el que participa el otro, bueno no es que no sea delito, perdón, es que es atípico, algo que como ustedes saben puede llegar a ser típico y no llegar a ser delito. Por eso esta cuestión necesariamente se relaciona con el tema del bien jurídico protegido, que aquí es la tutela a la vida humana no deseada por el titular de la vida. Esto también es muy importante porque precisamente aquí lo que se va a tutelar es una vida humana no deseada por su titular y en esto está de acuerdo toda la doctrina. Si me lo permiten, a parte de las cosas en las que yo haya podido trabajar, aquí he sido más bien un recopilador para darles a ustedes una imagen de cuál es el estado actual de la Doctrina penal en estos temas y, la doctrina penal y como veremos también la constitucional, no duda de que en este caso lo que se está tutelando es el bien jurídico vida humana, pero como fenómeno biológico, no como derecho. Y ello, sencillamente, porque lo que en Derecho también está claro es que un derecho no puede ser impuesto como una obligación, una cosa no puede ser un derecho y, al mismo tiempo, bueno salvo los especiales derechos-deberes de los que muchos de ustedes saben más que yo, pero desde la perspectiva de ese derecho como tal y de su imposición, la idea de una obligación que pase por encima del contenido del propio derecho.

La propia Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril del 85, la del aborto, la que resuelve los cuestionarios de inconstitucionalidad de los supuestos de despenalización del aborto que se iban a introducir, y que finalmente así fue en la reforma urgente y parcial del Código penal del 83, establecía que la vida es un derecho y que no es un deber. Precisamente por esto se plantea que indudablemente en determinados bienes, incluso de naturaleza eminentemente personal como es la vida, puede haber un interés del Estado en ellos, de hecho éste es el planteamiento muchas veces en las conductas de colaboración en el suicidio. Así, en el tema de la muerte voluntaria de otro, se ha planteado si puede hablarse de un interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada. Además, durante mucho tiempo, les hablo de hace más de veinte años, algunos penalistas así lo mantenían y, por supuesto, lo siguen manteniendo algunos juristas, pero indudablemente algunos juristas no penalistas pero de los que subyace una visión determinada de bienes tan personales como los de la vida, y que indudablemente comporta, y se ve en sus escritos, una carga moral específica y determinada en la que se mezclan, como decía antes María Casado, esas cuestiones de planteamientos éticos que no jurídicos. Lo cierto es que la idea de que hubiera un interés del Estado en la continuidad de la vida no deseada armonizaría mal con el profundo corte personalista de la Constitución. De hecho, se ha dicho por la mayoría de los

constitucionalistas que en modo alguno puede desprenderse de la Constitución una función social de la vida humana. Tanto es así que el planteamiento de los penalistas que han tratado esta materia es negar que ante la decisión sana y libre de un ser humano de poner fin a su vida pueda el Estado castigar a aquéllos que intervengan en esa decisión. Así, la mayoría de penalistas entienden, menos en una conducta concreta que luego veremos, que tiene unas connotaciones técnicas muy distintas, que no cabe plantearlo desde una legitimación que tome como punto de apoyo la idea del interés del Estado en la vida humana, por encima de la voluntad del titular de esa vida humana. Esto es lo que podemos llamar la interpretación constitucional de la tutela jurídico-penal del bien vida humana no deseada, que sería el centro de los delitos que inmediatamente después veremos.

Deberíamos partir, o se debe partir, y así lo hacen la mayoría de penalistas, de la idea de que los derechos fundamentales deben ser interpretados al igual que las libertades públicas, de acuerdo con los criterios derivados del libre desarrollo de la personalidad. Esto no es que lo digan los juristas, es que lo dice así y un poco más amplio la Carta Magna, por eso debe rehuirse una interpretación contradictoria entre vida y libertad, como muchísimas veces se hace, y como está haciendo el propio Código penal en el artículo 143, en el que como no ha despenalizado, como si que estaba previsto en algunos de los anteproyectos, ha tenido que plantear como contradictorios esos bienes vida y libertad. Sobre todo libertad entendida también como libre desarrollo de la personalidad, para, ponderándolos, entender que predomina uno, el de la vida, sobre el otro y una vez contrapuestos entender que, aunque el consentimiento tendrá valor para atenuar la pena, sin embargo la conducta sigue siendo típica.

Pues bien, muy importantes sectores penales de los que podríamos considerar constitucionalistas, estiman que una interpretación integradora del artículo 15 de la Constitución, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que sólo la vida libremente deseada por su titular puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido. Además, no olvidemos que desde la idea de "extrema ratio" del Derecho penal bien jurídico protegido todavía no es necesariamente bien jurídico-penalmente protegido. Anteriormente decíamos, es verdad, que de la idea del Derecho penal de mínimos se ha llegado al Derecho penal de máximos. Ése es el problema actual, basta ver que la próxima reforma del código. Va a reformar otra vez ciento cuarenta artículos que estoy analizando porque me gusta luego hacer esa estadística: sesenta y dos responden a sesenta y dos fenómenos periodísticos que han ocupado los medios de comunicación los últimos dos o tres años. Dicho de otro modo, quien lleva la iniciativa político-criminal en España no es el Gobierno, sino que son los medios de comunicación. Deciden que es un problema las conductas "de asusta viejas" y, entonces, una cosa tan cómica, bueno,

cómica, no para quien le ocurre, pero que sí los tribunales podrían solventar de otras formas, el legislador decide resolverlo enseguida, y se va y crea, fíjense ustedes, el delito de acoso inmobiliario, al delito de acoso sexual, el delito de acoso laboral, el de mobing, pues sencillamente porque los medios de comunicación deciden que así debe ser.

En este caso, hay que decir que la mayoría de penalistas entiende que la nueva regulación del Código penal tendría que partir de la idea de que sólo la vida humana libremente deseada por el titular pueden merecer el calificativo de bien jurídico protegido, a tutelar después por el Derecho penal. Como les decía antes, el Tribunal Constitucional había establecido en el año 85 que la vida es un derecho, no es un deber. Es verdad que en la Sentencia del Tribunal constitucional 120 del año 90 también dijo que no hay un derecho a la propia muerte, aunque había un derecho a la vida. Pero aclaró que no había un derecho a la propia muerte, aunque esto también no impide afirmar que la persona pueda disponer como acto libre, propio, de su muerte. El que no sea, el que no haya en la Constitución un derecho a la muerte, como veremos después, no impide pensar que no haya un anclaje jurídico incluso de permisibilidad constitucional respecto a la posibilidad de que la persona pueda disponer de su muerte. La mayoría de la Doctrina penal rechaza cualquier deber constitucional de tutelar la vida contra la voluntad de su titular, es decir, que también la Doctrina penal está totalmente de acuerdo a nivel de principios. Es que así como hay inequívocos deberes constitucionales respecto de la tutela de determinados bienes jurídicos, éste no es el caso respecto del bien jurídico vida humana, pero desde la perspectiva de vida humana no deseada por su titular, por el titular de la vida. Y, por eso, a fecha de hoy la mayoría de la Doctrina penal entiende que no sería en modo alguno inconstitucional la destipificación de todas las conductas de artículo 143.

Y antes de pasar a esas conductas, hay que decir, puesto que estamos hablando de la muerte, qué repercusión jurídico-penal hay que dar a la muerte, a la muerte del suicida, en los distintos delitos del artículo 143. Esto tiene mucha importancia porque aunque pudiera parecer que los preceptos que vamos a ver a continuación son delitos de resultado, inequívocamente de resultado, como lo es el homicidio, en realidad no todos lo son. En el homicidio la conducta es matar y de esa conducta forma parte un resultado que es la muerte, una causación de la muerte y un nexo causal entre la conducta de matar y la muerte. Pero, eso no ocurre técnicamente en el art. 143 CP, sobre todo porque partimos de una premisa conceptual y es la de que el suicidio jurídico-penalmente hablando sólo puede serlo la muerte querida de una persona imputable. Para las conductas que vamos a ver respecto de la causación de la muerte y de la aceptación de una causación de terceros de la propia muerte, porque uno quiere morir y a lo mejor no quiere causarse él mismo la

muerte, pero inequívocamente tiene que querer morir, ese concepto de suicidio jurídico-penalmente necesita de la base de imputabilidad del sujeto. Porque en lo que también la Doctrina penal desde hace más de treinta años está de acuerdo es que en los casos de inimputabilidad o semi-imputabilidad verdaderamente no estamos ante ninguna de las conductas del art. 143 CP. Hablamos de inimputabilidad o semi-imputabilidad del que acaba muerto, del suicida, porque realmente estaríamos ante supuestos de autoría mediata de homicidio o incluso de asesinato dado que el suicida se convertiría en aquel instrumento ciego.

Recordarán cuando se les explicaba el problema de la autoría mediata en la que el autor del medio entre el inmediato y el mediato actúa como un "instrumento ciego". Se trata del ejemplo, que sin duda alguna vez le pondrían en clase, del padre que para matar a la madre que está tetraplégica lo que hace es sustituir el contenido de una de las cápsulas de antibiótico que se le dan cada doce horas. Sustituirlo por veneno, colocar la cápsula en el frasco y el frasco en el anaquel para que quien esté en ese momento, sea la asistenta, la enfermera o el hijo que estudia en casa, cuando le toque darle la pastilla sea quien la mate. Porque de que una pastilla envenenada esté en el frasco no muere nadie, pero sí de que se la ponga en la boca ese autor que está ahí en el medio y que es utilizado como instrumento ciego. No es autor para el Derecho penal, por eso existe la autoría mediata y por eso se trata de aquellos supuestos en los que alguien cause la muerte de otro que es inimputable y utiliza la inimputabilidad del otro, es decir, el otro no está bien y éste, por ejemplo, lo convence de que "hombre en su situación", como el chiste, "yo en tu caso preferiría morirme", o "yo en tu caso me pegaba un tiro". Pero eso, en serio, cuando alguien utiliza precisamente al suicida y lo convence para que se suicide, ya que él es un inimputable. La doctrina y la Jurisprudencia, pues alguna sentencia hay, no tiene duda, es un caso de homicidio por autoría mediata en el que el autor es el que ni dispara ni nada, puesto que el que se pega el tiro o se tira desde el balcón es el propio suicida.

Eso hace que tan sólo en el número tercero del art. 143 CP, que veremos después, y en un supuesto de las dos alternativas del número cuatro que es el que tocaría la muerte eutanásica, se puede afirmar que la muerte sea el resultado delictivo, es decir, la consecuencia, que sea la consecuencia causal de la conducta del autor, porque en todos los demás casos la mayoría de la doctrina está de acuerdo y veremos qué importancia tiene esto. La muerte constituye, en los demás supuestos, una situación típica que se convierte en requisito para la relevancia de los delitos de inducción y de auxilio al suicidio, incluso en el auxilio eutanásico. Pero en ninguna de estas conductas la muerte es el resultado del delito. No lo es, porque la muerte es resultado de una conducta atípica que el propio suicida realiza cuando él mismo se quita la vida, es decir, yo induzco a que otro se la quite y eso es delito, o yo auxilio a que otro se la quite, es decir, yo auxiliándolo posibilito que el otro

se la quite, pero quien se quita la vida es el otro. Por tanto, el resultado de la conducta delictiva no es la muerte, pues la muerte es una situación típica y entonces la pregunta que todos los penalistas se hacen es si, tratándose de una situación típica, es necesario que la muerte se dé porque si no se da la situación típica el delito no se produce, y eso hace que en todas aquellas conductas de inducción de auxilio, de auxilio necesario, de auxilio eutanásico en los que la muerte no llegue a producirse no son tentativa sino que son atípicos porque falta una situación típica, y por tanto, no sería tentativa sino que serían conductas atípicas. Y, además, cualquier otra interpretación sería absurda aunque no fuera lo que la mayoría de la doctrina opina. Ya que la paradoja resultaría que se llegaría a castigar más una inducción o un auxilio al suicidio que no tuviera éxito en los que no se produjera la muerte, que un homicidio en grado de tentativa, es decir, que un homicidio en los que la premisa es que el que muere no quiere morir. Y, sin embargo, por el juego de penas, llegaría a castigarse más, como delito autónomo, el auxilio y la inducción al suicidio del que sí que quiere morir que la tentativa del que no quiere morir.

La segunda parte de este trabajo, después de lo que les he contado, la dedicaremos a analizar cuál es el esquema general de los tipos penales que regulan todas las alternativas de disponibilidad de la vida, es decir, de causación de la muerte a alguien que quiere morir.

En primer lugar, en el número primero del art. 143, se regula la inducción al suicidio. En este aspecto el código penal no ha cambiado, de modo que "el que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años". Como podrán apreciar, es la pena más grave y no es extraño que sea así, supone convencer a alguien que no había pensado en suicidarse de que lo haga. Toda la doctrina está de acuerdo, menos dos o tres autores, en que se trata tan sólo de un actuar positivo en sentido estricto, es decir, que no cabría la omisión, la comisión por omisión, no cabe la posición de garante, ya que aquí no hay resultado. Recuerden que es una situación típica y no el resultado típico la muerte efectiva de otro.

De este modo, el ánimo de inducir tiene que requerir necesariamente un ánimo de participar como inductor, pero de participar con la idea de que el inducido realice la conducta. Recuerden la alusión que he hecho antes a cuando alguien le dice a otro "hombre, yo en tu lugar me pegaba un tiro", pero cuando uno dice eso todos sabemos, por ejemplo frente a la barra tomando un café, que lo que estamos diciendo es "tiene una situación muy mala, yo no sabría como salir de eso... yo me pegaba un tiro", claro, cuando va el otro saca la pistola y se pega el tiro uno dice respecto a la inducción "hombre, no yo no tenía ánimo, como ánimo de participar en cualquier otro delito". Por tanto, el ánimo de inducción presupone que, de verdad, uno induce porque quiere meterle en la cabeza a otro, y lo tiene que

lograr, tiene que meterle en la cabeza a otra la idea de que, una idea que no tenía, de que se quite la vida. Al respecto, hay una sentencia muy interesante en la que se castigó por inducción dolosa a quien le cambió a otra persona los resultados de los análisis de SIDA, que eran negativos por unos positivos y, a continuación, durante dos semanas lo acobardó respecto de toda las consecuencias y situación previa en la que se encontraría antes de morir, de modo que aquél se suicidó. Y lo cierto es que no tenía el SIDA. En este caso, la alternativa que se planteaba era si era un delito de inducción al suicidio o si era un delito de homicidio con un autor mediato por engaño al propio suicida. Resulta una sentencia muy interesante, pero lo que está claro es que hace falta un ánimo de inducir, como ánimo de participar, tal que el inducido realice la conducta. Precisamente, por eso sólo cabe dolo directo y, además, de primer grado, en sentido de que la consecuencia del actuar es justamente lo que se persigue, el que el otro se quite la vida.

Por todo ello, en el plano político-criminal les decía que había un supuesto en el que la mayoría de la doctrina era unánime, al entender que ésta era la única figura cuya penalización debería mantenerse porque parte de una idea muy distinta de las demás que vamos a ver. Y es que en todas las demás el suicida ha decidido que quiere morir. Sin embargo en ésta no, en ésta lo decide porque el inductor actúa.

Y entonces se entiende que político-criminalmente es muy distinta a la figura de la cooperación necesaria al suicidio del art. 143-2 CP. Se impone ya una pena muy inferior a la propia de cooperación necesaria en el homicidio. En este caso, se castiga con una pena de prisión de dos a cinco años al que coopere, y dice el legislador, "con actos necesarios al suicidio de una persona". Aunque mucha gente en general se confunde, incluso siendo juristas, la idea inequívoca para los penalistas es que el auxilio del que se está hablando en el art. 143-2 CP ha de ser un auxilio forzosamente necesario, no la mera complicidad no necesaria. Es decir, que es admisible la omisión, como veremos, pero tanto la acción como la omisión han de ser necesarias en cuanto a la cooperación. Teniendo en cuenta que el código, dentro de lo que es la complicidad, ha distinguido muy claramente entre la complicidad necesaria a la que la llama técnicamente cooperación necesaria y la simple complicidad. Dicho de otro modo, en España, digan lo que digan, y oigan lo que oigan, ustedes créanme que para la mayoría de penalistas la complicidad en la muerte de otro es atípica.

Por otro lado, cabría plantearse si es admisible la omisión respecto de esta figura. Es muy complicado. Algunos entienden que no, sobre todo en la doctrina catalana con Silva Sánchez a la cabeza. Así, este autor defiende la idea de que en la omisión precisamente la voluntad de morir del que acaba muerto eliminaría cualquier posición de garante del omitente y, por tanto, no cabría la omisión. Sin

embargo, desde mi punto de vista sí que es admisible, e incluso ha habido alguna sentencia al respecto. Lo que también es indudable es la necesidad de un ánimo de cooperar ya que, de lo contrario, donde estaríamos es en una omisión del deber de socorro. Imaginen ustedes un socorrista que está arriba de su tarima o taburete en una piscina y que haya alguien con signos inequívocos de estar ahogándose, imaginemos que antes de estar ahogándose el que se ha echado a la piscina le ha dicho al socorrista “mira oye que voy a suicidarme, que no se nadar y me voy a tirar, no te molestes en hacer nada y por favor no me fastidies”, se tira a la piscina y con signos inequívocos de querer morir, perdón, una manifestación inequívoca de querer morir y, luego, con signos inequívocos de que está muriendo, el socorrista no hace nada de la obligación que tiene, además está allí para eso, con posición de garante, para garantizar resultados como el que va a ocurrir. Bien, el problema está en que imaginemos que el socorrista que está liado con la novia del que se tira para ahogarse sí que quiere que el otro muera, es decir, lo que quiere es que muera y ha quedado con la novia a ver si hay suerte. Entonces, precisamente, en un caso como éste, el ánimo de cooperar lo podría convertir en un cooperador necesario. Pero, si no hay ánimo de cooperar, el que abre una puerta y se encuentra un cuerpo humano todavía con convulsiones colgando de una cuerda y dice “uy! perdón no quería molestar” y cierra la puerta, el caso es sustancialmente distinto. Entonces no lo conoce, no está liado con su novia y no tiene ninguna voluntad de que aquél muera, pero tampoco de hacer nada, entonces ahí, de ser algo, sería una omisión del deber de socorro, nunca una cooperación necesaria en el suicidio de otro.

En cuanto al suicidio asistido denominado también “homicidio-suicidio”, el artículo 143-3 castiga con la pena de prisión de seis a diez años “si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”. Verdaderamente esto de cooperación no tiene nada. El código ha querido quitar hierro para que se notara que no estamos ante la ejecución de la conducta típica del homicidio, pero aquí sí que hay un resultado de muerte porque aquí se mata, en los otros supuestos se cooperaba etc. y el resultado de muerte era del suicida, aquí al suicida se le mata, por tanto el otro no se suicida, se le liquida, es decir, se le mata. Es verdad que esto es así porque lo pide, pero es que aquí la cooperación no es que sea necesaria es que es ejecución porque el Código ha dicho “si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”. Por tanto, la ejecución del suicidio de otro es auténtica autoría del artículo 28 donde queda definida. Todo ello para que nos situemos en este precepto, que atenúa la pena. El homicidio saben ustedes que comienza en los diez años, es de diez a quince y, sin embargo, en este precepto llega hasta los diez. La diferencia es que en uno dice por favor márame y en el otro dice por favor no me mates. La diferencia puede ser de solo un día porque diez años y un día entraría dentro de la pena del homicidio y diez años estaría dentro todavía de la pena del suicidio asistido. Aunque es verdad que también podríamos irnos a los extremos. Podrían ser seis y podrían ser quince,

pero también podría ser sólo un día de diferencia. Es necesario que el sujeto consienta libremente y que exista constancia absoluta y fehaciente de esa voluntad.

No debe confundirse aunque muchas veces se hace con la regulación penal de la eutanasia del 143-4 CP. No hay nada de eutanasia en este caso, sólo hay un señor que quiere morir pero nada más y eso no tiene nada que ver con la eutanasia. Vamos a ver, Romeo y Julieta no eran eutanásicos y Romeo y Julieta eran un par de delincuentes los dos, los dos entran en el 143, uno por inductor, luego el otro por cooperador necesario y encima les sale mal la situación típica porque no le da el veneno suficiente. Recuerden que se despierta cuando el otro ya se ha clavado la daga. Por eso se trata de un drama, pero a parte es que en España serían un par de delincuentes. Se podrían librar por la menor edad, parece que tenían menos de la edad penal, pero son un par de delincuentes.

Algunos sectores niegan la posibilidad de la omisión basándose en la expresión "ejecutar él mismo la muerte", de modo que parece que hay una idea más activa. Pero, como veremos después en las conductas eutanásicas, cuando ha querido decirlo de otro modo el legislador, lo ha dicho de modo. La mayoría de la doctrina entiende que la omisión también cabe. Sólo niegan esta posibilidad los que entienden que la voluntad de morir del que acaba muerto elimina la posición de garante y que por tanto no cabría la omisión. Recuerden que la muerte es el resultado de la conducta frente a las anteriores conductas que hemos analizado. Y aquí viene el problema de que estamos ante conductas de participación, estamos ante una conducta de matar a otro, ese otro quiere morir, pero puede ocurrir que el que mate a otro porque ejecute colabore hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, es decir, que mate, además se ayude de otros que le ayuden a matar a ese, es decir, que estamos ante la colaboración, la simple colaboración en un delito que es el de cooperación ejecutiva en el suicidio. Estamos ante un tipo especial. La conducta principal aquí es matar a otro, pero como lo que lo hace especial es la voluntad de morir del que acaba muerto, entonces nos podemos ir a las reglas generales de la complicidad y de la cooperación necesaria, en lugar de irnos al 143-2. Se trata de la cooperación necesaria en los actos de causación de la muerte de otro que quería morir y, claro, de irnos de un precepto a otro la diferencia es de cinco años de pena, de eso tampoco hay ninguna duda.

Y por último, vamos analizar lo que podríamos llamar la regulación penal de la eutanasia del 143-4. La mayoría de la doctrina penal entiende que a fecha de hoy sólo debería regularse desde el plano de la dignidad y libre voluntad de la persona. La libertad del sujeto pasivo y la seguridad sobre la libertad con que se emita la petición tiene que ser absoluta, sin entrar en polémicas absurdas que sólo sirven para enturbiar la cuestión. No cabe la suplantación de la voluntad del paciente

para una conducta como ésta. La constancia de su voluntad por los ciudadanos tiene que ser clara y puede venir dada perfectamente por la declaración de los documentos de últimas voluntades, también llamado de "voluntades anticipadas". Así, surge un deber de respeto a la decisión más allá de la objeción de conciencia y esto alguien desde el Ordenamiento me lo tiene que permitir más allá de otros planteamientos morales o deontológicos.

Este extremo la doctrina penal también lo tiene claro y por eso entiende que desde cualquier interpretación y óptica se debería diseñar una legislación en la que careciese de relevancia penal la decisión de poner término a un coma irreversible. La regulación jurídico-penal que quedó en el nuevo código es como en esas películas en las que se muere el actor principal antes de que se termine el rodaje. De modo, que lo que aparecía en el Proyecto de Ley, en el último momento fue cambiado por el conocido "juego" de las mayorías parlamentarias.

Lo que dice ahora el 143-4 es que "el que causare o cooperare", por tanto aquí hay dos delitos porque aquí están la figura de la ejecución y la figura de la cooperación pero aquí sí que no hay duda, como veremos, con respecto a si cabe la conducta omisiva. Se trata de "el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro por la petición expresa, seria e inequívoca de éste". Ahora el contexto eutanásico, en la caso de que "la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte" o que produjera esa grave enfermedad "graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar", hace que sea castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas a los números dos y tres de este artículo. Es decir, que técnicamente lo que podríamos llamar supuestos eutanásicos en el código penal serían subtipos atenuados de la cooperación necesaria y de la cooperación ejecutiva en la muerte de otro como muerte suicida sin apellidos, es decir, como muerte querida sin más.

Por tanto, en el último momento se pasó a la mera atenuación de la pena lo que permitía llegar a penas de no ingreso en prisión. Es lo que se ha calificado por los penalistas como "hipocresía penal" ya que quiero despenalizar, pero al mismo tiempo quiero poner unas penas no muy altas, es decir, que salvo que usted se dedique a quitar la vida sistemáticamente los condeno pero "un poco" y entonces no ingresan en prisión. La causación de la muerte ha de ser activa y lo mismo la cooperación, de eso tampoco hay duda en derecho penal. Insisto en que el código en este precepto ha dicho activamente y cuando dice activamente es que quiere excluir de la tipicidad las conductas omisivas. Por tanto, la causación de la muerte o la cooperación necesaria han de ser activas, la conducta omisiva está desde el año 95 despenalizada en el código penal español. Ni un solo penalista opina de distinta manera. No hay dudas jurídico-penales sobre la despenalización de la omisión en esos dos supuestos delictivos.

El contexto eutanásico que marca la ley es en primer lugar una enfermedad. Cabe la posibilidad de una enfermedad sin necesidad de padecimientos, es decir, basta con la presencia de un diagnóstico cierto aunque no se esté terminal. A continuación, el código habla de "graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar". Éste es otro contexto, unos padecimientos que tendrán que ser permanentes, graves y, a partir de ahí, posiblemente el legislador penal no ha tenido en ninguna otra parte del código un nivel de fatuidad tan elevada como en este precepto, al decir "difíciles de soportar", ya que no tiene mucho sentido que dependa de un Juez la determinación de lo que es para una persona u otra "difícil de soportar". Por tanto, lo peor es la inseguridad jurídica que produce ese "difícil de soportar" como elemento normativo pendiente de valoración, ya que depende del Juez determinar su contenido en cada caso. Esto en derecho y, especialmente, en derecho penal, no puede ocurrir, no debe ocurrir, pero ocurre aunque vaya en contra del contenido más elemental del principio de legalidad y de la taxatividad penal.

Y, por último, respecto de la petición, como no puede ser de otro modo, ha de ser "seria", aunque es verdad que esta expresión puede dar lugar al error. Ya saben todo el juego que el error dio en el código penal del 95. En principio tiene que ser seria, pero por ejemplo hay gente que cuenta chistes y no sólo es que no tengan gracia es que parece que están contando una cosa de verdad, es que son tan serios que cuentan un chiste y parece que están contando un accidente. Bueno, pues hay a lo mejor quien expresa algo tan serio que te lo crees y, luego, dice "no era broma" y está muerto. Seria y "expresa", que no equivale a escrita. Vamos a ver, si yo ahora les dijera que es lo que deseo en determinada situación si me ocurriese esto, lo he expresado y no hay duda de que es expreso, y si no se lo doy por escrito no quiere decir que no lo sea, que no sea expreso. Y además se exige que la voluntad sea "inequívoca" para evitar los supuestos de error. Puesto que si fuera equívoco y el equívoco fuera comprensible volveríamos a caer en los supuestos del error.

Esto es lo que yo podría o lo que yo he intentado exponerles como lo defendido por casi la unanimidad de la doctrina penalista de este país. Podrían encontrar, tendrían que trabajar bastante, pero podrían encontrar algún penalista que disienta de esto que les acabo de decir, pero, cuando digo penalista, digo juristas dedicados en su investigación y en sus publicaciones al derecho penal. Es decir, que éste podríamos decir que es el estado actual e incluso las pretensiones de futuro de este tema. Como les he ido diciendo, en cuanto a dejar tan sólo la inducción, hay también otros muchos documentos en el mismo sentido aunque sea con matices, del mismo Observatorio, así como del movimiento de reunión de muchos penalistas dentro del Grupo de política criminal, que también tiene un libro sobre estas cuestiones. Eso es lo que yo quería expresarles a ustedes, espero haberlo hecho con claridad y no aburriéndoles demasiado sobre cuál es el estado de la ciencia penal respecto a la disponibilidad de la vida con el consentimiento del titular.

Pues bien, agradeciendo una vez más a los organizadores el que hayan contado con mi presencia y esperando, de verdad, que les haya sido de utilidad lo que les he dicho, nada más y muchas gracias.

## AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y SISTEMA SANITARIO: CONFLICTO DE BIENES JURÍDICOS

El sistema sanitario actual se enfrenta a un dilema ético y jurídico: cómo conciliar la autonomía del paciente con el deber de proporcionar el mejor tratamiento posible. Este conflicto surge cuando el paciente rechaza un tratamiento que los médicos consideran necesario y beneficioso. El sistema sanitario debe respetar la decisión del paciente, pero también tiene la obligación de garantizar la calidad y seguridad de la atención. Este artículo analiza los aspectos legales y éticos de este conflicto, destacando la importancia de la información adecuada y el consentimiento informado. Se exploran las consecuencias de no respetar la autonomía del paciente, así como las estrategias para manejar estos casos de manera ética y legal. El objetivo es proporcionar una visión clara de los derechos y deberes de todas las partes involucradas en el proceso sanitario.

La autonomía del paciente es un principio fundamental en la medicina moderna. Implica el derecho del paciente a tomar decisiones sobre su propia salud y cuerpo. Sin embargo, el sistema sanitario a menudo se enfrenta a situaciones donde el paciente no quiere seguir las recomendaciones de los médicos. Este conflicto puede ser especialmente complicado cuando el tratamiento rechazado es el más efectivo para una enfermedad grave. Los médicos deben equilibrar su deber de proporcionar el mejor cuidado posible con el respeto a la voluntad del paciente. Este artículo examina los marcos legales que rigen estos conflictos, incluyendo la ley de autonomía del paciente y las normas deontológicas de la profesión médica. Se discuten casos prácticos y se ofrecen sugerencias para la comunicación efectiva entre médicos y pacientes. El análisis concluye que la clave para resolver estos conflictos reside en una comunicación abierta y honesta, donde se asegure que el paciente comprende plenamente sus opciones y las consecuencias de cada una.



## **Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos.**

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ  
*Profesor titular de Derecho Civil*  
*Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Quiero comenzar mi intervención agradeciendo especialmente a don Francisco del Río. Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, la gentileza que ha tenido al invitarme a participar en estas conocidas y prestigiosas jornadas de estudios del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Por otro lado, también tengo que destacar que para mí resulta un motivo de enorme satisfacción y todo un honor poder compartir esta mesa con mi Maestro, el profesor D. Ángel López y López, así con otro Maestro del que tuve la enorme fortuna de recibir sus clases magistrales de derecho Mercantil en la Universidad de Sevilla, el Vicepresidente del Tribunal Constitucional, D. Guillermo Jiménez Sánchez. Resulta, en definitiva, un orgullo verme acompañado por personas, para mí, tan relevantes e importantes en mi formación jurídica y personal.

Realmente, tengo que decir que cuando me llamó Francisco del Río para ofrecerme impartir una conferencia sobre la autonomía del paciente y el sistema sanitario, inmediatamente llegué a dos conclusiones, probablemente apresuradas pero sin lugar a dudas correctas. La primera es que la elección del tema era muy acertada, porque, según mi parecer, es una de las cuestiones más problemáticas y conflictivas que ahora mismo se plantean en el ámbito de la práctica sanitaria diaria. Pero, por otro lado, también fui perfectamente consciente de las propias limitaciones e incertidumbres personales a las que uno, como jurista, se enfrenta ante cuestiones de tanta complejidad, envergadura y trascendencia, que escapan de los límites de lo seguro y cierto. Por lo tanto, y esta es la segunda conclusión a la que llegué, la propia naturaleza de la cuestión planteada aconseja asumir, como premisa metodológica, que es prácticamente imposible aportar soluciones claras, perfectas y con vocación de ser aplicadas a la universalidad de supuestos que puedan llegar a concurrir ya que, como veremos, la doctrina de la realidad del caso concreto se impone sobre cualquier intento de construir un sistema abstracto de soluciones. En cualquier caso, agradezco una vez más que se me haya dado esta excelente oportunidad de reflexionar en torno al conflicto de la autonomía de la

voluntad del paciente con otros bienes jurídicos, con otros derechos fundamentales, que pueden colisionar en el ámbito de la relación sanitaria asistencial.

Y para ello, sistemáticamente voy a comenzar realizando una breve introducción relativa a la concepción contemporánea que se tiene de la relación asistencial, puesto que creo que es imprescindible ubicar, en términos jurídicos, éticos y deontológicos, correctamente el marco de la relación del paciente dentro del sistema sanitario. Posteriormente, con la finalidad de ilustrar correctamente el conflicto de bienes jurídicos al que se hace referencia en el título de esta ponencia, pasaré a analizar algunos supuestos problemáticos que se presentan en la práctica de la relación médica diaria y que he seleccionado por su especial trascendencia, ya que en el caso concreto es donde encontraremos la realidad de los problemas y de las siempre complejas soluciones.

Actualmente, la relación clínica asistencial puede considerarse como una práctica destinada a la protección y el cuidado de las personas<sup>1</sup>. La relación asistencial se encuentra por lo tanto orientada, como no podría ser de otra manera, a la persecución de un fin muy claro, que es el de preservar la salud de las personas, componente esencial e imprescindible del derecho a gozar de una vida digna. Así pues, el derecho a la protección de la salud, recogido explícitamente en el artículo 43 de la Constitución Española, es, sin lugar a dudas, el marco en el cual tiene lugar y en el cual se desarrolla toda la relación asistencial.

Sin embargo, una vez apuntada esta primera conclusión, que resulta hasta un cierto punto una obviedad casi prescindible, es necesario determinar la forma en la que se articula esa relación asistencial destinada a la protección de la salud de las personas. Históricamente, la relación sanitaria se ha venido construyendo desde un punto de vista nítidamente paternalista. Esto es, al médico se le suponía un elevado conocimiento científico y, en consecuencia, se le otorgaba una legitimación y confianza muy alta, hasta el punto de ser la única persona que podía unilateralmente decidir qué estaba bien y qué estaba mal para el paciente, sin tener en cuenta, claro está, su parecer concreto. Dicho con otras palabras, su formación académica le otorgaba el conocimiento, éste, a su vez, le concedía el monopolio de la detentación del principio de la beneficencia -base del Juramento Hipocrático y principio fundamental de la Bioética moderna- y, lógicamente, todo ello hacía que

<sup>1</sup> José Antonio SEOANE, "El perímetro de la objeción de conciencia médica", *Indret*, 4/2009, p. 5.

se le otorgara al profesional de la medicina la conocida “libertad terapéutica”, que le permitía escudarse en una suerte de inmunidad profesional frente a terceros. Conocimiento científico, beneficencia y libertad terapéutica eran por lo tanto las tres palabras mágicas de un silogismo perfecto que conducía a la construcción de una relación asistencial claramente paternalista en la que el paciente aparecía como un sujeto pasivo en manos de las decisiones soberanas y legítimas de su médico, sabedor de lo que le conviene en todo momento a aquél. En este sentido, estimo conveniente traer a colación una sentencia que emitió en el año 1826 el Tribunal Civil de Domfront (Francia) el cual, en el contexto del enjuiciamiento de un médico, pidió a la Academia de Medicina que emitiera un informe sobre el caso, y ésta dictaminó lo siguiente: “el médico sólo reconoce como juez, después de Dios, a sus iguales, y no acepta más responsabilidad que la de la propia conciencia”<sup>2</sup>. Puede observarse como estas palabras son la expresión más perfecta de la concepción paternalista de la relación médico-paciente.

Sin embargo, este planteamiento ha sido superado, al menos conceptual y formalmente –otra cosa es lo que pueda seguir ocurriendo en ciertos casos de la práctica médica– gracias a la irrupción protagónica y revolucionaria del principio de la autonomía del paciente y de la correlativa necesidad del consentimiento informado. Efectivamente, el principio de autonomía del paciente hace referencia a la autodeterminación del sujeto libre y capaz en todas sus relaciones sanitarias, el cual, previa información, está capacitado para comprender las consecuencias de sus actos y asumir todo tipo de decisiones al respecto. Esto implica fundamentalmente que el paciente deja de ser el sujeto pasivo de la relación médica para convertirse en el centro sobre el que pivota toda la relación asistencial. En otras palabras, el paciente ha pasado a ser un agente activo que toma sus propias determinaciones en el marco general de un proceso deliberativo con los profesionales médicos que le otorgan toda la información necesaria para que pueda ejercer con libertad y conocimiento su derecho a la autonomía. En definitiva, la naturaleza y estructura de la relación asistencial se transmuta por completo, derribándose la histórica concepción paternalista que deja paso al reconocimiento de un paciente mayor de edad que tiene el control de las actuaciones médicas que le incumben personalmente. Este cambio, de proporciones incalculables (incluso en nuestros días), se asienta en dos instrumentos muy importantes. Por un lado, el consentimiento informado y, por otro lado, el testamento vital.

---

<sup>2</sup> Citada por, Sara LÓPEZ-CHAPA, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 29, nota a pie de página 14.

El consentimiento informado no es más que la voluntad que el paciente, libre, plenamente capaz y suficientemente informado, presta a la realización de cualquier tipo de práctica sanitaria sobre su persona. El consentimiento informado es un elemento completamente esencial de la relación asistencial, hasta el punto de que el Tribunal Supremo lo ha calificado en alguna ocasión como "derecho humano fundamental" [SSTS de 12 enero 2001 (RJ 2001, 3) y 11 mayo 2001 (RJ 2001, 6197)]. Salta a la vista que nuestro Alto Tribunal incurre en un exceso verbal, ya que el consentimiento informado no es propiamente un derecho humano, ni tan siquiera se trata de un derecho fundamental en el sentido técnico de la palabra, sino más bien de un derecho de la personalidad que, eso sí, goza de una indudable dimensión constitucional<sup>3</sup>. En cualquier caso, resulta indudable el hecho de que el consentimiento informado es el instrumento mediante el cual el paciente ejerce habitualmente su derecho a la autonomía o autodeterminación en el marco de la relación clínica asistencial.

El testamento vital, por su parte, responde a la necesidad de que las personas puedan mostrar de forma anticipada cuáles son sus opciones, valores e instrucciones que, en todo caso, deberán respetarse en el ámbito de la atención sanitaria cuando no puedan expresar personalmente su voluntad. Tal y como determina el artículo 9 del *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* (BOE, n.º 251, 20 octubre 1999), los deseos expresados anteriormente por un paciente respecto a una intervención médica deben ser tomados en consideración si en el momento de la intervención no se encuentra en situación de expresar su voluntad. Tengo que comenzar por aclarar que, aunque el término "testamento vital" goza de un cierto éxito que se traduce en una aceptación popular muy notable (en este sentido, debe destacarse cómo se ha incorporado al artículo 20 del vigente Estatuto de Autonomía de Andalucía, a pesar de que la legislación andaluza, como veremos a continuación, nunca ha empleado tal expresión), entiendo que su empleo no es jurídicamente apropiado, puesto que el testamento es *per se* un documento "mortis causa" funcionalmente diferente al mal llamado testamento vital. Por todo ello, creo mucho más conveniente recurrir a otros términos empleados en la legislación nacional y autonómica, como "instrucciones previas" (art. 11 de la Ley 41/2002) o "documento de voluntades vitales anticipadas" (Artículo 2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada

---

<sup>3</sup> Vid., E. RUBIO TORRANO, "Derechos fundamentales y consentimiento informado", *Aranzadi Civil*, 2002, n.º 19.

*de Andalucía*). En cualquier caso, considero que se trata de un documento absolutamente fundamental, hasta el punto de que puedo adelantar que muchos de los problemas y conflictos jurídicos que se presentan en las relaciones médicas podrían ser eludidos o, al menos, resueltos con mayor seguridad, si los pacientes hicieran saber anticipadamente las instrucciones, deseos y opciones personales que deben regir todas las decisiones que se tomen cuando pierdan la capacidad suficiente para decidir por sí mismos. Es obvio que de esta forma se evitaría hacer recaer en los jueces y tribunales todo el peso de la solución de situaciones extremadamente delicadas y complejas.

En conclusión, el marco de la relación asistencial contemporánea se articula en torno a compactos pilares: autonomía del paciente, información clínica, consentimiento informado y declaración de voluntad vital anticipada. Esta estructura conceptual goza asimismo de una sólida consistencia jurídica, a nivel internacional, nacional y autonómica, así como del aval incondicionado de la Bioética y de la deontología médica moderna.

A nivel internacional debe destacarse por su capital importancia el ya citado "Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina", más conocido como Convenio de Oviedo, que entró en vigor en España el 1 de enero del 2000, pasando desde entonces a formar parte del ordenamiento jurídico español (art. 96 CE). Este Convenio, en cierto modo, ha constitucionalizado algunos de los principios esenciales de la Bioética, y por ello debe tenerse siempre presente cuando se afronte la resolución de los conflictos que se generan en el marco de la relación asistencial entre el paciente y los profesionales de la medicina. No está de más recordar que el propio artículo 10 de la Constitución Española, en su párrafo segundo, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad "con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Pues bien, los derechos fundamentales a la vida o a la integridad física, que entran en conflicto en tantas ocasiones en el ámbito de las relaciones sanitarias con otros bienes y derechos, y el propio derecho a la autonomía del paciente, deben interpretarse de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Oviedo o, en caso contrario, estaremos falseando ciertamente la realidad constitucional. Y no sólo eso, sino que estaremos falseando la relación de todas las normas que tiene que ayudar a interpretar los derechos fundamentales que aparecen en la Constitución. Pues bien, aclarado este extremo, debe recordarse que el Convenio de Oviedo hace del principio de la autonomía del paciente su bandera axiológica y ontológica, y como tal nunca debemos perderlo de vista. No

podemos olvidar tampoco la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea -sobre todo ahora que ha entrado en vigor el Tratado de Lisboa- en cuyo artículo 3, intitulado "Derecho a la integridad de la persona", tras proclamar que toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica, se aclara que en el marco de la medicina y la biología se respetará en particular "el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley".

La 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, adapta la legislación española a los principios esenciales del Convenio de Oviedo, pero, es sobre todo a nivel autonómico donde podemos encontrar una ingente cantidad de leyes que regulan la autonomía del paciente, el consentimiento informado y las instrucciones previas. Por obvias razones de tiempo no puedo detenerme en este momento en analizar, si quiera sucintamente, estas leyes, si bien les pido que me permitan destacar por su importancia el Proyecto de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, el cual se está tramitando en estos momentos en el Parlamento de Andalucía y que, en mi opinión, constituye un paso muy destacado en el proceso de consolidación de la autonomía del paciente en el momento del final de la vida, en el que debe hacerse realidad una idea en torno a la cual existe un gran consenso ético, la muerte digna.

En el campo de la Bioética puede destacarse que, desde el célebre informe Belmont, en el que se presentaron al mundo los conocidos "principios de la bioética", el principio de autonomía, que implica el deber de respetar las decisiones libres de las personas, su voluntad y su autodeterminación, es el primero de los principios o el principio esencial al que acompañan los principios de beneficencia, no malificencia y justicia.

Finalmente, desde un punto de vista deontológico cualquier código ético moderno considera que uno de los principales deberes de los profesionales de la medicina es el de respetar la autonomía del paciente (arts. 8.1 y 9 del Código de ética y deontología médica).

A la vista de todos estos datos puede convenirse que, sin un ápice de duda, la autonomía del paciente se ha convertido en el principio básico y esencial que preside la relación clínica asistencial, goza de una sólida consolidación legislativa, bioética y deontológica y, además, ha acabado siendo el elemento clave -aunque no único ni excluyente- para resolver los conflictos jurídicos que se presentan e interpretar las normas y derechos aplicables al caso concreto.

No obstante, es evidente que el principio de la autonomía del paciente no puede convertirse en un derecho fundamental absoluto y excluyente del resto. Como cualquier derecho tiene límites y, al entrar en colisión con otros derechos y bienes jurídicos, debe decidirse cuál de ellos debe prevalecer. Pues bien, con la finalidad de ilustrar de la mejor manera posible el funcionamiento y eficacia real del principio de la autonomía del paciente en el seno de las relaciones sanitarias, he preparado una tipología de los casos conflictivos que considero más importantes y relevantes, con la finalidad de analizarlos y dar mi opinión sobre cual debería ser la posible solución a adoptar en cada supuesto.

Sin embargo, como premisa metodológica ineludible quisiera advertir de que, como afirmara Robert Alexy en su conocida *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>4</sup>, en ningún caso podemos aspirar a construir una jerarquía que no sea flexible de los derechos en conflicto; es decir, la jerarquía de los derechos que frecuentemente colisionan en el ámbito de la relación asistencial tiene que ser necesariamente móvil. Por todo ello, soy consciente de que no puedo aspirar en ningún caso a establecer una serie de soluciones apriorísticas, generales y con vocación de universalidad, y estoy convencido de que me estaría equivocando gravemente si quisiera establecer una suerte de catálogo de soluciones globales a los problemas jurídicos y bioéticos que se plantean en las relaciones que entabla el paciente con los profesionales de la medicina. Eso resulta del todo imposible porque la doctrina del caso concreto, la tópica, es aquí fundamental. ¿Qué tenemos en consecuencia que hacer los juristas? Evidentemente, no hay que rehuir el problema, sino plantear cuáles son las herramientas y aportar los principios y elementos estructurales (normativos, bioéticos y deontológicos) mediante los cuales se deben analizar y se pueden solucionar los conflictos, y eso es precisamente lo que voy a intentar hacer a continuación.

Comencemos con el primer caso: conflicto entre el derecho a la información del paciente y el llamado estado de necesidad terapéutica. El supuesto sería el siguiente. Un paciente ingresa en el hospital aquejado de una determinada dolencia y el médico que le atiende descubre con el diagnóstico una enfermedad mortal inminente e irreversible. ¿Puede el médico privar al paciente, por motivos humanitarios o de compasión, de su derecho a ser informado del diagnóstico de su

---

<sup>4</sup> Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 267 y ss.

enfermedad? Históricamente se concedía en estos casos al médico el denominado “privilegio terapéutico”, eufemismo de claro corte paternalista con el que se justificaba la mentira piadosa que el médico contaba al paciente con la finalidad de evitar que se enfrentara a un diagnóstico fatal. Fijense que este privilegio implica nada más y nada menos que hurtar al paciente del derecho de información, un elemento fundamental para poder ejercer con plenitud su libre autonomía. Debe recordarse que el derecho a la autonomía privada en la relación asistencial es un derecho bifásico porque, en primer lugar, se manifiesta en forma de información completa y real que deben proporcionar al paciente los profesionales de la medicina y, a posteriori, aparece como un consentimiento libre y voluntario de la persona. En consecuencia, la transcendencia de privar al paciente de su derecho a ser informado es enorme. Así, se está privando al paciente de la posibilidad de realizar una declaración de voluntad vital anticipada o de otorgar un testamento notarial si no sospecha en ningún que su vida corre un serio peligro.

Por todo ello, entiendo que la posibilidad de privar al paciente de su derecho de información tiene que ser necesariamente muy limitada y estar en todo caso justificada. La citada ley 41/2002 recoge en su artículo 5, párrafo 4º, una excepción al derecho de la información y, concretamente, dice lo siguiente: “el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica”. La norma elude emplear el término “privilegio terapéutico” por las evidentes connotaciones negativas que éste tiene, y en su lugar prefiere hablar de “estado de necesidad terapéutica”. Ahora bien, ¿cuándo se da ese estado de necesidad terapéutica? El mismo precepto aclara que “cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. Por lo tanto, puede deducirse de las palabras empleadas que el legislador está pensando en el supuesto en el que, por ejemplo, un médico diagnostique una enfermedad a una persona especialmente hipocondríaca y, en razón de dicha enfermedad, pueda temer, fundadamente, que el conocimiento de su diagnóstico pueda afectarle de una manera dramática a su actual estado de salud. Pero, en cualquier caso, no debe ser algo opinable o susceptible de valoración subjetiva, porque se invoca claramente a la existencia de razones objetivas.

En este sentido, permítanme citarles una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª), de 11 de marzo de 1998, que sostenía que había actuado correctamente el médico que, por motivos humanitarios, había ocultado el diagnóstico fatal para el paciente<sup>5</sup>. Tengo que decir que discrepo completamente de la

<sup>5</sup> Citada por, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 254 y 255.

conclusión de esta resolución judicial porque, aun siendo anterior a la Ley 41/2002, refleja una percepción paternalista de la relación asistencial que choca frontalmente con el principio de la autonomía del paciente, consagrado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 5.4 de la Ley 41/2002, al prever una excepción al ejercicio de un derecho básico en la relación médico-paciente, tiene que interpretarse de forma claramente restrictiva, ya que en caso contrario correríamos el riesgo de, mediante el expediente formal de la necesidad terapéutica, reintroducir la actitud paternalista en el sistema, haciendo que el profesional de la medicina vuelva a decidir qué es bueno o malo para el paciente. El propio Convenio de Oviedo establece que el derecho a la información solamente puede ser restringido "de modo excepcional", en interés del paciente y mediante ley (art. 10.3).

En definitiva, en este primer conflicto entre el derecho a la información del paciente y la facultad del médico de ocultarle datos relativos a su estado de salud, entiendo que debe, en un principio, privilegiarse el primero de ellos, salvo que existan razones objetivas y acreditadas que justifiquen, en razón de un posible empeoramiento grave de la salud del paciente, la ocultación de la información real y completa. Pero insisto una vez más, solamente en casos excepcionales, cuando se dé una razón de posible afectación a la salud personal, perfectamente acreditada, puede privarse al paciente de su derecho a ser informado, a saber y conocer su estado de salud real. Por cierto, quiero destacar que el artículo 5.4 de la Ley 41/2002 no prevé ni siquiera que haya que dar noticia a los familiares del paciente cuando el médico decida no informarle por razones de necesidad terapéutica, algo que parece a todas luces sorprendente e injustificado.

El siguiente supuesto en el que me voy a detener es el de la posible limitación del consentimiento informado del paciente por causas de salud pública, y lo voy a ilustrar con un caso real que ocurrió en la ciudad de Barcelona. Un paciente al que se le había diagnosticado tuberculosis, una enfermedad altamente contagiosa incluso por vía oral, rechazó ser debidamente tratado de dicha enfermedad, por lo que el Ayuntamiento de Barcelona decidió solicitar en 1998 al Juez de Primera Instancia nº. 40 que autorizase el internamiento involuntario y el tratamiento médico forzoso de tal persona con la finalidad de neutralizar un posible riesgo de contagio a la población<sup>6</sup>. Nos encontramos con un nuevo conflicto de derechos: por un lado,

<sup>6</sup> Citada por, Ignacio SANCHO GARGALLO, "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", *Indret*, abril 2004, p. 19.

la autonomía y libertad del paciente que voluntariamente decide no tratarse, y, por otro lado, el derecho a la salud pública como interés general, que se traduce igualmente en el derecho a la vida y a la integridad física del resto de los ciudadanos que podrían infectarse al relacionarse con el enfermo de tuberculosis. Pues bien, en mi opinión las cosas están más claras en este supuesto, siendo el derecho a la salud pública el que debe prevalecer con carácter general frente a la posible autodeterminación del sujeto. Efectivamente, la Ley 41/2002 establece en el artículo 9, en su párrafo 2º letra a), que cuando exista un riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente "sin necesidad de contar con su consentimiento". Por lo tanto, es perfectamente posible iniciar un tratamiento en contra de la voluntad explícita del paciente cuando, como en el caso relatado, exista un riesgo o peligro real y efectivo para la salud pública.

En cualquier caso, es conveniente que no olvidemos que nos encontramos ante una limitación o, más bien, completa conculcación del derecho a la autonomía del paciente, derecho que, debe tenerse siempre presente, es una proyección de derechos fundamentales y valores constitucionales tan importantes como la libertad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>7</sup>. Es más, hay que recordar que podemos estar hablando incluso de la privación más absoluta de la libertad de una persona a la cual no sólo se le obliga a recibir un tratamiento contra su propia voluntad, sino a ser ingresada coactivamente en un hospital o centro médico en un régimen de cuarentena y aislamiento completo. Por todo ello, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece en su artículo 8, párrafo 6º, que precisan autorización o ratificación judicial las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental<sup>8</sup>. También se reconoce en el artículo 22.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la posibilidad de proceder a reconocimientos obligatorios a los trabajadores cuando sean imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los mismos,

<sup>7</sup> Vid., Josefa CANTERO MARTÍNEZ, *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 7.

<sup>8</sup> Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, "La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias", *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, Octubre, pp. 86 y 87.

para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, o, finalmente, cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. Por último, debe recordarse que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en el artículo 763 el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, previa autorización judicial.

Por lo tanto, hay que decir que es posible cercenar por completo el derecho de la autonomía del paciente y a su propia libertad cuando éste, con su actitud, ponga en riesgo la salud pública. No obstante, hace falta, como hemos visto, control judicial y, además, tiene que haber claramente un riesgo para la salud, una situación de urgencia y una ausencia de alternativas al tratamiento ofrecido al paciente. En este punto, deben tenerse en cuenta además los criterios que el propio Tribunal Constitucional maneja a la hora de llevar a cabo la ponderación de los derechos fundamentales que entran en conflicto y, muy especialmente, el principio de proporcionalidad, que debe presidir cualquier actuación al respecto.

Me referiré en tercer lugar a un supuesto típico al que se enfrentan con cierta frecuencia los facultativos que trabajan en las urgencias de los hospitales: un paciente ingresa en una situación muy grave que exige la práctica inmediata de una intervención ya que, de no hacerse, podría ponerse en peligro su propia vida<sup>9</sup>. ¿Puede un médico unilateralmente tomar una decisión de ese tipo sin contar con el consentimiento expreso del afectado o, al menos, de sus familiares por sustitución? La legislación ha sufrido una evolución muy considerable en este ámbito. Originariamente, tanto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, establecían que no era necesario el consentimiento del paciente cuando la urgencia no permitía demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. Por lo tanto, el facultativo era la persona que tenía que decidir si se realizaba o no un determinado tratamiento, tras juzgar la urgencia del caso y los peligros que para la salud del paciente podría entrañar cualquier tipo de retraso en la práctica de la intervención. Puede advertirse, por lo tanto, una aproximación paternalista al caso, puesto que el médico era el que, tras corroborar la existencia de una situación de

---

<sup>9</sup> Vid., Gonzalo ARRUEGO, "La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria no consentida y los denominados supuestos de "urgencia vital", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 82, 2008, pp. 53 y ss.

urgencia, decidía intervenir en aras del bien del paciente (principio de beneficencia) y sin contar con su consentimiento ni el de sus familiares. Sin embargo, el Convenio de Oviedo añade en su artículo 8 un requisito muy importante: "cuando no sea posible el consentimiento del paciente". Se trata de un matiz fundamental, ya que no basta con que haya una situación real de emergencia y de puesta en peligro de la vida del paciente, sino que es absolutamente necesario que éste -o su familia- no pueda prestar en ese momento su consentimiento. La Ley 41/2002, en su artículo 9.2 b), se hace eco de este requisito y establece que es posible la intervención sin consentimiento cuando "no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él". Por lo tanto, la situación ha cambiado radicalmente, ya que para que el médico decida unilateralmente practicar una intervención no basta con la simple existencia de un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo, sino que hace falta además que no se pueda contar ni con el consentimiento del paciente ni con el de las personas de su entorno. El facultativo debe dictaminar si, desde un punto de vista objetivo y técnico, hay o no una situación de urgencia que aconseje una intervención inmediata, pero si las facultades mentales del paciente le permiten decidir por sí mismo él tiene que consentir dicha intervención. Salta a la vista por lo tanto como nos encontramos ante una nueva expresión de la supremacía de la autonomía del paciente y de la superación, gracias al Convenio de Oviedo, del viejo -o no tanto- paternalismo médico.

Por cierto, hemos señalado con anterioridad que el riesgo para la salud debe ser urgente o inmediato, pues en caso contrario no estaría justificada ninguna intervención sin contar con el consentimiento del paciente. Un caso real puede servirnos para ilustrar la importancia del requisito. El Tribunal Supremo enjuició en una ocasión un supuesto en el que un médico, mientras se encontraba llevando a cabo una cesárea a una mujer, le practicó, tras consultarlo con su marido, una ligadura de trompas, al entender que si se quedaba nuevamente embarazada podría tener problemas de salud. La Sala Primera del Alto Tribunal, en sentencia de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4262), consideró con buen sentido que la conducta del médico era contraria a la *Lex Artis*, puesto que no se había acreditado la existencia de una situación de urgencia real que justificara prescindir del consentimiento de la paciente afectada y acudir, por sustitución, a la autorización de sus familiares. En otros términos, no se trataba de una decisión de urgencia vital e inminente para la afectada en la que el marido debía tomar una decisión que sirviera para salvar la vida de su mujer, y por lo tanto resultaba improcedente toda la actuación descrita.

Hasta ahora hemos analizado una serie de conflictos que, como hemos visto, encuentran una solución más o menos clara en el marco legislativo actual. Sin

embargo, los supuestos que se presentan en el ámbito de la relación asistencial pueden ser mucho más complejos y escapar del ámbito estricto de las previsiones del legislador. Pasemos a ver alguno de ellos.

Comencemos formulando la siguiente pregunta. Desde un punto de vista jurídico, ¿es legal que un paciente preste su consentimiento informado a una práctica clínica determinada que puede provocarle la muerte? En mi opinión, aun cuando pueda parecer duro y hasta cierto punto despiadado, la respuesta debe ser afirmativa, como se demostró en el conocido caso de doña Inmaculada Echevarría, que precisamente acaeció en esta tierra, Andalucía<sup>10</sup>. Inmaculada Echevarría era una mujer que convivía con una severa distrofia muscular desde los once años, que había pasado veinte años postrada en una cama, nueve de ellos conectada a un respirador, y que en estas circunstancias penosas y extremas decidió libre y voluntariamente solicitar la desconexión del citado respirador que la mantenía artificialmente con vida. Sin duda, nos encontramos con uno de los conflictos jurídicos más agudos y dramáticos que pueden plantearse, puesto que entra en juego, nada más y nada menos, el derecho fundamental a la vida, que debe vérselas con otros derechos, como la libertad y la integridad física y personal. Vamos a ir por partes a la hora de abordar este problema.

En primer lugar, esta petición, ¿tiene amparo legal o no? En mi opinión se trata de una solicitud completamente legal, ya que el rechazo al tratamiento está previsto en la Ley 41/2002. Efectivamente, señala expresamente el artículo 2.4 que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, debiendo constar su negativa por escrito. Por otro lado, hay que tener en cuenta que muchos de estos casos no son más que supuestos de revocaciones de consentimientos informados prestados previamente (de hecho, eso es lo que le ocurrió a doña Inmaculada Echevarría), y en este sentido, también en el artículo 8, párrafo 5º, de la Ley 41/2002 se establece que cualquier paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento. Por lo tanto, desde un punto de vista de la legalidad vigente, no hay ninguna duda de que tanto el rechazo al tratamiento como la revocación del consentimiento informado previamente prestado son dos prácticas que encuentran perfecto acomodo en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, puesto que la consecuencia final de haber observado la petición legítima que formuló doña Inmaculada Echevarría fue la de arrostrar su propia

<sup>10</sup> Pablo SIMÓN LORDA, Inés BARRIO CANTALEJO, "El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas", *Medicina Intensiva*, 2008, 32, pp. 444 a 451.

muerte, podríamos cuestionarnos si su derecho legal a rechazar el tratamiento al que estaba siendo sometida colisiona frontalmente con el reconocimiento del derecho a la vida recogido en el artículo 15 de la Constitución Española. Es decir, la cuestión se enmarca dentro del campo del conflicto, sin duda dramático, entre la autonomía del paciente, que justifica el derecho a decidir sobre la salud propia y los tratamientos a los que cada cual se somete, y, por otro, el derecho a la vida (art. 15 CE), que podría quedar vulnerado siempre y cuando el respeto a la autonomía del paciente provoque su propia muerte. Pues bien, creo que podemos encontrar algunas pistas significativas en la doctrina del Tribunal Constitucional que nos ayudarán a solventar el dilema. Me referiré a continuación a las resoluciones que ha tenido que tomar el Tribunal Constitucional en dos supuestos de enorme complejidad: negativa a la transfusión sanguínea de los Testigos de Jehová y huelga de hambre de los presos del GRAPO.

Empecemos por el primero de los supuestos. Resulta conocido el hecho de que los Testigos de Jehová se niegan, por razón de sus creencias y amparándose en el derecho fundamental a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de la Constitución Española, a que se les practiquen transfusiones de sangre en el curso de los tratamientos médicos que reciben. Pues bien, en una ocasión una mujer, tras dar a luz, comenzó a perder mucha sangre, por lo que los médicos le aconsejaron la realización de una transfusión de sangre. Tanto el marido como ella misma se negaron a que se practicara tal tratamiento por su condición de Testigos de Jehová, por lo que el equipo médico pidió autorización judicial, la cual les fue concedida, si bien la paciente, a pesar de haber recibido la transfusión sanguínea, terminó falleciendo al poco tiempo. El marido de la fallecida interpuso una querrela criminal contra el propio Juez por un delito de coacciones contra su libertad religiosa, declarando la Sala Segunda del Tribunal Supremo no haber lugar a la admisión de la querrela presentada. El Tribunal Constitucional, en el auto 369/1984, de 20 de junio de 1984, no dio lugar al recurso de amparo planteado en base a que, si bien es innegable que forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa el rechazar un tratamiento por motivos religiosos, "el derecho garantizado a la libertad religiosa por el artículo 16 de la Constitución tiene como límite la salud de las personas", según establece el artículo tercero de la Ley 7/1980, de 5 de julio, Orgánica de Libertad Religiosa, "y en pro de ella actúa el magistrado Juez otorgando autorización para las transfusiones sanguíneas". Así pues, en esta primera decisión el Tribunal Constitucional optó por reconocer que el derecho a la libertad religiosa no podía esgrimirse para rechazar un tratamiento médicamente prescrito cuando dicha negativa pudiera poner en riesgo la salud del propio paciente, prevaleciendo en todo caso el derecho a la vida. Sin embargo, más allá de la discutible interpretación que hace el auto del artículo tercero de la citada ley,

hay que decir que esta ponderación de los derechos fundamentales en liza ha experimentado una modificación sustancial en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, tal y como veremos a continuación.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de enfrentarse a un caso muy similar con ocasión de la huelga de hambre, realizada por motivos de reivindicación política, por un número de presos del grupo terrorista conocido con el acrónimo "GRAPO". Cuando la salud de los presos comenzó a empeorar por el trascurso de los días sin recibir alimentación, la Administración Penitenciaria decidió solicitar autorización judicial para suministrar forzosamente alimentación a los huelguistas y, así, evitar su muerte. Se trataba, en consecuencia, de un supuesto en el que entraban en franco conflicto la libertad ideológica, como derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución Española, con el derecho a la vida. Mediante auto la Audiencia Provincial de Madrid reconoció la posibilidad de practicar una alimentación forzosa siempre y cuando los presos hubieran perdido la consciencia y su vida corriera peligro, aclarándose que en ningún caso podía suministrarse la alimentación por vía bucal en tanto los presos persistieran en su estado de determinarse libre y conscientemente. Los huelguistas que fueron objeto de alimentación forzosa recurrieron en amparo al Tribunal Constitucional, que, en sentencia 120/1990, de 27 de junio de 1990, rechazó dar lugar al mismo por dos razones: la primera, porque entiende que los presos se encuentran en una relación de sujeción especial frente a la administración penitenciaria, teniendo ésta el deber ineludible de cuidar la salud y conservar la vida de toda la población reclusa; la segunda razón es que el derecho a la vida es el valor supremo que debe prevalecer en este caso. Posteriormente tendré la oportunidad de volver sobre esta última cuestión de la consideración del derecho a la vida.

Bien, tras haber expuesto brevemente estos dos casos, supongo que en este momento todos ustedes estarán pensando que procede ignorar la petición de rechazar un tratamiento o de revocar un consentimiento informado cuando ello implique poner en riesgo a la propia vida del paciente. Sin embargo, esta conclusión, a pesar de las apariencias, sería, en mi opinión, errónea. ¿Por qué razón? Entiendo que el problema reside en que, en demasiadas ocasiones, se intenta extraer de una frase o afirmación concreta incluida en una sentencia del Tribunal Constitucional una suerte de doctrina definitiva y universal, y tal modo de proceder, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no es correcto, en tanto que ignora que el Tribunal Constitucional dicta sus sentencias, especialmente en casos como éste, teniendo en cuenta la realidad del supuesto concreto y buscando una específica solución para el mismo. Así, si leemos con detalle la sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 a la que hicimos anteriormente referencia,

encontraremos una frase muy significativa en la que se afirma que “el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles, no solo por el de querer morir, y por consiguiente esa asistencia médica coactiva constituirá una limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física”. Es decir, el propio Tribunal Constitucional reconoce que, con carácter general, si a una persona se le impone coactivamente un tratamiento que repudia, se está vulnerando su derecho fundamental a la integridad física. No obstante, con carácter excepcional, decide no otorgar el amparo en la situación concreta de los presos huelguistas de hambre porque entiende que están sometidos a una relación de sujeción especial penitenciaria que justifica la medida. Pero entiendo que la regla, precisamente, sería la contraria, tal y como puede deducirse de la sentencia 154/2002 del propio Tribunal Constitucional, a la cual me referiré con posterioridad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Pretty v. Reino Unido*, ha confirmado este enfoque doctrinal. Efectivamente, los hechos fueron los siguientes: *Diana Pretty*, una mujer que sufría un proceso degenerativo incurable, solicitó ante los Tribunales del Reino Unido que se garantizara la inmunidad penal de su marido en el caso de que éste le ayudara a poner fin a su vida. Tras ver desestimada su petición en las distintas instancias jurisdiccionales británicas, recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, el cual señaló en su Sentencia de 29 de abril de 2002 que, “en materia médica, el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 del Convenio. Como admite la jurisprudencia interna, una persona puede reivindicar el derecho a ejercer su elección de morir rechazando un tratamiento que pudiera prolongar su vida”. Puede apreciarse cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos formula de manera aún más contundente la conclusión de que la imposición de un tratamiento coactivamente constituye una vulneración del derecho a la integridad física del paciente, incluso en aquellos casos en que la renuncia al mismo implique la muerte. La libertad personal y el derecho a la integridad física y moral, por lo tanto, amparan a aquellos que se niegan a recibir un tratamiento médico con grave riesgo para su propia vida. Por lo tanto, mi conclusión es que cuando nos encontremos con una persona con plena capacidad de obrar, es decir, mayor de edad y además con sus aptitudes volitivas e intelectivas intactas, el no atender a su petición de poner fin a un tratamiento implica vulnerar frontalmente el derecho fundamental a su integridad física. Así lo

entendió también el Consejo Consultivo de Andalucía, que consideró, precisamente basándose en esta jurisprudencia, que la petición de doña Inmaculada Echeverría era ajustada a derecho.

Una vez expuesta esta idea, quisiera, a modo de conclusión, realizar un par de reflexiones sobre el auto y la sentencia del Tribunal Constitucional que me han servido para exponer el conflicto que acabamos de analizar. Respecto al auto relativo a los Testigos de Jehová, tengo que decir que, tal y como ya adelanté, personalmente nunca he compartido la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional del límite de la salud en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa se refiere en su artículo tercero a la "salud pública", y ese es el límite del ejercicio de la libertad religiosa, no la salud personal del propio titular del derecho fundamental a la libertad religiosa. Esta opinión ha dejado de ser exclusiva del que les habla, puesto que se encuentra claramente refrendada en la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional. Así pues, debe entenderse que la interpretación que en su momento hizo el auto citado ha sido superada. En este sentido, resultan dignos de mención sendos autos de la Audiencia Provincial de Vizcaya [6 de julio 2001 (ARP 2001, 749)] y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa [22 de septiembre 2004 (JUR 2004, 308812)], los cuales han anulado los autos emitidos por determinados Juzgados de Primera Instancia en los que se concedía autorización judicial para llevar a cabo una transfusión sanguínea coactiva a un Testigo de Jehová, residiendo el motivo de la anulación en el hecho de que a un paciente mayor de edad, consciente y libre no se le puede obligar a someterse a un tratamiento contrario a su voluntad. Por lo tanto, incluso la práctica jurisprudencial menor ha considerado que hoy en día la imposición coactiva de un tratamiento a un Testigo de Jehová es una vulneración de su derecho a la libertad religiosa. Y creo, igualmente, que el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 154/2002, también lo entiende así.

Y respecto a la sentencia por la que se rechazaba el recurso de amparo presentado por los huelguistas de los GRAPO, tengo que decir que discrepo profundamente con el principal argumento esgrimido: la existencia de una relación de sujeción especial. En línea con lo expresado por el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer en su voto particular a la citada sentencia, entiendo que una persona, por el simple hecho de estar en prisión, no debe ver limitado su derecho fundamental a la libertad de conciencia y a la autonomía de voluntad derivada de la misma, con independencia de que exista un deber de cuidado de la Administración Penitenciaria derivado del simple hecho de que se trata de sujetos privados de libertad que tienen que ser necesariamente atendidos por el Estado.

Personalmente creo que, como mínimo, la doctrina que se empleó en aquella ocasión es discutible de acuerdo con la propia teoría de la ponderación de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad. Por otro lado, la sentencia 120/1990 también hace referencia al derecho a la vida, al igual que otras muchas sentencias, y respecto a la doctrina del derecho a la vida quisiera señalar un par de cosas. En primer lugar, se ha dicho que el derecho a la vida es el “valor superior del ordenamiento jurídico constitucional”, cosa que considero discutible, entre otras cosas porque no aparece en la enumeración de los valores del artículo uno de la Constitución. Pero también se ha afirmado que el derecho a la vida es un derecho fundamental absoluto e ilimitable, algo igualmente discutible –cuando no directamente rechazable– porque en el sistema de los derechos fundamentales ninguno debe ser superior, absoluto e indisponible frente a todos los demás. Una interpretación del derecho a la vida en tales claves nos podría llevar a considerar que casos como el de Inmaculada Echeverría carecen de amparo en nuestro sistema constitucional. Por todo ello, entiendo que hay que tener mucho cuidado y ser extremadamente prudente con estas conclusiones que conducen a una concepción del derecho a la vida que, personalmente, entiendo que debería ser superada en nuestra sociedad<sup>11</sup>.

En el supuesto que acabamos de analizar partimos en todo momento del hecho de que una persona mayor de edad y plenamente capaz rechaza un tratamiento que puede provocarle la muerte, pero, ¿qué ocurrirá si es un menor de edad el que rechaza libremente dicho tratamiento? Esto es lo que acaeció en una historia completamente dramática que tuvo que enjuiciar el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2002. Se trataba de un niño de trece años que, tras sufrir un accidente de bicicleta que le produjo lesiones, fue ingresado en un hospital en el que los médicos, tras diagnosticar una situación de alto riesgo hemorrágico, aconsejaron practicar una transfusión sanguínea. Los padres se opusieron a la transfusión por motivos religiosos, ya que eran Testigos de Jehová, por lo que el Centro Hospitalario decidió solicitar al Juzgado de Guardia autorización para la práctica de la misma sin consentimiento, siéndole inmediatamente concedida tal autorización judicial. Los padres acataron la orden del juez, pero el menor se negó, con auténtico terror y reaccionando violentamente en un estado de excitación que los médicos estimaron muy contraproducente en tanto que, creyeron, podría provocarle una hemorragia cerebral. Por todo ello, los médicos decidieron concederle el alta voluntaria, y a partir de ahí comenzó para los padres y el menor un periplo,

<sup>11</sup> Vid., Ricardo CHUECA RODRÍGUEZ, “El marco constitucional del final de la propia vida”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 2009, pp. 99 y ss.

con tintes de calvario, por diferentes hospitales de Cataluña y Aragón que concluyó, tras haber rechazado ambos el tratamiento de la transfusión sanguínea en varias ocasiones, con el fallecimiento del menor alrededor de una semana después de haber sufrido el accidente. El Tribunal Constitucional no se vio obligado a analizar con detalle el problema de la posible capacidad del menor para rechazar el tratamiento, ya que el recurso de amparo fue presentado por sus padres en tanto que habían sido condenados por un delito de homicidio por comisión por omisión. No obstante, en la sentencia se señalan algunas cosas muy importantes que nos pueden servir para abordar correctamente el problema planteado. En primer lugar, se reconoce con toda claridad que el menor de edad es titular del derecho fundamental a la libertad religiosa, y, además, se establece que “al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando su derecho a la autodeterminación que tiene como sustrato corporal y que se traduce en el derecho fundamental a la integridad física”. Por lo tanto, reconoce que su oposición a la transfusión sanguínea no era más que una manifestación concreta del ejercicio del derecho a la libertad religiosa y a la integridad física que, como menor de edad, tiene. Sin embargo, señala que “el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor no es de suyo suficiente para por vía de equiparación reconocer la eficacia jurídica de un acto que por afectar en sentido negativo a la vida tiene como nota esencial la de ser definitivo y en consecuencia irreparable”. Es decir, la conclusión del Tribunal Constitucional es que el menor de edad tenía una cierta madurez pero no la capacidad de obrar suficiente como para tomar una decisión de tal calibre. No puedo discutir esta conclusión puesto que carezco de los elementos necesarios para juzgar la madurez concreta del menor, pero, insisto, la sentencia llega a dos conclusiones muy importantes: primero, el menor de edad goza del derecho fundamental a la integridad física y a la libertad de conciencia y religiosa; segundo, cuando se opuso al tratamiento precisamente estaba ejercitando ese derecho<sup>12</sup>.

Tomemos otro caso ocurrido en Inglaterra recientemente. Una niña, de tan solo trece años de edad, Hannah, sufría desde los cinco años una leucemia muy extraña y grave a consecuencia de la cual había sido sometida a tratamientos médicos tan agresivos que incluso acabaron por causarle un agujero en el corazón. Los médicos, ante la carencia de alternativas, le propusieron a la menor practicarle un trasplante de corazón para evitar su muerte, si bien le advirtieron tanto de los riesgos que conllevaba por su estado de salud como de la posibilidad de que la leucemia se desarrollara nuevamente como consecuencia de los medicamentos

---

<sup>12</sup> Vid., Abraham BARRERO ORTEGA, “Vida, salud y conciencia moral”, *Derecho y Salud*, Vol. 13, nº 1, enero-junio, 2005, pp. 220 y 223.

que tendría que tomar, y Hannah, ante el incierto y doloroso panorama que se le planteaba, decidió rechazar el trasplante, siendo apoyada en todo momento por sus padres y, finalmente, incluso por las autoridades sanitarias británicas, que decidieron no poner trabas al cumplimiento efectivo de su voluntad. En definitiva, se entendió que la menor de edad tenía la madurez suficiente para rechazar el tratamiento que se le proponía, aun cuando su voluntad podía conducirle a una muerte segura habida cuenta de la extrema debilidad de su corazón. Posteriormente esta niña, curiosamente, cambió de opinión por una serie de situaciones que se dieron, pero debemos quedarnos con el hecho de que se consideró que Hannah era plenamente capaz para rechazar el tratamiento en esas condiciones.

Una vez ilustrado el supuesto con estos dos casos, tenemos que ofrecer una posible solución a los mismos. Ante todo, hay que tomar en consideración cuál es el grado de madurez del menor de edad. Efectivamente, el artículo 6 del Convenio de Oviedo establece que “la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto o más determinante en función de la edad y de su grado de madurez”. Por lo tanto, hay que tener en cuenta cuál es su grado de madurez real o efectivo, lo cual habrá de hacerse caso a caso. Por otro lado, la Ley 41/2002 establece una serie de reglas que hay que tomar en consideración en función de la edad del menor. En primer lugar, si es mayor de 16 años el menor de edad es el único que puede prestar el consentimiento, si bien, por tratarse de actuaciones que implican un riesgo grave para su salud, sus padres serán informados y su opinión tenida en cuenta (art. 9.3 c Ley 41/2002). Si fuera menor de edad pero mayor de 12 años, debe escucharse imperativamente su opinión, aun cuando el consentimiento habrá de ser prestado por sus representantes legales. En cualquiera de los dos casos queda abierta la posibilidad de un conflicto entre el menor y sus representantes legales que, inevitablemente, tendrá que ser resuelto por un juez, teniendo en cuenta que, si es mayor de 16 años, entiendo que su opinión debe prevalecer, y si fuera mayor de 12 años habrá que evaluar su grado de madurez para poder tomar una decisión definitiva.

Teniendo en cuenta cuál es el formato de estas jornadas, creo que ya me he extendido demasiado, por lo que voy a terminar citando brevemente un caso concreto del que me gustaría dejar constancia: la oposición del paciente a la limitación del esfuerzo terapéutico propuesto por los médicos. La limitación del esfuerzo terapéutico consiste en la retirada o no instauración de una medida de soporte vital porque, a juicio de los profesionales, el mal pronóstico del paciente en términos de calidad y cantidad de vida lo convierte en algo fútil, y solo contribuye a prolongar en el tiempo una situación biológica que carece de expectativas razonables de mejoría. Sin lugar a dudas, se trata de una buena práctica médica admitida y avalada por todos los códigos de deontología y por los principios generales

que inspiran la Bioética clínica. Efectivamente, la práctica de determinadas medidas puede suponer una obstinación, un ensañamiento o, como también se ha denominado, un encarnizamiento terapéutico contrario a la dignidad de la propia persona y a cualquier praxis médica correcta. Pero, ¿qué ocurre si el paciente desea y pide expresamente que se tomen ciertas medidas de soporte vital completamente fútiles? Y esta pregunta no encierra una reflexión abstracta y ficticia, de auténtico laboratorio jurídico, como podría pensarse a priori, y puedo demostrarlo con la cita del siguiente ejemplo. Esther Hutchinson era una señora norteamericana de 97 años de edad que padecía un cáncer que había metastizado prácticamente en todos los órganos vitales, y su hija, en cuanto representante de la misma, solicitó a los médicos que hicieran todo lo que fuera posible para salvar la vida de su madre<sup>13</sup>. Sin embargo, éstos se mostraban abiertamente contrarios a continuar con las medidas de soporte vital, por lo que propusieron poner fin a las mismas incluso en contra de la voluntad expresa de su hija, que se negaba a aceptar la conclusión de los profesionales implicados en el caso. Pues bien, ¿qué pueda hacerse en un conflicto tan dramático como éste? Sin lugar a dudas nos encontramos ante una situación muy compleja y discutible porque, evidentemente, el consentimiento informado del paciente es, como hemos reconocido al inicio de esta conferencia, un elemento fundamental y un principio básico, por lo que actuar en contra de su voluntad explícita (o de su representante) es algo extremadamente delicado y problemático que, en todo caso, debería estar muy bien justificado. Ahora bien, en mi opinión deberíamos formularnos la siguiente pregunta: ¿puede un paciente exigir a un médico que adopte una decisión contraria a la buena praxis médica? Porque, al fin y al cabo, el paciente está pidiendo que se lleve a cabo con su persona una mala práctica clínica, y no debemos olvidar que el consentimiento del paciente, como cualquiera, no puede ir contra la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC), ni, por supuesto, la *Lex Artis*. Por otro lado, tampoco podemos ignorar que vivimos en un Estado Social cuyos recursos son necesariamente limitados, por lo que, de acuerdo con el clásico principio bioético de la justicia, podríamos preguntarnos si la administración sanitaria está obligada a proporcionar en todo caso sus medios humanos y materiales independientemente de cuál sea la situación concreta en la que se encuentren las personas.

Numerosos Estados norteamericanos, como Texas, han aprobado una legislación específica destinada a impedir que la voluntad de los pacientes o de sus representantes pueda prevalecer en este tipo de casos frente al parecer del equipo

---

<sup>13</sup> Thaddeus MASON POPE, "Medical Futility Statutes: no safe harbor to unilaterally refuse life-sustaining treatment", *Tennessee Law Review*, 2007, 71, p. 3.

médico, instaurando al respecto un proceso en el que intervienen comités de ética, consultas a los familiares, etc. En España, hasta el momento, no contamos con normas destinadas a solventar este tipo de conflictos. No obstante, el Grupo de Trabajo encargado de preparar el Anteproyecto de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (del cual formaba parte quien les habla) contempló esta situación en el párrafo tercero del artículo 20, estableciendo al respecto un proceso en el que debían intervenir los comités de ética asistencial de los hospitales y los propios familiares antes de llegar a una posible decisión definitiva. Sin embargo, el Consejo Consultivo de Andalucía consideró que esta medida introducía una pieza extraña en el contenido de una ley que precisamente pivotaba en torno a la autonomía de la voluntad del paciente. Hubo, no obstante, un voto particular del consejero D. Ángel López López, con el cual coincido completamente, porque no creo que resulte contrario a Derecho limitar la eficacia de la autonomía de la persona cuando ésta pide que se lleve a cabo una mala práctica médica objetivamente desaconsejada por la *lex artis*. En cualquier caso, el proyecto de Ley que se ha remitido finalmente al Parlamento no contempla el supuesto de la oposición del paciente a la limitación del esfuerzo terapéutico, por lo que la incertidumbre e inseguridad jurídica permanecerán en cada ocasión en que se plantee un caso de este tipo.

Espero y deseo que la presente intervención haya servido para identificar y reflexionar en torno a algunos de los supuestos de la práctica clínica más destacados en los cuales entran en conflicto la autonomía de voluntad del paciente con otros derechos y bienes jurídicos. En cualquier caso, con independencia de la mayor o menor fortuna que haya tenido en la elección de tales casos, permítanme cerrar esta conferencia con una serie de conclusiones breves.

En primer lugar, particularmente recomiendo “huir” de la práctica consistente en escoger frases o expresiones concretas de una sentencia determinada del Tribunal Constitucional para deducir de la misma principios absolutos e inamovibles. La doctrina del Tribunal Constitucional hay que estudiarla en el marco en el que nace, esto es, en el caso concreto, y sólo de esa manera podremos evitar precipitarnos en conclusiones falsamente universales y apriorísticas.

En segundo lugar, aunque pueda parecer una ironía, creo que en este campo pocas soluciones son absolutamente ciertas, definitivas y cerradas. A mi maestro, el profesor D. Ángel López y López, no le gusta escuchar que en Derecho todo resulta discutible, y yo lo comparto, pero sí creo que en este ámbito, en el que entran en conflicto derechos fundamentales tan importantes, hay mucho que discutir, y eso es algo completamente distinto. Y en este sentido entiendo que debe huirse del

dogmatismo y afrontar los problemas con flexibilidad, rigor conceptual y mucho sentido común.

En tercer lugar, estoy completamente convencido de que es necesario implicar a la Bioética en la resolución de estas cuestiones, preferentemente a través de los comités de ética asistenciales de los hospitales. Desde luego, creo que todos podemos convenir en que una sociedad que no da más salida que la judicial a los conflictos que se planteen en su seno no funciona correctamente. Esos comités de ética asistencial, contemplados en el artículo 27 del Proyecto de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, son lo que, a través de los instrumentos y herramientas que ofrece la Bioética, deben aportar las pautas necesarias para solucionar los problemas y conflictos que se plantean en la práctica sanitaria. Además, si finalmente el conflicto llega a un juez, éste contará con una previa formación e información preciosa para tomar una decisión final. Pero insisto, por muy sorprendente que puede parecer esta frase en boca de alguien que vive del Derecho, es muy importante que no todo se deje a la suerte de los jueces. Es imprescindible que intervenga la Bioética y que se alcance un grado alto de interacción y colaboración entre ésta y el Derecho<sup>14</sup>.

Finalmente, creo que es muy necesario potenciar el documento de voluntades vitales anticipadas, ya que, como anticipé al inicio de esta conferencia, muchos de los problemas y conflictos espinosos que se plantean podrían tener una fácil solución si el paciente dejara constancia formal de cuáles son sus instrucciones y opciones personales, coadyuvando de esa manera a neutralizar las incertidumbres y dudas a las que en otro caso deberán enfrentarse los encargados de tomar las decisiones finales.

Les agradezco a todos y todas su atención y quedo a su entera disposición para cualquier pregunta que quieran formularme. Muchas gracias.

---

<sup>14</sup> Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, "Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica del Siglo XXI", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2007/2, pp. 138 a 160.



## AUTONOMÍA Y BIOÉTICA CLÍNICA: EL RETO PARA LOS PROFESIONALES SANITARIOS

El presente artículo aborda la bioética clínica en relación con el consentimiento informado en el ámbito de la medicina. Se analiza el concepto de autonomía del paciente y el papel del profesional sanitario en la toma de decisiones. Se discuten los principios éticos que rigen la práctica clínica y se reflexiona sobre los desafíos que plantea la autonomía del paciente en el contexto de la medicina moderna.

La autonomía del paciente es un principio fundamental de la bioética clínica. Se refiere a la capacidad del paciente para tomar decisiones sobre su propia salud y bienestar. Este principio implica que el paciente debe ser informado adecuadamente sobre sus opciones de tratamiento y los riesgos y beneficios asociados. El profesional sanitario tiene la responsabilidad de garantizar que el paciente comprenda la información y que su consentimiento sea libre y voluntario. Sin embargo, la autonomía del paciente puede verse limitada por factores como la falta de información, la incapacidad o la influencia de terceros. En estos casos, el profesional sanitario debe actuar de acuerdo con el principio de beneficencia, buscando el mayor bien para el paciente.

El consentimiento informado es un proceso continuo que requiere una comunicación abierta y honesta entre el profesional sanitario y el paciente. El profesional sanitario debe proporcionar información clara y comprensible sobre el diagnóstico, las opciones de tratamiento y los riesgos y beneficios. El paciente debe tener tiempo suficiente para reflexionar sobre su decisión y hacer preguntas. El consentimiento informado no es un simple trámite burocrático, sino un acto ético que respalda la autonomía del paciente.

Palabras clave:

Autonomía, bioética clínica, consentimiento informado, medicina.

Este artículo forma parte de un libro de ponencias presentado en el Congreso Internacional de Bioética, celebrado en Madrid, España, en el mes de mayo de 2010. El libro de ponencias se puede encontrar en el siguiente enlace: <http://www.bioetica.org/ponencias/>



## **Autonomía y bioética clínica: el reto para profesionales sanitarios.**

PABLO SIMÓN LORDA

*Doctor en Medicina*

*Escuela Andaluza de Salud Pública*

La idea de autonomía de los pacientes es extraña a la tradición médica, a la tradición de la moral médica. Por eso la incorporación de la noción de “autonomía” a la práctica clínica implica necesariamente una revisión radical de los fundamentos y contenidos de los deberes profesionales.

Dice el Informe Belmont (1978) que el principio de “respeto por las personas” se operativiza en la práctica de la investigación en el procedimiento del “consentimiento informado”. Este principio lo conocemos hoy en día en bioética clínica como “principio de autonomía” gracias al célebre libro de Beauchamp y Childress “Principles of Biomedical Ethics”. Así pues, hablar de la inclusión del principio de autonomía en la esfera de las obligaciones morales de los médicos es, necesariamente, hablar de la inclusión del consentimiento informado en su manera de ejercer la medicina. Obviamente hablo del consentimiento informado como proceso compartido de toma de decisiones y no sólo de conseguir que las personas, los pacientes, firmen formularios, papeles, que es en lo que se ha convertido con frecuencia.

“Todo ha cambiado y nada ha cambiado”<sup>1</sup>. Esta era la síntesis diagnóstica que realizaban Faden y Beauchamp, en su crucial y célebre libro sobre consentimiento informado, acerca del estado de desarrollo de dicha teoría en EE.UU. en 1986 -hace por tanto 17 años-<sup>2</sup>. “Todo ha cambiado” porque las estructuras sociales, culturales, políticas, legales y profesionales que amparaban el paternalismo tradicional habían prácticamente desaparecido, y habían sido sustituidas por otras que propiciaban la

---

<sup>1</sup> “Everything’s changed, and nothing’s changed”

<sup>2</sup> Faden R, Beauchamp TL. A History and a Theory of Informed Consent. New York: Oxford, University Press, 1986; p.100-1.

participación de los pacientes en la toma de decisiones sanitarias. Pero “nada ha cambiado” porque en el fondo, muchos de los sanitarios norteamericanos habían claudicado en la forma por motivos estrictamente legales, pero en el fondo no habían asumido el cambio de mentalidad ética y profesional que llevaba pareja la idea del consentimiento informado, y por tanto sus verdaderas actitudes y querencias seguían siendo en realidad las del paternalismo.

La hipótesis diagnóstica que barajaré a lo largo de este trabajo con respecto a la situación de la teoría del consentimiento informado en nuestro país en el día de hoy es casi la misma que la que describen Faden y Beauchamp en 1986 respecto a EE.UU. “Todo ha cambiado respecto al consentimiento informado y, por tanto, respecto a la inclusión del principio de autonomía en la práctica clínica de los médicos españoles, y casi nada ha cambiado”. Pero para poder comprender cómo llego a esta afirmación habrá que mirar hacia atrás, a la historia, para iluminar así nuestro presente y poder vislumbrar algo de nuestro futuro.

Entre los clínicos de nuestro país es muy frecuente la percepción victimista del fenómeno del consentimiento informado y su vivencia de que se trata de una cuestión ajena al fin genuino de su profesión –al bien interno que le da sentido, como diría Jesús Conill–. Para una buena parte de ellos todo esto del consentimiento informado no es más que

- \* un invento importado de EE.UU. por abogados y pacientes ávidos de ganar dinero,
- \* alentado por jueces irresponsables que no tienen ni idea de la complejidad en la que se desarrolla la práctica clínica
- \* potenciado por legisladores cuyo único objetivo es, por una parte ganar votos, y por otra someter a la profesión médica, factor de poder siempre peligroso,
- \* y encima secundado por los especialistas de bioética, que cargan a los profesionales con nuevas y extrañas obligaciones que desvían la atención de lo único verdaderamente importante, que es curar a los pacientes.

La única posibilidad de desmontar este tipo de argumentaciones es tratar de explicar cómo se ha llegado históricamente a la introducción del consentimiento informado en la práctica médica, y qué es lo que ha pasado en nuestro país a este respecto.

## 1. LA ESTRUCTURA DE LAS OBLIGACIONES.

El primer paso es explicar a qué estamos obligados como seres humanos, como ciudadanos. Es decir, en qué se traduce la experiencia universal del deber, que es la médula central de esta discusión.

Para ello creo necesario introducir una distinción entre Moral, Ética y Derecho. Se trata de una distinción convencional. Como todos saben etimológicamente Ética y Moral significan lo mismo. Este uso que haremos aquí es, por tanto, puramente convencional.

Así, reservaremos el sustantivo “moral” para referirnos al conjunto de valores que configuran el ideal de vida buena, el ideal de Felicidad que tiene una persona. La moral es siempre de máximos, marca el horizonte de la Excelencia. Cada persona fundamenta este ideal como le parece. Algunas personas lo fundan religiosamente, en base a sus creencias de fe, configurando una moral religiosa. Todo proyecto moral es aceptable siempre y cuando respete los acuerdos éticos de la sociedad.

Por tanto utilizaremos el sustantivo “ética” para describir el conjunto de valores que una sociedad está obligada a respetar para garantizar el respeto mutuo, la convivencia pacífica y justa. Estos valores sólo pueden ser pocos, aunque fundamentales, por eso hablaremos de “ética de mínimos”. Además son los valores que guían en su conjunto a la sociedad civil, a la ciudadanía, por eso la caracterizaremos como “ética civil”, “ética ciudadana” o “ética republicana”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es quizás el paradigma de la ética civil, pues describe los valores mínimos que caracterizan el respeto a la dignidad humana.

La bioética se entiende pues como un proyecto de ética civil aplicada al mundo de la salud en su sentido amplio. La bioética engloba las éticas profesionales, la ética médica o la de enfermería, pero las desborda y amplía al hacer que se reconfiguren a la luz de un proyecto de ciudadanía, de un proyecto colectivo y participativo de aclaración de los valores en juego. En el fondo, la bioética trata sobre la manera de aplicar el marco ético de los derechos humanos al complejo mundo de las Ciencias de la Salud. De hecho, las grandes declaraciones de bioética hacen referencia a esta relación: “Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” de la UNESCO (2005), “Convenio para la protección de los Derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la

medicina" del Consejo de Europa (1996), etc. En el mismo sentido pueden entenderse muchas otras declaraciones, convenios o protocolos del mundo de la bioética, como el Código de Nuremberg, la Declaración de Helsinki o los famosos 4 principios de la bioética (autonomía, beneficencia, no-maleficencia y justicia).

Así como la Religión se conecta con la Moral, el Derecho se conecta con la Ética. El ámbito de influencia de las prescripciones morales o ética es la conciencia, personal y colectiva. El plano ético reclama respeto, exige respeto y somete a evidencia pública a los que lo violan. Pero nada más. No tiene fuerza punitiva. En cambio este sí es el mundo del Derecho. La norma legal no es más que un conjunto de valores éticos juridificados, es decir, sometidos a un proceso social y político, el legislativo, que les dota de una capacidad coactiva potencial que anteriormente no tenían. Este proceso se produce cuando una sociedad entiende que determinados valores éticos tienen una importancia crucial y merecen un mecanismo de protección especial.

Por tanto, la vida moral de una sociedad, de un grupo, de una persona, se mueve siempre al menos en tres planos, que son la Moral, la Ética y el Derecho. Además, puede existir en algunas personas un cuarto plano que alimenta la Moral, es la Religión. Es importante decir que los deberes que tenemos, en tanto que realización y optimización de valores, tienen un orden jerárquico. Los deberes jurídicos son más vinculantes que los éticos, y estos son más vinculantes que los morales. Y sin embargo el orden genético tiende a ser más frecuentemente, aunque no siempre, el inverso. El Derecho se origina a partir de la Ética, y esta a partir de la Moral. Sin embargo a veces las sociedades abren brechas jurídicas antes de que se haya creado una auténtica conciencia ética. Es decir, no siempre el Derecho va más lento que la evolución ética de una sociedad. A veces más rápido, abriendo posibilidades que sólo con el tiempo la sociedad ocupa y rellena éticamente.

## 2. LA UBICACIÓN DE LA MORAL MÉDICA EN LA ESTRUCTURA DEL DEBER.

La siguiente cuestión que tenemos que dilucidar es qué lugar ocupan en esta estructura las obligaciones de los profesionales sanitarios. En concreto la pregunta es si estas obligaciones son de tipo moral, ético, jurídico o, incluso religioso.

En mi opinión hay que distinguir claramente la situación antigua de la moderna. De la moral médica de los antiguos a la moral médica de los modernos diríamos, parafraseando a Constant.

La moral médica de los antiguos, es claramente, a mi modo de ver, una "Moral", no una "Ética" ni un "Derecho", aunque tiene un estatuto muy particular y unos rasgos muy peculiares. Estos rasgos derivan del hecho de ser una "Moral profesional". El concepto de "profesión" es aquí esencial.

El concepto de "profesión" es hoy en día difuso. Prácticamente se ha venido a identificar con una ocupación laboral con competencias definidas y carácter más o menos estable<sup>3</sup>. De esta forma, uno de los elementos que han definido históricamente las "profesiones", el de gestionar un cuerpo de conocimientos y habilidades específicos y no accesibles a todo el mundo, se ha convertido en el que determina la conversión de las antiguas ocupaciones en nuevas profesiones. La extraordinaria complejidad del mundo en el que vivimos hace inevitable la fragmentación y especialización de todos los saberes, teóricos y prácticos, y por eso cada parte queda en manos de una persona que domina ese cuerpo de conocimientos y habilidades. Así, esta persona es reconocida de foma general como un "profesional"... de la informática, de la instalación eléctrica, de la telefonía móvil, del transporte de mercancías, de la hostelería, del diseño, etc, etc. Además el prestigio social inherente a la condición de "profesional" hace que todos los trabajadores -legítimamente, por otra parte- quieran ser identificados como tales.

Sin embargo, para ser un poco más precisos, conviene diseccionar más finamente el concepto originario de profesión para tratar de exponer la totalidad de

---

<sup>3</sup> Hortal A. Ética de las profesiones. *Diálogo Filosófico* 1993; (Mayo):205-222.

los elementos que configuran lo que etimológica, histórica y tipológicamente ha sido una profesión. Aquellas ocupaciones que contengan la totalidad de esos elementos, serán verdaderas profesiones, las demás, lo serán en un sentido menos pleno y exacto.

Es bien sabido que la palabra *profesión* proviene del latín “*professio*”, que tiene un sentido fundamentalmente religioso, pues hace referencia al compromiso público, realizado ante la comunidad, de adherirse de forma inquebrantable a una creencia religiosa, de asumir como proyecto vital, como fin de la existencia, la realización efectiva de sus valores en uno mismo y en la comunidad<sup>4</sup>. El que “profesa” lo hace en una ceremonia ante la comunidad, en la que pronuncia públicamente su compromiso mediante una fórmula del tipo de un *juramento* o promesa. Este sentido de entrega vital es el que se identifica con otro término bien conocido por todos: “*vocatio*”, que traducimos por vocación. “*Vocatio*” es “llamada”. ¿Llamada a qué? Pues a incorporarse al grupo de los que “profesan”, que constituyen por tanto un colectivo “*segregatio*”, segregado del resto de la comunidad y de la sociedad por la misión tan elevada que van a tratar de realizar. Este colectivo de segregados se agrupa en organizaciones o asociaciones específicas dentro de las que se relacionan, con un fuerte sentido corporativo excluyente y cerrado.

Además, la realización de la misión exige la adquisición de un cuerpo de conocimientos y habilidades especiales, un *saber específico* que es controlado y transmitido dentro del propio grupo de segregados. Nadie más que los miembros del grupo puede acceder a dichos conocimientos y prácticas, so pena de ser considerado un peligroso farsante que hace *intrusismo*. Una cosa en la que a veces no se insiste es que el saber es teórico y práctico, científico y técnico. El técnico sabe hacer las cosas, pero no sabe dar razón teórica de por qué las hace. El científico y técnico sabe hacer las cosas, y sabe justificarlas teóricamente. Lo primero es típico del artesano; lo segundo del profesional.

Pero no sólo hay que adquirir conocimientos y habilidades. El vocacionado tiene que adquirir además unos hábitos de vida y de comportamiento, “*virtus*”, que vayan configurando un “*ethos*” que le ajuste al fin para el que ha sido llamado, un “*ethos*” *excelente*. Por eso, el grupo de vocacionados segregados no va a poder regirse por las normas sociales corrientes del resto de la sociedad, por las leyes. Su

<sup>4</sup> Gracia, D. Profesión médica, investigación y justicia sanitaria. Estudios de Bioética 4. Bogotá (Colombia): El Búho, 1998: p.45-54.

ámbito de responsabilidad está más allá del Derecho, es una *responsabilidad moral*, no jurídica. Y su conducta sólo puede ser juzgada internamente por los otros iguales que él, por los que pueden evaluar adecuadamente si con sus actos se mantiene fiel o no a su "professio". Eso significa juzgarlo a la luz de un código moral interno al grupo, un *código deontológico*. La *impunidad jurídica* es una característica fundamental del modelo clásico. Por último, está elevada conducta moral, tan honorable, no puede ser pagada porque en realidad no tiene precio, sólo puede tener *honorarios*.

Como puede verse, el mero análisis etimológico y semántico de las palabras que rodean y acompañan el concepto de profesión desde la Antigüedad, desentraña ya muchos de los rasgos que caracterizan dicha actividad. Pero aun conviene dar una vuelta más para explicar porqué los grupos profesionales han tenido históricamente tanta relevancia social y su "Moral" ha tenido un estatus social. Tiene que ver con su función social.

Las profesiones clásicas han sido tres: el sacerdocio, la judicatura y la medicina. Posteriormente se incorporaron los militares y los marinos<sup>5</sup>. Lo característico de las tres es que, mediante su saber, gestionan valores de alta relevancia social, valores fundamentales para la vida humana y la convivencia social. Y los tres son valores relacionados con la "salud". En el caso de la medicina es la salud del curso físico, en el sacerdote la salud del alma y en el gobernante, la salud de la polis.

Es bien sabido que la filosofía griega antigua pivotaba sobre la idea de Orden Natural<sup>6</sup>. La realidad era una totalidad ordenada conforme a unas leyes inmutables inscritas en las cosas mismas que sólo una sabiduría total, la *sophía*, podría desentrañar. Sólo los dioses tenían esa capacidad. Los hombres mortales teníamos que conformarnos con tratar de ascender por el camino del conocimiento, hasta acercarnos lo más posible a ella, llegando a ser *phylosophos*, amantes de la sabiduría. No podemos ser dioses, sólo "casi-dioses". Las cosas que ocupaban el lugar que les correspondía en el orden natural eran verdaderas, bellas y buenas, estaban sanas en el sentido amplio del término. Las cosas que se desajustaban se convertían en no-naturales, en falsas, feas y malas. El desajuste de la salud física produce "enfermedad", el de la salud espiritual, "pecado" y el de la salud social "anarquía".

---

<sup>5</sup> Gracia D. El poder médico. En: Dou A, ed. Ciencia y poder. Madrid: UPCO, 1987; p.143-145.

<sup>6</sup> Simón P. El consentimiento informado. Madrid: Triacastela, 2000.

Cuando esto sucedía, alguien tenía que conseguir que recuperaran el orden perdido. Obviamente, el más capacitado para ello era el que estaba más alto en la escala del conocimiento, el amante de la sabiduría, el filósofo. El filósofo sabía qué hacer para recuperar el orden y salir de desorden. Este esquema podría aplicarse a las tres realidades clásicas de la Naturaleza, al Polis y el Cuerpo. Así, para tratar de aplacar las enfermedades de la Naturaleza, como las catástrofes naturales, el sacerdote - filósofo tratará de aplicar sus artes espirituales y cosmológicas de sanación. En las enfermedades del cuerpo social, de la Polis, como la *anarchía*, serán los gobernantes filósofos, el rey o los sabios aristócratas, quienes habrán de reorganizar legislativamente la ciudad conforme a los principios del orden natural hasta lograr que cada uno ocupe su lugar. Y, en definitiva, en las enfermedades el cuerpo, a quien corresponderá lograr la sanación será al médico - filósofo, quién es el que sabe lo que hay que hacer para recuperar la salud perdida.

El modelo de relación que sale de aquí no puede ser otro que el de la benevolencia paternalista, donde el buen padre, filósofo, le dice a su hijo pequeño lo que tiene que hacer para vivir ajustado al Orden Natural o para recuperar su estatus verdaderamente, ajustado, cuando ha incurrido en la enfermedad, el pecado o la anarquía. Esto es lo que llamamos una relación paternalista, donde sólo hay "pacientes-pasivos", "in-firmus", "pecadores" o "desadaptados sociales", y donde la única actitud posible es plegarse ante la sabiduría del profesional, obedecer. El buen enfermo es, como el buen creyente y el buen súbdito, el que obedece.

Por tanto, para los griegos, y para todos los que han venido después de ellos, ser paternalista era un signo de distinción profesional, una obligación moral estricta. El buen médico, era el médico *paternalista*, que era el único médico bueno posible. En el breve tratado hipocrático titulado "*Sobre la decencia*", que es un pequeño manual de preceptiva ético - técnica del médico, puede leerse uno de los textos paradigmáticos de esta forma de entender la relación médico - paciente<sup>7</sup>:

"De manera que, supuesto todo lo anteriormente dicho, el médico debe hacer patente una cierta vivacidad, pues una actitud grave le hace inaccesible tanto a los sanos como a los enfermos. Y debe estar muy pendiente de sí mismo sin exhibir demasiado su persona ni dar a los profanos más explicaciones que las estrictamente necesarias, pues eso suele ser forzosamente una incitación a enjuiciar el tratamiento. Y ninguna de estas cosas deben hacerse de manera llamativa ni ostentosamente (...).

<sup>7</sup> Sobre la decencia, 7, 16. Cf. García Gual C, ed. Tratados Hipocráticos I. Madrid: Gredos, 1983, 205, 209.

Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, ánimale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y su futuro”.

Ahora se entiende porqué decía a comienzo de esta conferencia, que la idea de respeto a la autonomía es extraña a la profesión médica, y a todas las profesiones clásicas, añadiría yo ahora. Y añadiré una última cosa, tengo que decirles que esta sigue siendo la mentalidad en la que siguen siendo formados mayoritariamente nuestros estudiantes de Medicina en las Facultades todavía a día de hoy, y la mentalidad que siguen imbuyendo muchas de las actitudes y afirmaciones de las organizaciones profesionales médicas, especialmente de los Colegios de Médicos.

### 3. LA RUPTURA: DE LA MORAL MÉDICA ANTIGUA A LA MORAL MÉDICA MODERNA.

Y sin embargo lo cierto es que el sustrato filosófico de esta forma de entender las relaciones sanitarias, que no son más que una versión reducida de toda una forma de entender las relaciones sociales y políticas, ya había entrado en un proceso de crisis durante los siglos XV al XVIII.

Lo que resulta asombroso es que, aun cuando las relaciones sociopolíticas se hayan transformado de una manera radical con el tiempo, y a partir del siglo XVIII quienes las protagonicen ya no serán *siervos* sino *ciudadanos libres* con derechos, en las relaciones sanitarias el enfermo haya seguido siendo un *niño*, un *minusválido físico, psíquico y moral*, hasta anteaer. No será hasta el siglo XX cuando esto empiece a ser cuestionado, merced a la entrada en escena de la idea de los derechos de los pacientes, como ampliación al mundo sanitario del concepto de derechos de los ciudadanos.

La idea de consentimiento informado surge primeramente en el campo de la filosofía política en los albores de la Modernidad –en medio de las luchas entre protestantes y católicos, en pleno siglo XVI– y desde ahí, y sólo desde ahí, llegará al campo de la Medicina casi cuatro siglos más tarde.

La idea de consentimiento es la clave de la teoría contractualista, sea en las formulaciones de Hobbes, Locke o Rosseau, aunque obviamente con matices diferenciadores en cada uno de ellos. El contrato social, fundamento del poder político en la Modernidad, sólo nace del consentimiento libre e informado de los que, ejerciendo su autonomía, desean proteger sus derechos naturales innatos y convertirse en sociedad civil, en ciudadanía. El fundamento del poder político ya no será pues, la sabiduría del gobernante que lo hace capaz de interpretar el orden natural o divino, y ante la cual los súbditos sólo pueden y deben obedecer. El paternalismo político heredado del esencialismo naturalista, que convertía el orden político medieval en algo inmutable, caerá ante la evidencia de que los proyectos políticos nacen y mueren por acción de los hombres en la Historia, que siempre es algo en construcción. Los súbditos se convertirán ahora en ciudadanos con derechos, sujetos con libertad de conciencia para decidir qué religión profesar y qué estructura política construir. La autodeterminación de las personas, el ejercicio de la propia soberanía sobre el cuerpo y la mente, y la imposibilidad de recortarla salvo cuando perjudique a otros, como dirá Stuart Mill dos siglos después, se convierte en la clave moral de la Modernidad.

Si esto sucedió así en el campo de las relaciones públicas, políticas y sociales, era obvio que dichas ideas tendrían que llegar más pronto o más tarde al ámbito de lo privado, y a las estructuras de poder que en ella pervivían, que no hacían sino reproducir una vez más los esquemas paternalista premodernos. Lo sorprendente es que llegaran tan tarde, con casi cuatro siglos de retraso. Pero finalmente, a comienzos del siglo XX, las estructuras patriarcales que regían la vida privada familiar comenzaron poco a poco y tímidamente a tambalearse en nuestro mundo occidental. Y a partir de mediados de siglo –años 60– se derrumbará la hegemonía paternal del padre y esposo omnipotente, y se dejará paso a relaciones intrafamiliares más democráticas, contaminadas de la idea de consentimiento.

Por ello no debe sorprender que por las mismas fechas, en los EE.UU., la hasta ahora democracia representativa más antigua del planeta, los pacientes norteamericanos comenzarán a reivindicar una revisión del modelo de relación clínica que hasta entonces habían mantenido con sus médicos. El argumento de los pacientes era bien sencillo: nosotros somos ciudadanos con derechos, y las relaciones sociales

que establecemos entre nosotros se basan en la idea de libre consentimiento mutuo; por tanto no se ve la razón por la que al entrar en un hospital deja de considerárseos como tales ciudadanos y se nos obliga a establecer unas relaciones humanas basadas en la desinformación y el sometimiento. Lo que estaban reclamando los pacientes era que los médicos reconocieran la necesidad de replantear totalmente los esquemas paternalistas de las relaciones clínicas privadas porque no respondían al desarrollo moral de la sociedad, sino a esquemas morales tradicionales totalmente superados en la vida pública, en la vida sociopolítica. Pero esto suponía un profundísimo cambio cultural que afectaba al mismísimo paradigma clásico de las profesiones. Y los médicos norteamericanos no fueron capaces, no supieron, no pudieron o no quisieron entenderlo así. Por eso, la única salida que tuvieron los pacientes fue dirigirse a los instrumentos fundamentales que las sociedades modernas tienen para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos: los tribunales. Por eso la historia del consentimiento informado en EE.UU. fue, antes que nada, una historia de sentencias judiciales. Es la historia del desencuentro entre pacientes que quieren ser considerados ciudadanos con derechos, y profesionales que no comprenden que ha llegado el fin de las relaciones paternalistas, y que es preciso asentar esas relaciones sobre nuevas bases, que sólo pueden ser ya las de la Modernidad, las de la autonomía.

Así pues los médicos norteamericanos lo vivieron más bien como formando parte de un proceso de acoso contra la profesión, como un intento de desnaturalizarla y controlarla eliminando una de sus características típicas, la impunidad legal. Y a partir de ahí, como una injerencia intolerable en una relación clínica que sólo ellos podían supervisar y que sólo tenía sentido en el marco del fin de la actividad médica, la curación del paciente, tal y como ellos la entendían, claro. De hecho, las grandes organizaciones profesionales estadounidenses, como la *American Medical Association*, no reconocerán la necesidad de cambiar sus puntos de vista hasta principios de los 80, cuando el volumen de sentencias judiciales y de desarrollos legislativos en los diferentes Estados era ya incontestable. Sólo a partir de los 90 puede decirse que se ha generado poco a poco entre los profesionales norteamericanos una masa crítica suficiente a favor del modelo del consentimiento informado como el modelo ético básico de relación clínica.

Indudablemente hubo más factores en el impulso de la teoría del consentimiento informado, como su introducción en el Código de Núremberg, y su posterior inclusión en los desarrollos legislativos federales norteamericanos sobre investigación, o en los documentos internacionales como la Declaración de Helsinki. Pero esto no interesa desarrollarlo aquí y ahora, es más pertinente observar cómo la historia

del desarrollo del consentimiento informado en el ámbito asistencial de los EE.UU. se reprodujo casi miméticamente en nuestro país, salvando las obvias distancias culturales e históricas entre ambas naciones.

En el fondo, lo que estaba sucediendo era que los ciudadanos, el Estado, estaban cuestionando el monopolio médico del valor salud y, por tanto, la idea de que las obligaciones que la profesión se había marcado internamente respecto a la realización de ese valor sólo las definían ellos unilateralmente. Lo que estaban diciendo los ciudadanos era que las obligaciones morales ya no podían ser solamente materia "moral" sino que también tenían que ser cuestión "ética" y, por supuesto "obligación jurídica".

#### 4. LOS CIUDADANOS ESPAÑOLES Y SUS MÉDICOS.

España ha vivido bajo el paternalismo político hasta 1978, descontando si se quiere el breve período republicano entre 1931 y 1936, donde sí hubo democracia, aunque fuera imperfecta. Los sucesivos y fracasados intentos constitucionalistas liberales que, desde 1812, jalonan nuestra historia durante el siglo XIX nunca cuestionaron, en realidad, ni el orden político ni el socioeconómico del Antiguo Régimen. Eso quiere decir que este país no ha conocido el lento proceso de maduración social en democracia que han conocido otros países del mundo occidental. Sólo desde 1978, cuando en referéndum, esto es, mediante consentimiento informado, se aprueba la Constitución Española que instaura la democracia representativa en nuestro país, pueden los españoles empezar a reconocerse como ciudadanos con plenos derechos equiparables a los demás ciudadanos europeos. ¡Hace bien poco tiempo, por tanto!

Y si antes de esa fecha los españoles no se veían como ciudadanos, difícil era que se vieran a sí mismos como pacientes con derechos. El entramado del paternalismo político franquista extendía además sus tentáculos a todos los ámbitos de la realidad: los jueces y la Ley, la Medicina y los médicos, sólo podían ser paternalistas,

y era completamente impensable dentro de la dictadura un movimiento reivindicativo de pacientes semejante al de los pacientes norteamericanos de principio de siglo.

Así puede verse muy claramente en el art. 102 del Decreto 907/1966 que contiene el *Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social*<sup>8</sup>. Dicho artículo establecía las obligaciones del beneficiario de la Seguridad Social cuando tenía que recibir asistencia sanitaria. De entrada ya es ilustrativo que sólo se hablara de "obligaciones", y no también de "derechos". En cualquier caso, los apartados 1 y 2 de ese artículo decían:

1. El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por invalidez.
2. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si éste fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso. En todo caso, el beneficiario podrá recurrir la decisión sobre el carácter de su negativa ante las Comisiones Técnicas calificadoras, a que se refiere al artículo 144, constituidas al efecto en Tribunales Médicos".

Evidentemente había que tener mucho coraje para oponerse a una decisión médica después de leer estos párrafos. Es cierto que no existe legitimación directa de una imposición activa de tratamiento por parte del Estado o de los médicos, pero lo que es obvio es que el consentimiento emitido en tales circunstancias sin duda distaba mucho de ser voluntario y válido, habida cuenta de los temibles efectos socioeconómicos que podían conllevar un negativa a otorgarlo.

Los años setenta suponen un momento crucial de cambio para la sociedad española, que las instancias políticas del franquismo sólo pueden reprimir, pero no

---

<sup>8</sup> Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. La parte dedicada a la asistencia sanitaria fue completada un año después con el Decreto 2766/1967, de 16 de Noviembre (Trabajo), por el que se dictan Normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y Ordenación de los Servicios Médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Ambos pueden encontrarse en *Seguridad Social. Régimen General*. Madrid: BOE, 1968.

paralizar ni controlar. Es inevitable que se vayan introduciendo cambios. Y en lo que respecta al reconocimiento de que existe algo llamado "derechos de los pacientes" se produce un avance tímido, aunque sólo fuera sobre el papel, con la aprobación, el 7 de Julio de 1972, del *Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicios de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*<sup>9</sup>. En el artículo 148 del citado Reglamento se consignaba una lista de derechos de los enfermos:

**Art. 148.** Con independencia de las normas reguladoras del régimen de los enfermos durante su permanencia en la Institución, que serán recogidas en los Reglamentos de Régimen Interior de las Instituciones, los enfermos asistidos tendrán los siguientes derechos:

1. A que sea formulado el diagnóstico de su proceso de enfermedad y su oportuna orientación terapéutica.
2. A recibir atención médica durante las diversas etapas evolutivas de su proceso patológico, tanto en régimen de internamiento como ambulatorio.
3. A que se mantenga el secreto profesional en cuanto a su enfermedad, de acuerdo con las normas deontológicas.
4. Autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad.
5. A la asistencia espiritual que solicite.
6. El enfermo tendrá derecho a recibir visitas durante su internamiento en la extensión y alcance que se determine en los Reglamentos de Régimen Interior.

El avance es muy tímido porque, en lo relativo al consentimiento informado, llama la atención que, en el apartado 1, del derecho del paciente a ser diagnosticado y tratado no se deduzca el derecho del paciente a ser informado de dicho

---

<sup>9</sup> El texto completo de dicho Reglamento puede encontrarse en la recopilación legislativa sobre derecho médico realizada por Piga Sánchez - Morate B. Aspectos Jurídicos. En: VV.AA. (1977); 953-986.

diagnóstico y de dicho tratamiento. El "consentimiento" no existe, sólo existe la "autorización" en aquellos casos en que se trata de procedimientos diagnósticos o terapéuticos de elevado riesgo. En los demás casos, no existe "derecho a la autorización", sólo, como en un alarde de paternalismo duro dice el artículo 149, la obligación de obedecer:

**Art. 149.** Los enfermos admitidos en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social prestarán su colaboración para la práctica de las exploraciones indispensables que se indiquen por el personal facultativo responsable y observarán con rigor las prescripciones terapéuticas que se les señalen.

En el momento de su admisión en la Institución firmarán el oportuno documento, en el que se haga constar su conformidad al ingreso y su acatamiento a las normas reglamentarias del Centro.

He aquí el origen de los famosos formularios generales del consentimiento que los pacientes han firmado en el Servicio de admisión de nuestros hospitales hasta hace bien poco, y que han transmitido la idea al personal sanitario de que les legitimaban para realizar cualquier tipo de procedimiento clínico al paciente sin necesidad de solicitarles el consentimiento informado; cosa por otra parte cierta desde la perspectiva del art. 149.

En cualquier caso, desde esta perspectiva sociopolítica hay que interpretar igualmente el inveterado conservadurismo de nuestra deontología tradicional y sus Códigos Deontológicos, y el afilado paternalismo de médicos tan prestigiosos como D. Gregorio Marañón.

No puede haber consentimiento informado en medicina si no lo hay en la vida pública sociopolítica, pero, una vez introducido en ésta última, más pronto o más tarde acaba por llegar a aquella. Lo curioso de nuestro país es que esta llegada no se produjo, en su primer momento, como en EE.UU., por presión social y reivindicación ciudadana ante los tribunales, sino por un desarrollo legislativo que no respondía en realidad a una necesidad mayoritariamente percibida por la población. Este desarrollo legislativo consistió, como ya todos saben, en el famoso artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986, que fue introducido por presiones del entonces Defensor del Pueblo, D. Joaquín Ruiz Jiménez. Posiblemente en aquellos años la población española estaba más centrada en apuntalar los derechos civiles, políticos, sociales y económicos que reconocían la todavía joven democracia, que en reivindicar derechos específicos como los de los pacientes. No es por ello

de extrañar que entre 1986 y 1992 toda la teoría del consentimiento informado permaneciera en un profundo letargo, del que ni profesionales, ni gestores, ni políticos, ni tan siquiera pacientes, parecían interesados en sacarlo.

Pero en 1992 ocurrieron dos cosas importantes que cambiaron radicalmente esta situación. Por una parte el Defensor del Pueblo, en su Informe relativo a 1992, relataba que había realizado gestiones para esclarecer sendas quejas de pacientes por falta de respeto a su derecho al consentimiento informado, una de un hospital del INSALUD, el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, y otra de uno privado concertado, el Hospital san Telmo de Palencia. De esta denuncia del Defensor del pueblo arrancó la iniciativa del INSALUD de incluir en los años siguientes, en el contrato-programa de los Hospitales, objetivos relacionados con el empleo de formularios de consentimiento informado en los centros sanitarios de su organización, y de impulsar desde su Unidad de Calidad todo un programa de mejora en este sentido.

El otro acontecimiento importante es la aparición de la primera Sentencia del Supremo relacionada con el consentimiento informado, que juzgaba un caso ocurrido en Noviembre de 1985. A partir de ella, y sobre todo de la segunda, de 25 de Abril de 1994, que es doctrinalmente mucho más relevante, se producirá un progresivo afloramiento de Sentencias que, por su creciente número y consecuencias, no podía pasar desapercibida ya ni por los gestores, ni por los profesionales ni, claro está, por los responsables de la política sanitaria. Así pues, la historia del desarrollo del consentimiento informado fundamentalmente a través de sentencias judiciales, que ya habíamos visto en EE.UU. volvía a repetirse en nuestro país.

La Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía de los pacientes<sup>10</sup>, constituyó la última vuelta de tuerca relevante a este proceso de transformación de las relaciones sanitarias. Como ya todos saben dicha Ley regula en realidad dos aspectos diferentes aunque complementarios, por una parte lo relativo a la información clínica, y por otra lo relativo a documentación clínica. Con ella se consumó, en el nivel legislativo estatal, la transición del poder sanitario que sucede a toda transición del poder político, del cual no es sino un reflejo. Ha sido una transición larga, de 17 años de duración. Después de esa fecha nada debería ser igual respecto al respeto

---

<sup>10</sup> 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. BOE nº 274, de 15 de noviembre de 2002. pp. 40126-40132.

a la autonomía de los pacientes dentro de nuestro Sistema Nacional de Salud, en centros públicos o privados, de unas autonomías o de otras.

Pero en Andalucía el último capítulo de este proceso progresivo de entronización de la idea de autonomía y de progresiva migración al ámbito ético y al mundo jurídico es sin duda el Proyecto de ley llamada "de Muerte Digna". Todavía hay muchos profesionales andaluces que siguen pensando que sus obligaciones profesionales siguen siendo sólo las de la moral de su grupo profesional. No han entendido que las obligaciones de un profesional sanitario moderno son las que emanan, por supuesto de su moral profesional, del ideal de excelencia de su profesión, pero también las que surgen del plano ético, entendido como obligación ética de respeto a determinados valores básicos, y por supuesto del plano jurídico que es perfectamente legítimo entendido como concreción normativa de esos valores éticos básicos. Cuesta mucho y buena ilustración de ello es algunas declaraciones que yo he oído de organizaciones médicas colegiales andaluzas diciendo que no hace falta una ley que regule los procesos de muerte digna porque ya basta con el código deontológico profesional. A mí me preocupa escuchar de labios de los responsables de las organizaciones médicas este tipo de afirmación. Porque indica que estamos mucho más atrás de lo que yo pensaba.

Gracias a Dios no es la generalidad, hay muchos profesionales sanitarios en Andalucía y en España que entienden perfectamente que hoy en día sus obligaciones son morales, éticas y jurídicas al mismo tiempo. El cambio de paradigma es inevitable. Quizás debería haberse producido ya completamente pero sin lugar a dudas estamos en el camino y llegará, más pronto o más tarde, pero llegará.





