

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 personas¹. 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

¹ 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”². 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.

² 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 constitucional³. 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

³ 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*⁴, 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 tónica, 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

⁴ 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 paciente⁵. Tengo que decir que discrepo completamente de la

⁵ 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 población⁶. Nos encontramos con un nuevo conflicto de derechos: por un lado,

⁶ 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 personalidad⁷. 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 fundamental⁸. 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,

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

⁸ 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 vida⁹. ¿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

⁹ 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, Andalucía¹⁰. 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

¹⁰ 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 sociedad¹¹.

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,

¹¹ 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 derecho¹².

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

¹² 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 madre¹³. 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

¹³ 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 Derecho¹⁴.

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.

¹⁴ 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.