

ESTUDIOS

Isidoro Martín Sánchez

La fundamentación jurídica y el contenido de la eutanasia y el suicidio asistido en las proposiciones de Ley Orgánica presentadas para su regulación en España

6

Gloria María González Suárez

Análisis ético y jurídico sobre los criterios de priorización en las Unidades de Cuidados Intensivos

44

Noelia Martínez Doallo

El consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos de América. Génesis, evolución, fundamentos y breve comparación crítica con el modelo español

57

Agustín Marchesano Sarries

El consentimiento informado. Una visión comparada entre Uruguay y España

84

CRÓNICAS

Gemma Mota Donate

Salud digital: un nuevo paradigma también para el ámbito de la conciliación de derechos

112

RECENSIONES

Alfonso Ortega Giménez

Las respuestas a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte

124

EDITA

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

EDITORES ADJUNTOS

Juan Luis Beltrán Aguirre

Presidente del Consejo de Transparencia de Navarra

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla - La Mancha

Josep Lluís Lafarga i Traver

Abogado. Ex Director del Área Jurídica y de Organización del Servicio Catalán de la Salud

Rafael Álvaro Millán Calenti

Letrado del Servicio Gallego de Salud

CONSEJO EDITORIAL

Director

Javier Sánchez Caro

Abogado. Ex director de los servicios jurídicos del Instituto Nacional de la Salud y de la Unidad de bioética y Derecho Sanitario de la Comunidad de Madrid

Editores Académicos

Francisco Bombillar Sáenz

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Joaquín Sarrión Esteve

Investigador Ramón y Cajal de Derecho Constitucional de la UNED

Vocales

Juan Manuel Alegre Ávila

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria

Joaquín Cayón de las Cuevas

Jefe del Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Cantabria

Miriam Cueto Pérez

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo

Sergio Gallego Riestra

Coordinador de Responsabilidad Patrimonial de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias

Nuria Garrido Cuenca

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

María del Carmen González Carrasco

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Ana M^a Marcos del Cano

Catedrática de Filosofía del Derecho de la UNED

María Martín Ayala

Jefa del Servicio de Régimen Jurídico y Coordinación Normativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo y Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Antonio Rivas López

Letrado del Servicio Andaluz de Salud

CONSEJO ASESOR

David Larios Risco

Letrado Seguridad Social - Letrado JCCM - Abogado CSIF. Madrid

Juan Francisco Pérez Gálvez

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Lola González García

Subdirectora de Gestión de RRHH del CHT. SESCAM. Toledo

Francesc José María Sánchez

Socio Director de FJMadvocats, S.L.P. Barcelona

Javier Moreno Alemán

Socio director de Lexmor Asociados. Madrid

Javier Vázquez Garranzo

Letrado de la Admon. Seguridad Social; Abogado CAIB. Palma de Mallorca

José María Antequera Vinagre

Profesor Derecho Sanitario y Bioética. Escuela Nacional de Sanidad. Madrid

Vicente Lomas Hernández

Jefe de Servicio Coordinación Jurídica del SECAM. Toledo

Susana López Altuna

Subdirectora Asesoría Jurídica del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Euskadi

Luis Sarrato Martínez

Profesor de Derecho Administrativo (PAD) Universidad Pública de Navarra.
Abogado. Navarra

Matilde Vera Rodríguez

Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Servicio Andaluz de Salud (SAS). Sevilla

Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz

Catedrático de Medicina Legal y Forense. Universidad de Murcia. Murcia

Nuria Amarilla Mateu

Socia Directora del Grupo de Derecho Farmacéutico Europeo (Eupharlaw).
Madrid

Federico de Montalvo Jääskeläinen

Director del Centro de Innovación del Derecho (CID-ICADE). Madrid

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista oficial de la ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

<http://www.ajs.es/index.php/es/index-revista-derecho-y-salud>

ISSN: 1133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

La revista Derecho y Salud tiene por objeto la publicación de estudios científicos y artículos doctrinales en el ámbito del Derecho Sanitario. Su contenido se encuentra dividido en cuatro secciones: estudios, comentarios jurisprudenciales, crónicas y reseñas.

Esta publicación, de periodicidad semestral, indexada en DIALNET, MIAR o ULRICH, utiliza, como garantía de calidad de sus trabajos, un sistema de revisión por expertos externos e independientes.

La finalidad de la revista es contribuir a la investigación en el área del Derecho Sanitario y divulgar la producción científica en dicho ámbito, de acuerdo con los fines de la Asociación de Juristas de la Salud que la edita.

La revista va dirigida con carácter preferente a magistrados y jueces, abogados y letrados de los servicios de salud, profesores universitarios e investigadores de ciencias sociales, jurídicas y disciplinas afines.

La remisión de originales ha de hacerse al mail revistads.ajs@gmail.com. Los números impares, referidos al primer semestre del año, se cerrarán el 1 de abril de cada año y los números pares, referidos al segundo semestre del año, se darán por cerrados el 1 de octubre.

Correspondencia y Publicidad:

Asociación Juristas de la Salud
Escuela Nacional de Sanidad - Calle Sinesio Delgado, 10
28029 Madrid

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud
C/ Universidad, 4, 4º, 4. 46003 Valencia, España
<http://www.ajs.es/index.php/es/index-revista-derecho-y-salud/info>

Protección de datos: Para poder ofrecerles nuestros servicios, la Asociación Juristas de la Salud necesita tratar algunos datos personales de los usuarios, siendo por ello responsables de su tratamiento y del cumplimiento de las obligaciones que impone el Reglamento UE 2016/679 de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En cumplimiento de estas obligaciones se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado "suscriptores" y en otro denominado "socios" de titularidad de la Asociación "Juristas de la Salud" con domicilio en Calle Sinesio Delgado, 10 (28029, Madrid) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer cualquiera de los derechos que le reconoce el Reglamento General de Protección de Datos (acceder, oponerse, rectificar o cancelar sus datos) en cualquier momento, por correo postal adjuntando una copia de su DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a revistads.ajs@gmail.com indicando "PROTECCION DE DATOS".

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARÁN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL "DERECHO Y SALUD"..

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

Junta Directiva de la ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD:

Presidencia: David Larios Risco. *Letrado Seguridad Social - Letrado JCCM - Abogado CSIF. Madrid.* **Vicepresidencia:** Juan Francisco Pérez Gálvez. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.* **Secretaría:** Lola González García. *Subdirectora de Gestión de RRHH del CHT. SESCAM. Toledo.* **Tesorero:** Francesc José María Sánchez. *Socio Director de FJMadvocats, S.L.P. Barcelona;* **Vocales:** Javier Moreno Alemán. *Socio director de Lexmor Asociados. Madrid;* Javier Vázquez Garranzo. *Letrado de la Admon. Seguridad Social; Abogado CAIB. Palma de Mallorca;* José María Antequera Vinagre. *Profesor Derecho Sanitario y Bioética. Escuela Nacional de Sanidad. Madrid;* Vicente Lomas Hernández. *Jefe de Servicio Coordinación Jurídica del SECAM. Toledo;* Susana López Altuna. *Subdirectora Asesoría Jurídica del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza. Euskadi;* Luis Sarrato Martínez. *Profesor de Derecho Administrativo (PAD) Universidad Pública de Navarra. Abogado. Navarra;* Matilde Vera Rodríguez. *Subdirectora de Asuntos Jurídicos del Servicio Andaluz de Salud (SAS). Sevilla;* Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz. *Catedrático de Medicina Legal y Forense. Universidad de Murcia. Murcia;* Nuria Amarilla Mateu. *Socia Directora del Grupo de Derecho Farmacéutico Europeo (Eupharlaw). Madrid;* Federico de Montalvo Jääskeläinen. *Director del Centro de Innovación del Derecho (CID-ICADE). Madrid.*

| Estudios

ESTUDIOS

LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y EL CONTENIDO DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO EN LAS PROPOSICIONES DE LEY ORGÁNICA PRESENTADAS PARA SU REGULACIÓN EN ESPAÑA

FECHA DE ENVÍO: 3 DE OCTUBRE DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 22 DE OCTUBRE DE 2020

**Isidoro
Martín Sánchez**

*Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Autónoma*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Delimitación conceptual de la eutanasia y el suicidio asistido. 3. La legalización de la eutanasia y el suicidio asistido en diversos países. 4. La situación en España. 4.1 Las Proposiciones de Ley Orgánica sobre la regulación de la eutanasia. 4.2 Examen crítico de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia de 24 de enero de 2020. 5. Las fundamentaciones teóricas, favorables y contrarias, de la eutanasia y el suicidio asistido. 5.1 La posición contraria de las confesiones religiosas. 5.2 La dignidad de la persona. 5.3 El derecho a la vida. 5.4 La autonomía personal. 6. La fundamentación de la eutanasia y el suicidio asistido en las Proposiciones de Ley Orgánica presentadas en el Congreso de los Diputados. 7. Los cuidados paliativos como alternativa a la eutanasia y el suicidio asistido.

RESUMEN

Este trabajo versa sobre las Proposiciones de Ley Orgánica de eutanasia y suicidio asistido presentadas en el Congreso de los Diputados de España por diversos Grupos Parlamentarios. Para ello, se examina en primer lugar el concepto de estas prácticas médicas, así como su regulación en varios países. En segundo lugar, se estudia el contenido de las distintas Proposiciones de Ley Orgánica sobre estas materias. En tercer término y con carácter principal se estudian las fundamentaciones teóricas de la eutanasia y el suicidio asistido. Asimismo, son objeto de estudio las fundamentaciones de estas prácticas contenidas en las mencionadas Proposiciones de Ley Orgánica. Finalmente, se proponen los cuidados paliativos como una alternativa a la eutanasia y al suicidio asistido.

PALABRAS CLAVE

Eutanasia, suicidio asistido, cuidados paliativos, bioética.

ABSTRACT

This paper deals with the Organic Law Proposals on euthanasia and assisted suicide presented at the Congress of Deputies of Spain by various Parliamentary Groups. To do so, it first examines the concept of these medical practices, as well as their regulation in various countries. Secondly, the content of the different Organic Law Proposals on these matters is studied. Thirdly, the theoretical foundation of euthanasia and assisted suicide are examined. Likewise, and with main character the foundation of these practices contained in the aforementioned Organic Law Proposals are studied. Finally, palliative cares are proposed as an alternative to euthanasia and assisted suicide.

KEYWORDS

Euthanasia, assisted suicide, palliative care, bioethics.

1. INTRODUCCIÓN

La eutanasia y el suicidio asistido son cuestiones que, sobre todo recientemente, han sido objeto de un profundo debate desde distintos puntos de vista doctrinales: médico, filosófico, religioso, jurídico y sociológico, entre otros.

Desde el punto de vista médico, las principales cuestiones estudiadas son las relaciones existentes entre estas actividades y otras actuaciones sanitarias tales como los cuidados paliativos, la adecuación del esfuerzo terapéutico, la comprobación de la futilidad de los tratamientos y del sufrimiento intolerable del paciente.

Las doctrinas filosóficas se han ocupado del examen de las diversas teorías que fundamentan la aprobación o el rechazo de la eutanasia y el suicidio asistido.

Desde la óptica religiosa, el punto básico de su estudio recae en la determinación de la conformidad o contradicción de estas actividades con las doctrinas de las diferentes confesiones.

Los diversos ordenamientos jurídicos han regulado los elementos básicos relacionados con la eutanasia y el suicidio asistido. Entre ellos, cabe citar el consentimiento informado del paciente y, en su caso, las instrucciones previas formuladas por este, la objeción de conciencia del personal sanitario que no desea participar en estas prestaciones médicas, la posible inclusión de las mismas en los servicios sanitarios financiados con fondos públicos y su penalización o su despenalización.

Finalmente, desde el ámbito sociológico, se han estudiado las causas por las que los pacientes solicitan que se ponga fin a sus vidas por medio de la eutanasia o del suicidio asistido, el tanto por ciento de los enfermos que desean estas prestaciones sanitarias y la edad de los que las piden.

La cuestión básica de estos debates es en el fondo, evidentemente, si la eutanasia y el suicidio asistido deben ser prohibidos o admitidos y, en último caso, regulados jurídicamente. En el desarrollo de esta polémica, el hecho más significativo es la progresiva aceptación y, por tanto, legalización de estas actividades en diferentes países.

En España la eutanasia y el suicidio asistido están tipificados como delitos. El objeto de este trabajo es el análisis de las distintas iniciativas legislativas en nuestro país para regularlos centrándonos en examinar la fundamentación jurídica, a favor y en contra, que se ha utilizado. Antes de ello, clarificaremos

tales conceptos y expondremos su regulación en diferentes países. Finalizaremos el trabajo con el estudio de una propuesta alternativa a la eutanasia y el suicidio asistido: los cuidados paliativos.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO

La *eutanasia* es un concepto difícil de definir, como lo prueba la existencia de las múltiples definiciones que se ofrecen de ella¹. Esta dificultad obedece básicamente al hecho de que la eutanasia puede ser contemplada desde perspectivas muy distintas como son la religiosa, la ética, la filosófica, la médica y la jurídica².

En principio, y desde un punto de vista religioso, la Iglesia Católica definió la eutanasia como “una acción o una omisión que por su naturaleza y en la intención causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor”³.

Desde una óptica médica, la *Organización Mundial de la Salud* considera la eutanasia como “aquella acción del médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente”⁴.

Para la *Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, la eutanasia “es la conducta (acción u omisión) intencionalmente dirigida a terminar con la vida de una persona que tiene una enfermedad grave e irreversible, por razones compasivas y en un contexto médico”⁵.

En relación con los destinatarios de la eutanasia, ésta puede entenderse en un sentido amplio que comprendería tanto a los enfermos terminales como a quienes padecen una enfermedad grave, crónica e invalidante, aunque su muerte no sea próxima. En un sentido más restrictivo, algunos autores defienden que esta práctica médica solo tiene aplicación al enfermo terminal.

1 Un resumen de algunas de estas definiciones en ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, 2002, pp. 31 y ss.

2 Como señala MORENO ANTÓN, M., “Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 3, octubre 2003, p. 2.

3 Encíclica *Evangelium Vitae*, de 25 de marzo de 1995, n. 65.

4 Cfr. SUREDA GONZÁLEZ, M., “Enfermo terminal, Muerte y Eutanasia”, en *ACEB*, www.aceb.org/term.htm.

5 “Declaración sobre la eutanasia de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos”, *Cuadernos de Bioética*, 2003/1, p. 115.

Así, para CASALMIGLIA, “existe eutanasia si: a) se precipita la muerte; b) de un enfermo terminal; c) que la desea; d) con el objetivo evitar un daño mayor; e) la acción u omisión la realiza una tercera persona”⁶. En el mismo sentido, para MARCOS DEL CANO, la eutanasia “puede ser definida como aquella acción u omisión que provoca la muerte de forma indolora a quién, sufriendo una enfermedad terminal de carácter irreversible y muy dolorosa, la solicita para poner fin a sus sufrimientos”⁷. De acuerdo con este criterio, un elemento esencial de la eutanasia es el de la inmediatez o cercanía de la muerte del paciente. Por ello, quedan excluidos del concepto de eutanasia los enfermos crónicos, los tetrapléjicos y los que sufren deficiencias físicas o psíquicas las cuales, aunque afecten a su calidad de vida, no cumplen los requisitos que caracterizan a la eutanasia.

En nuestra opinión, debe aceptarse el concepto de eutanasia en sentido amplio para así dar cabida a su aplicación no solo a los enfermos terminales sino también a los que sufren una enfermedad o lesión grave, crónica e irreversible que les causa grandes dolores y sufrimientos. Esta es, por otra parte, la opción que se ha seguido en las Proposiciones de Ley Orgánica que analizaremos a lo largo de este trabajo.

Así, desde la perspectiva jurídica, podemos definir la eutanasia como la acción u omisión de una persona que a petición de otra, la cual se encuentra en una situación de enfermedad terminal o con una afección grave, crónica e invalidante que le causa dolores y sufrimientos insoportables, le produce la muerte para acabar con estas situaciones.

De acuerdo con esta definición, para que pueda hablarse de eutanasia se requieren los siguientes requisitos:

- Un consentimiento explícito del enfermo⁸.
- Una enfermedad incurable que le causará al paciente la muerte en breve tiempo o una afección grave, crónica e invalidante.

6 CASALMIGLIA, “Sobre la eutanasia”, *Doxa*, 14, 1993, p. 345.

7 MARCOS DEL CANO, A. M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, 1999, p. 65-66.

8 MARCOS DEL CANO, A. M^a, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, en Marcos del Cano y De la Torre (editores), *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Madrid, 2019, p. 59, prefiere emplear el término “requerimiento”, porque el consentimiento es el acuerdo de dos voluntades, mientras que el requerimiento implica que la iniciativa de actuar surja de la persona que lo realiza.

- Un sufrimiento que el paciente considera insoportable como consecuencia de la enfermedad que padece.

- La intervención médica en la práctica de la eutanasia. La razón de la intervención de este profesional sanitario es que él es quién puede dotar de una mayor seguridad y control a la práctica de la eutanasia, así como conocer mejor los mecanismos adecuados para garantizar la ausencia del dolor y sufrimiento del enfermo⁹.

Entendida en este sentido, la eutanasia se diferencia de otras actuaciones relacionadas con la muerte de una persona: la cacotanasia, la distanasia y la ortotanasia.

Así, a diferencia de la eutanasia, con la denominada *cacotanasia* se hace referencia a los “casos en los que se quita la vida a un enfermo en contra de su voluntad o sin tener constancia de cuál es su deseo”¹⁰.

El término *distanasia* se utiliza para designar el encarnizamiento o ensañamiento terapéutico. Es decir, la actuación consistente en prolongar artificialmente la vida del enfermo terminal, mediante la utilización de medios proporcionados o desproporcionados, pese a la certeza de que no existe posibilidad de recuperación de la salud. Con esta actuación el enfermo llega a la muerte muchas veces en condiciones inhumanas¹¹.

La expresión *ortotanasia* tiene el significado de muerte correcta. Se emplea para designar una situación intermedia entre la eutanasia y la distanasia. Se diferencia de la eutanasia porque, a diferencia de ésta, no busca acelerar la muerte, y de la distanasia porque su finalidad no es prolongar una vida terminal a toda costa. La ortotanasia se utiliza para referirse a la situación en la que se deja al enfermo terminal fallecer como consecuencia del proceso natural de la muerte sin emplear medios para provocar

9 Instituto Borja de Bioética, *Hacia una posible despenalización de la eutanasia*, cit., p. 6 y MARCOS DEL CANO, A. M^a, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 57.

10 Como señala GAFO, J., *Bioética teológica*, Madrid, 2003, p. 258.

11 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, A. M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, 1999, cit., p. 43; PAREJO GUZMAN, M^a J., ATIENZA MACIAS, E., “Derecho a decidir sobre propia salud ante el final de la vida humana. Testamento vital y Eutanasia”, en A. Fernández-Coronado, S. Pérez Alvarez, *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Valencia, 2014, pp. 325-326; sobre el concepto de tratamientos innecesarios o desproporcionados que pueden ser limitados o retirados, cfr. Council of Europe, “Guide on the decision-making process regarding medical treatment in end-of-life situations”, mayo de 2014, p. 12.

su deceso ni para prolongar éste por medios extraordinarios. La ortotanasia, por otro lado, no se opone a la utilización de medios paliativos para aliviar el dolor y el sufrimiento del enfermo que se encuentra en el estadio final de su existencia¹².

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que pueden concurrir diversas situaciones las cuales dan lugar a diferentes clasificaciones de la eutanasia.

Entre estas clasificaciones es clásica la distinción entre eutanasia activa y pasiva. La eutanasia activa se caracteriza porque el sujeto activo lleva a cabo una acción que provoca la muerte del enfermo terminal¹³. La eutanasia pasiva tiene lugar cuando la muerte del enfermo se debe a la no iniciación o a la interrupción de los tratamientos terapéuticos que son necesarios para mantenerle con vida¹⁴.

Sin embargo, para algunos autores, la distinción entre eutanasia activa y pasiva resulta inapropiada. En su opinión, la eutanasia es activa por definición y por ello la eutanasia pasiva resulta terminológicamente una contradicción. Es decir, un oxímoron¹⁵.

Por su parte, el suicidio asistido se caracteriza porque, previa solicitud del enfermo terminal o que se encuentra en una situación de existencia irreversible e insoportable, una persona –normalmente, pero no necesariamente, miembro del personal sanitario– le facilita el fármaco letal así como las instrucciones y los medios para su utilización. Sin embargo, a diferencia de la eutanasia, la muerte no se produce como consecuencia de la intervención de un tercero sino por la acción del propio enfermo, el cual se administra a sí mismo el fármaco¹⁶.

12 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO A. M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 42; GAFO, *Bioética teológica*, cit., p. 259.

13 Sobre este punto, cfr. ÁLVAREZ GÁLVEZ, I., *La eutanasia voluntaria autónoma*, cit., p. 38 y GAFO, J., *Bioética teológica*, cit., p. 260.

14 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, A. M^a, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., pp. 51-52; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal (artículo 143)*, Valencia, 2000, pp. 110-111.

15 RADBRUCH, L., LEGET, C., BAHR, P., MÜLLER-BUSCH, C., ELLERSHAW, J., DE CONNO, F., VANDEN BERGHE, P., BOARD MEMBERS OF EAPC, “Euthanasia and physician-assisted suicide: A white paper from the European Association for Palliative Care”, *Palliative Medicine*, 2015.

16 Sobre este punto cfr. GÓMEZ SANCHO, M., OJEDA MARTÍN, M., “Medicina paliativa y eutanasia”, en M. Gómez Tomillo, J.J. López-Ibor, J.A. Gutiérrez Fuentes, *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*, Madrid, 2008, p. 533.

3. LA LEGALIZACIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO EN DIVERSOS PAÍSES

Uno de los principales motivos que recogen las Proposiciones de Ley presentadas en España para regular la eutanasia es que se trata de una cuestión que, desde hace años, está prevista por la normativa de otros Estados de nuestro entorno.

En Europa, algunos países han despenalizado la eutanasia y el suicidio asistido. Tales son Holanda, Bélgica, Suiza y Luxemburgo.

En **Holanda**, el Tribunal Supremo en la sentencia sobre el caso Alkmaar, de 27 de noviembre de 1984, declaró que la eutanasia no sería penalizada si cumplía, entre otras condiciones, “que la petición de la eutanasia debía venir únicamente del paciente y ser enteramente libre y voluntaria”. A raíz de esta sentencia, se publicó en 1991 el *Informe Rammelink*, encargado por el Fiscal General Rammelink, en que se examinaba la práctica real de la eutanasia. Este informe reveló que el 27 por ciento de los médicos indicaron que habían terminado con la vida de algún paciente sin su consentimiento. Otro 32 por ciento señaló que llegado el caso, lo harían. En la mitad de los 49.000 casos de decisiones médicas para la terminación de la vida, la decisión fue tomada sin consultar al paciente. De ellos, en unos 20.000 (cerca del 80 por ciento) los médicos adujeron como razón principal para no consultar al paciente que “tenía dificultades para comunicarse”¹⁷.

Posteriormente se aprobó la Ley de verificación de la terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio, entrada en vigor el 1 de abril de 2002, que permite la eutanasia y el suicidio asistido de pacientes que sufren una enfermedad irreversible o que se encuentra en fase terminal y con padecimiento insoportable.

La Ley modificó los artículos 293 y 294 del Código Penal, no sancionando la práctica de la eutanasia y el suicidio asistido cuando sean practicadas por un médico cumpliendo los requisitos legalmente establecidos¹⁸.

17 ¿Qué pasa en los países con la eutanasia? <https://www.vida-digna.org/eutanasia-en-europa-y-otros-lugares>

18 El artículo 293 del Código Penal holandés dispone: “1. El que quitare la vida a otra persona según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta 12 años o con una pena de multa de la quinta categoría. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al fonsense municipal conforme al artículo 7 párrafo segundo, de la

En Holanda, por tanto, se mantienen penalizados la eutanasia y el suicidio asistido, salvo que se cumplan los requisitos legalmente establecidos para poder llevarlos a cabo¹⁹.

Estos requisitos son los siguientes:

- La persona que solicita la eutanasia o el suicidio asistido tiene que residir en Holanda.
- El médico debe tener el conocimiento de que el solicitante es plenamente capaz y que su petición es voluntaria y está bien meditada.
- El médico debe tener la certeza de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanza de mejoría. Este requisito se centra en el dolor con independencia de la situación terminal del paciente o de que tenga una dolencia crónica e incurable²⁰.
- El paciente ha de ser informado de su situación y de las perspectivas de futuro.
- Es preciso consultar a un segundo médico, el cual debe confirmar por escrito el cumplimiento de los requisitos.
- La práctica de la eutanasia o de auxilio al suicidio tienen que realizarse con el máximo cuidado y profesionalidad²¹.

Ley reguladora de los funerales”.

El artículo 294 del Código Penal holandés establece:

“1. El que de forma intencionada indujera a otro para que se suicide será, en caso de que el suicidio se produzca, castigado con una pena de prisión de hasta 3 años o con una pena de multa de categoría cuarta.

2. El que de forma intencionada prestare auxilio a otro para que se suicide o le facilite los medios necesarios para ese fin será, en caso de que se produzca el suicidio, castigado con una pena de prisión de hasta 3 años o con una pena de multa de la categoría 4ª. Se aplicará por analogía el artículo 293, párrafo segundo”.

19 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, Barcelona, 2006, p. 125; PINTO PALACIOS, F., “La eutanasia y el suicidio asistido en Holanda”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., p. 82.

El texto normativo puede consultarse en <https://www.worldrdtd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>

20 En este sentido se ha afirmado: “En la práctica, sin embargo, actualmente puede pedir la eutanasia cualquier paciente, independientemente de si es o no un enfermo incurable o en situación terminal o si padece un sufrimiento psíquico o físico insoportable. Las peticiones de eutanasia las pueden hacer menores de edad, en algunos casos con el consentimiento de los padres (entre los 12 y 16 años inclusive) y sin el consentimiento, aunque participando en la decisión final (entre los 16 y 17 años)”. “¿Qué pasa en los países con eutanasia legalizada?” en <https://www.vida-digna.org/eutanasia-en-europa-y-otros-lugares>

21 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., p. 123; PINTO PALACIOS, F., “La eutanasia y el suicidio asistido en Holanda”,

Si se cumplen estos requisitos, podrán solicitar la eutanasia o el suicidio asistido las siguientes personas:

- Los mayores de 18 años plenamente conscientes o que hayan manifestado su voluntad en un documento de instrucciones previas.
- Los menores que tengan una edad entre los 16 y los 18 años, siempre que estén plenamente conscientes o que hayan expresado su voluntad en un documento de instrucciones previas. En todo caso, es preciso que sus padres o tutores hayan participado en el proceso de su toma de decisión.
- Los menores entre 12 y 16 años, con madurez suficiente, siempre que sus padres o tutores estén de acuerdo con la decisión del menor.

El médico que ha practicado la eutanasia o ha participado en el suicidio asistido no expedirá un certificado de defunción, sino que lo comunicará al forense municipal enviándole además un informe en el cual se justifique el cumplimiento de los requisitos legales. A su vez, el médico forense remitirá este informe a la Comisión Regional de comprobación que evaluará el cumplimiento de dichos requisitos²².

En el año 2005, los médicos holandeses VERGAHEN y SAUER publicaron el denominado Protocolo de Groningen en la revista *New England Journal of Medicine*. En este Protocolo, sus autores defienden la práctica de la eutanasia a niños recién nacidos, con el consentimiento de sus padres. En concreto, propugnan la eutanasia de estos niños:

1. Cuando no tengan posibilidad de supervivencia;
2. Cuando se trate de recién nacidos, que podrían sobrevivir con tratamientos intensivos, pero con una expectativa de vida muy mala;
3. En el caso de niños con cierta estabilidad clínica, pero con una calidad de vida muy mala asociada a un sufrimiento incontrolable.

Aunque la legislación holandesa no regula este tipo de eutanasia, la Sociedad Holandesa de Pediatría ha aceptado, con un criterio muy estricto, lo dispuesto en el Protocolo de Groningen, tranquilizando así la conciencia de los médicos y de los

cit., pp. 83-84.

22 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., pp. 124-125; PINTO PALACIOS, F., “La eutanasia y el suicidio asistido en Holanda”, cit., pp. 84 y 85.

padres implicados en este tipo de eutanasia²³. De hecho, aunque el Código Penal holandés castiga la eutanasia y el suicidio asistido, no se ha juzgado penalmente a ningún médico por practicar este tipo de eutanasia²⁴.

La principal crítica a la legislación holandesa sobre la eutanasia y el suicidio asistido, así como al Protocolo Groningen, ha sido la del riesgo que suponen hacia la denominada “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*). Es decir, la aplicación de estas prácticas a supuestos no contemplados en la ley²⁵. No obstante, uno de los autores del Protocolo de Groningen manifiesta que no existe este riesgo porque después de la publicación de este documento, durante un periodo de 5 años, los casos de eutanasia en recién nacidos se redujeron significativamente²⁶. Igualmente, cabe mencionar que en estos momentos se está discutiendo una Proposición de Ley que permita la eutanasia a las personas mayores cansadas de vivir²⁷.

En **Bélgica** fue aprobada el 28 de mayo de 2002, la Ley relativa a la eutanasia, complementada por la ley de 10 de noviembre de 2005 que entró en vigor el 20 de septiembre de 2002²⁸.

La Ley despenalizó la eutanasia, pero no menciona el suicidio asistido porque el Código Penal belga no lo recoge.

El médico que practica la eutanasia no comete delito si se asegura de que:

1. El paciente sea mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente en el momento de formular su petición;

23 MORENO VILLARES, J. M., GALIANO SEGOVIA, M. J., “La eutanasia en niños en Holanda: ¿el final de un plano inclinado?”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XVI, núm. 3, 2005, p. 356.

24 PINTO PALACIOS, F., “La eutanasia y el suicidio asistido en Holanda”, cit., p. 92.

25 MORENO VILLARES, J. M., GALIANO SEGOVIA, M. J., “La eutanasia en niños en Holanda: ¿el final de un plano inclinado?”, cit., p. 351.

26 VERHAGEN, E., SAUER, P.J.J., “The Groningen Protocol for newborn euthanasia; which way did the slippery slope tilt?”, *Journal of medical ethics*, 39, 2013, pp. 293-295, traducido por el Grupo de Internacional de DMD.

27 Cfr. <https://www.lavanguardia.com/vida/20200205/473297715399/eutanasia-personas-mayores-holanda-legalizar.html> (5 de febrero de 2020).

28 SIMÓN LORDA, P., BARRIO CANTALEJO, I. M., “La eutanasia en Bélgica”, *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, 2012, pp. 5 y ss. y MONTERO, E., “Implicaciones bioéticas de la eutanasia: la experiencia belga”, Sánchez Sáez, A. J. (coordinador), *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 259 y ss.

2. La petición sea efectuada de forma voluntaria, razonada y reiterada, y que no sea resultado de una presión externa. La petición debe ser realizada por escrito y puede ser manifestada en un documento de instrucciones previas que tenga una vigencia inferior a 5 años;

3. El paciente se encuentre en una situación médica con pronóstico de no recuperación y padezca un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, sin alivio posible, resultado de una afección accidental o patológica grave e incurable;

4. Si el médico respeta las condiciones y procedimientos prescritos por la Ley (artículos 3&1 y &4 y artículo 4&1).

Además, el médico que lleve a cabo la eutanasia tiene que informar al paciente de su estado de salud y pronóstico, así como manifestarle las posibilidades representadas por los cuidados paliativos y sus consecuencias. Igualmente, debe llegar, junto con el paciente a la convicción de que no existe otra solución razonable en su estado. Así mismo tiene que consultar a otro médico, el cual redactará un informe con sus conclusiones. Finalmente, si el paciente lo desea, debe permitírsele consultar su petición de eutanasia con los parientes que señale (artículo 3&2).

En el caso de que el médico considere que el fallecimiento del paciente no sucederá en un corto plazo de tiempo, tiene que consultar con un segundo médico el cual escribirá un informe con su opinión. Además, el médico que vaya a practicar la eutanasia deberá dejar pasar por lo menos un mes entre la petición escrita del paciente y su realización (artículo 3&3).

El médico que ha practicado la eutanasia deberá, en un plazo de 4 días hábiles, enviar a la Comisión Federal de Control y Evaluación la documentación completa que establece la Ley (artículo 5).

El Parlamento belga aprobó la Ley de 28 de febrero de 2014 que modificó la Ley de 28 de mayo de 2002, para ampliar la eutanasia a los menores²⁹.

La eutanasia en este caso, puede practicarse a los menores dotados de capacidad de discernimiento y conscientes en el momento de formular la solicitud. Los menores deben encontrarse en una

29 Sobre la Ley de 28 de febrero de 2014, cfr. WHITE, B., WILLMONTT, L., “Belgium’s child euthanasia law – implications for Australia”, www.theconversation.com, GUERRA VAQUERO, A. Y., “La eutanasia en Bélgica y Luxemburgo”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Madrid, pp. 98-99.

situación médica irreversible de sufrimiento físico constante e insoportable sin alivio posible en la cual el fallecimiento sucederá en un breve plazo de tiempo.

En el caso del menor de edad no emancipado deberá consultarse a un psiquiatra infantil o a un psicólogo, quién comprobará su capacidad de discernimiento y la certificará por escrito. Por su parte, el médico habitual se entrevistará con los representantes legales del menor y se asegurará que están de acuerdo con la petición de este, pudiendo ejercitar un derecho de veto.

En **Suiza** la eutanasia es delito, pero no el auxilio al suicidio. No es necesaria la asistencia del médico, pero sí que este prescriba el fármaco letal. Además, es requisito imprescindible para que quién ayuda al suicidio no sea procesado penalmente, según el artículo 115 del Código Penal, que no tenga ninguna motivación egoísta, ni de tipo personal o económico³⁰.

Suiza cuenta con cinco organizaciones las cuales apoyan a las personas que solicitan la ayuda al suicidio: *Exit Deutsche Schweiz*, *Exit ADMD Suisse Romande*, *Dignitas*, *Lifecircle* y *Ex International*. Cuatro de estas organizaciones son suizas y una (*Ex International*) internacional. Esta organización defiende la legalización de la eutanasia voluntaria y del suicidio asistido. A las organizaciones denominadas *Exit* solo pueden acudir los ciudadanos suizos y los extranjeros que tengan residencia legal en Suiza. Por el contrario las organizaciones *Dignitas* y *Lifecircle* son accesibles para todas las personas de cualquier país³¹.

En **Luxemburgo**, después de la negativa del Gran Duque a firmar la ley de 19 de febrero de 2008, que permitía la eutanasia y el suicidio asistido, el Parlamento votó una modificación de la Constitución según la cual las leyes no requieren para entrar en vigor la aprobación del Jefe del Estado.

El 16 de marzo de 2009 entraron en vigor dos leyes relacionadas con esta materia. La ley 16 de marzo de 2009 relativa a los cuidados paliativos, a la directiva y al acompañamiento al final de la vida y la Ley de la misma fecha, sobre la eutanasia y la asistencia al suicidio.

30 Sobre este punto cfr. TOMÁS Y VALIENTE LANUZA, C., "Posibilidades de regulación de la eutanasia solicitada", *Documentos de trabajo*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005, p.16.

31 Sobre las organizaciones mencionadas cfr. BOTICA, M., "El suicidio asistido en Suiza", *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 105 y ss.

Esta última ley dispone que no será sancionado penalmente, ni podrá dar lugar a una acción civil por daños y perjuicios, el hecho de que un médico acepte una petición de eutanasia o suicidio asistido cuando se cumplan las siguientes condiciones:

1. El paciente es mayor de edad, capaz y consciente en el momento de su petición;
2. La petición se formula de manera voluntaria reflexionada y, en su caso, repetida sin que sea el resultado de una presión externa;
3. El paciente se encuentra en una situación médica sin solución y su estado es de un sufrimiento psíquico o físico constante e insoportable sin perspectiva de mejoría, resultante de una dolencia accidental o patológica.
4. La petición del paciente de recurrir a la eutanasia o el suicidio asistido deberá ser formulada por escrito (artículo 2.1 de la Ley).

Al igual que prescribe la legislación belga, el médico, antes de proceder a la eutanasia o al suicidio asistido, deberá informar al paciente sobre su estado de salud y esperanza de vida, así como de las posibilidades que ofrecen los cuidados paliativos. Deberá también llegar al convencimiento de que la petición es voluntaria y de que a los ojos del paciente no hay ninguna solución aceptable en su situación. Igualmente, tiene la obligación de consultar a otro médico sobre el carácter grave e incurable de la dolencia del paciente. Este segundo médico redactará un informe con sus conclusiones, informe que se pondrá en conocimiento del enfermo. Por último, el médico que lleve a cabo la eutanasia o intervenga en el suicidio asistido deberá asegurarse de que el paciente ha tenido ocasión de dialogar sobre su petición con las personas que desee (artículo 2.2 de la Ley).

Asimismo, el médico que practique la eutanasia o la asistencia al suicidio, deberá remitir dentro de los 8 días siguientes a la Comisión Nacional de Control y Evaluación la documentación prescrita por la ley (artículo 5 de la Ley)³².

En **Alemania**, la eutanasia está sancionada penalmente, pero no determinadas conductas de participación en el suicidio asistido. Así, el artículo 216 del Código Penal alemán dispone: "1. Si una persona es llevada a matar a otra persona por expresa y seria petición de la víctima, se le impondrá la pena

32 Sobre la normativa en Luxemburgo cfr. GUERRA VAQUERO, A. Y., "La eutanasia en Bélgica y Luxemburgo", *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, pp. 100 y ss.

de prisión de seis meses a 5 años. 2. La tentativa es punible”.

Asimismo, la petición contenida en unas instrucciones previas, solicitando la eutanasia para el caso en el que por enfermedad no pueda expresarse la voluntad, será considerada nula y no será vinculante para el personal médico³³.

El suicidio asistido no aparece mencionado en el artículo 216 del Código Penal alemán el cual no tipifica el suicidio, la tentativa de suicidio, la inducción a este, ni la participación en el suicidio de otra persona. Sin embargo, esta participación podría ser penalmente sancionable cuando el participante ostente la posición de garante del suicida³⁴.

En 2015 se modificó el Código Penal para introducir un nuevo delito relacionado con el suicidio asistido. Según el artículo 217 este texto legal: “1. Toda persona que con el fin de facilitar el suicidio de otro, lo permita, contribuya al mismo o proporcione los medios para llevarlo a cabo, de forma repetida-comercial, será castigada con una pena de prisión de hasta 3 años o con pena de multa. 2. El participante quedará exento de pena si no realiza el acto de forma repetida-comercial y es miembro o persona cercana de aquella a la que se hace referencia en el párrafo 1”.

Este artículo ha sido muy criticado doctrinalmente, sobre todo en relación con la ayuda al suicidio realizada por profesionales de la medicina, que generalmente no actúan con ánimo comercial, pero sí realizan esta ayuda repetidamente³⁵.

Recientemente, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha emitido una importante sentencia, de 26 de febrero de 2020, sobre el suicidio asistido en la que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 217 del Código Penal. Para este Tribunal, el derecho general de la personalidad (artículo 2.1 en relación con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental) como expresión de la autonomía personal comprende también el derecho a la muerte autodeterminada, que incluye el derecho al suicidio.

33 Sobre este punto cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN F. y SÁNCHEZ BARROSO, B., “La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en Alemania: ¿una excepcionalidad o un modelo europeo basado en la dignidad humana?”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 100 y ss.

34 Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN y SÁNCHEZ BARROSO, B., “La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en Alemania: ¿una excepcionalidad o un modelo europeo basado en la dignidad humana?”, cit., pp. 189-190.

35 Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN y SÁNCHEZ BARROSO, B., “La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en Alemania: ¿una excepcionalidad o un modelo europeo basado en la dignidad humana?”, cit., pp. 192-193.

Este derecho a una muerte autodeterminada no está limitado a situaciones definidas por causas externas como enfermedades graves e incurables, ni se aplica solamente a algunos casos de la vida o la enfermedad. Por el contrario, este derecho está garantizado en todas las etapas de la existencia de una persona. Además, el Tribunal manifiesta que “la decisión individual de poner fin a la propia vida, basada en cómo la persona define la calidad de vida y una asistencia significativa, impide cualquier evaluación sobre la base de valores generales, dogmas religiosos, normas sociales referentes a la vida y a la muerte o consideraciones de racionalidad objetiva. Por tanto, no incumbe a la persona explicar o justificar su decisión. Por ello, su decisión debe, en principio, ser respetada por el Estado y por la sociedad como un acto libre de autodeterminación” [Apartado I.1.a), b].

En relación con la persona cooperante en el suicidio asistido, el Tribunal señala que “el derecho a acabar con la propia vida comprende la libertad de buscar y, si es ofrecida, utilizar la ayuda de terceros para este propósito [...]. Cuando el ejercicio de un derecho fundamental depende de la cooperación de terceros, y el libre desarrollo de la personalidad depende de la participación de otro, ese derecho fundamental también garantiza la protección frente a las restricciones que prohíben a esas terceras personas ofrecer, en el ejercicio de su propia libertad, dicha asistencia necesaria” [apartado I.1. b).

Por todo ello, el Tribunal declaró que, debido a su incompatibilidad con el derecho de la personalidad del individuo - el cual ha decidido libremente cometer suicidio-, la ayuda al suicidio asistido del artículo 217 del Código Penal es inconstitucional³⁶.

En **Italia**, la eutanasia y el suicidio asistido están tipificados como delito en los artículos 579 y 580 del Código Penal³⁷. Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano ha declarado, en una reciente sentencia, la inconstitucionalidad de una parte del artículo 580 del Código Penal. El supuesto de hecho contemplado era el de una persona, Fabiano Antoniani, que se había quedado tetraplégico y ciego

36 Sobre esta sentencia COLAIANNI, N., “L’ aiuto al suicidio tra Corte costituzionale 242/2019 e Bundesverfassung Gerischt, 26 febbraio 2020”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n.6, 2020, pp. 1 y ss.

37 El artículo 579 dispone: “Cualquier persona que cause la muerte de un hombre, con el consentimiento de él será castigado con una prisión de seis a quince años”.

El artículo 580 establece que: “Cualquier persona que induzca a que otros se suiciden o refuerce las intenciones de suicidio de otros, facilite su ejecución de alguna manera, será castigada si ocurre el suicidio con prisión de cinco a doce años. Si no se produce el suicidio, será castigado con una pena de prisión de uno a cinco años, siempre que una lección personal grave o muy grave se derive del intento de suicidio”.

como consecuencia de un accidente de circulación. El accidentado estaba sometido a respiración artificial y necesitaba ser alimentado por vía parenteral. Además, sufría dolores agudos que no podían ser del todo aliviados farmacológicamente sino mediante sedación profunda. No obstante, conservaba intactas sus facultades intelectivas.

Fabiano Antoniani venía madurando el propósito, con anterioridad al cumplimiento de los dos años del accidente, de poner fin a su vida y así se lo comunicó a sus seres queridos. Al mismo tiempo, a través de su novia, entró en contacto con algunas de las organizaciones suizas que facilitaban el suicidio asistido. Durante este tiempo trabó amistad con Marco Cappato, quien accedió a sus deseos y le transportó en su automóvil hasta la organización suiza *Dignitas* donde el paciente puso fin a su vida.

El paciente falleció mediante el accionamiento con la boca de un émbolo, inyectado en sus venas, que contenía el fármaco letal.

A su regreso a Italia Marco Cappato se autodenunció y fue inscrito en el registro de investigados del Tribunal de Milán por el delito de ayuda al suicidio, de acuerdo con el artículo 580 del Código Penal.

El Fiscal del Tribunal de Milán solicitó la absolución del investigado o, subsidiariamente, el planteamiento de la cuestión de la legitimidad constitucional del artículo 580 del Código Penal. El Tribunal optó por plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de legitimidad de este artículo en la parte que sanciona la ayuda al suicidio con la misma pena que la inducción o la persuasión al mismo.

El Tribunal Constitucional, en la sesión de 23 de octubre de 2018, admitió la petición del Tribunal de Milán y manifestó que el marco normativo vigente sobre el final de la vida dejaba sin una adecuada tutela determinadas situaciones merecedoras de protección constitucional, las cuales debían ser ponderadas con otros bienes constitucionalmente relevantes. Además, decidió posponer la decisión sobre la cuestión de la constitucionalidad del artículo 580 al 24 de septiembre de 2019. Con esta dilación se buscaba dar tiempo al Parlamento para pronunciarse sobre la reforma de dicho artículo. Transcurrido dicho plazo sin ningún pronunciamiento del Parlamento, el Tribunal Constitucional examinó la constitucionalidad del artículo 580.

Para ello, partió de la base de lo dispuesto en la Ley n. 219 de 2017, sobre el consentimiento informado y las instrucciones previas. De acuerdo con lo previsto en esta norma, el Tribunal Constitucional manifestó que, para que la ayuda al suicidio sea lícita

el solicitante de la misma debe cumplir una serie de requisitos: padecer una patología irreversible, tener graves sufrimientos físicos o psicológicos, depender de tratamientos de soporte vital y ser capaz de adoptar decisiones libres y conscientes. Estos requisitos deben ser comprobados por un médico. Además, se requiere que la voluntad del solicitante sea manifestada de modo claro y unívoco. Igualmente, es preciso que esta persona haya sido informada de las posibles soluciones alternativas y especialmente respecto del acceso a los cuidados paliativos y a la sedación profunda.

En virtud de esta argumentación, el Tribunal Constitucional italiano declaró la inconstitucionalidad del artículo 580 del Código Penal, por violación de los artículos 2 (reconocimiento y garantía de los derechos inviolables del hombre), 13 (inviolabilidad de la libertad) y 32.2 (el cual dispone que “Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser disposición de una ley. La Ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”) de la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 580 se refiere a la parte del mismo en la que no excluye la punibilidad de quien, con los requisitos previstos en los artículos 1 y 2 de la Ley de 22 de diciembre de 2017, n.219, “facilita la ejecución del propósito de suicidio, autónoma y libremente formado de una persona mantenida mediante tratamientos de apoyo vital y afectada por una patología irreversible, causante de sufrimientos físicos o psicológicos que considera intolerable, pero plenamente capaz de adoptar decisiones libres y conscientes, siempre que tales condiciones y las modalidades de ejecución sean verificadas por una estructura pública del servicio sanitario nacional, previo el parecer del Comité de Ética territorialmente competente”³⁸.

En virtud de esta sentencia del Tribunal Constitucional, debe quedar claro que el suicidio asistido sigue estando prohibido en Italia. Lo único que ha declarado este órgano judicial es la no punibilidad de una las modalidades de la ayuda a este acto. Es decir, la simple facilitación al suicidio del solicitante (en este caso, su traslado en automóvil a Suiza) que cumple los requisitos de los artículos 1 y 2 de

38 Sobre esta sentencia cfr. PENASA, S., “El final de vida en Italia: rechazo de los tratamientos, instrucciones previas, asistencia al suicidio”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 210-211 y STAMPANONI BASSI, G., “La questione di legittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. sollevata dalla Corte di Assise di Milano nel processo a Marco Cappato”, *Giurisprudenza Penale*, http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/09/Stampa-niBassi_seminario13062018.pdf.

la Ley de 22 de diciembre de 2017, n.219, por otra persona la cual no ha influido en la formación de su voluntad. Por ello, permanecen punibles tanto la inducción como la persuasión por parte de una persona a otra para que cometa el suicidio asistido.

En **Estados Unidos** el suicidio asistido no es una materia en la que existe una legislación federal sino que se regula por cada Estado. Oregón fue el primer Estado que aprobó el suicidio asistido, en virtud de la *Oregon Death with Dignity Act* (ODDA) de 1994. Sin embargo, en 1995 esta Ley fue declarada inconstitucional por considerar que infringía la *Equal Protection Clause* de la decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Esta declaración de inconstitucionalidad fue anulada en 1997. En este mismo año tuvo lugar un referéndum para dejar sin efecto la *Oregon Death with Dignity Act*, cuyo resultado fue favorable a la continuación en vigor de esta Ley³⁹.

La ley permite el suicidio asistido, mientras que la eutanasia es ilegal. Los requisitos para acceder a la ayuda al suicidio son los siguientes:

El paciente tiene que ser mayor de 18 años, plenamente capaz y residente en el Estado de Oregón. Además, el paciente debe sufrir una enfermedad terminal con una expectativa de vida inferior a 6 meses.

Cumpléndose estos requisitos, el paciente que solicita la colaboración del médico para suicidarse ha de pedirlo dos veces, por escrito, y con un intervalo mínimo de 15 días, en presencia de dos testigos uno de los cuales no tiene que tener relación con él.

Además, tanto el médico que atiende al paciente como un segundo médico, denominado consultor, debe manifestar por escrito las condiciones del enfermo indicando además que la petición no obedece a un estado depresivo.

El medicamento letal no puede ser prescrito hasta que hayan transcurrido al menos 48 horas desde la petición escrita. Los médicos no están obligados a estar presentes en el momento de suicidio y pueden recetar, pero no administrar, los fármacos idóneos para producir la muerte rápida del paciente.

Finalmente, el médico debe presentar, dentro de los diez días siguientes a la muerte del paciente un informe en el que describa, las circunstancias de la muerte y los motivos del enfermo para solicitarla⁴⁰.

39 Cfr. VEGA GUTIÉRREZ J., “La práctica del suicidio asistido en Oregón y la pendiente resbaladiza”, *Cuadernos de Bioética*, vol. VXIII, núm.1, 2007, pp.56 y ss.

40 Cfr. VEGA GUTIÉRREZ J., “La práctica del suicidio

La legislación de Oregón sobre el suicidio asistido ha sido seguida también por los Estados de Washington⁴¹, Vermont⁴², California⁴³, Colorado⁴⁴, Distrito de Columbia⁴⁵ y Hawai⁴⁶.

En el Estado de Montana, el suicidio asistido ha sido admitido mediante decisión judicial. En el Estado de Nuevo México, el *Second Distric Court* de Albuquerque declaró, en enero de 2014, que la solicitud de ayuda de un enfermo terminal para morir es un derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal Supremo del Estado anuló la sentencia manifestando que se trataba de una cuestión que era de competencia de los poderes legislativo y ejecutivo y no del judicial⁴⁷.

En **Canadá**, la Ley de Asistencia Médica para Morir de 17 de junio de 2016 despenalizó la eutanasia y el suicidio asistido.

Los requisitos legales para llevar a cabo está asistencia médica son los siguientes:

El paciente debe tener derecho a recibir los servicios de salud financiados públicamente. Asimismo, tiene que ser mayor de 18 años, gozar de plena capacidad y formular su solicitud voluntariamente. El paciente debe sufrir problemas de salud, e incurables, y haber sido informado de los medios posibles para aliviar su sufrimiento.

La asistencia para morir, mediante la eutanasia o el suicidio asistido, debe ser llevada a cabo exclusivamente por profesionales sanitarios, bien sean médicos o enfermeros. Estos profesionales tienen que comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, solicitar el informe de otro médico o enfermero y asegurarse que la solicitud del paciente se haya realizado por escrito y haya sido firmada por él ante dos testigos independientes.

Una vez formulada la petición, deben transcurrir al menos 10 días naturales desde la firma de la

asistido en Oregón y la pendiente resbaladiza”, cit., pp.58 y ss.; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN F., “La regulación del suicidio asistido en Estados Unidos”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 121 y ss.

41 *Whashington Death with Dignity Act* que entró en vigor en 2009.

42 *Patient Choice and Control at the End of Life Act* de 2013.

43 *End of Life Options Act* de 2015.

44 *End of Life Options Act* de 2016.

45 *Death with Dignity Act* de 2016.

46 *Our care, Our choice Act* de 2018.

47 Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, “La regulación del suicidio asistido en Estados Unidos”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 123 y ss.

misma hasta el momento en que la asistencia para morir tenga lugar.

Por último, la ley establece que en el momento de llevarse a cabo la asistencia médica para morir, el profesional sanitario que la realice deberá solicitar de nuevo el consentimiento del paciente para continuar con la misma. Esta medida tiene como finalidad dar al paciente la última posibilidad de revocar su solicitud⁴⁸.

En Latinoamérica, destaca el caso de **Colombia** cuya Corte Constitucional, en sentencia de 15 de mayo de 1997, ha declarado que el recurso a la eutanasia y el suicidio asistido es un derecho fundamental del enfermo terminal⁴⁹.

En **Australia** la regulación de la eutanasia y el suicidio asistido depende de cada uno de sus Estados. En el territorio norte de Australia, cuya capital es Darwin, se legalizó la muerte asistida mediante la Ley de los enfermos terminales de 1995. Sin embargo, en 1997, el gobierno federal anuló esta Ley.

Posteriormente, el Parlamento del Estado de Victoria aprobó en 2017 la Ley de Muerte Asistida Voluntaria que legalizó la eutanasia y el suicidio asistido.

Los requisitos establecidos por esta Ley para tener acceso a estas prestaciones son:

Ser mayor de 18 años y tener la ciudadanía australiana o residir habitualmente en el Estado de Victoria; tener capacidad para tomar decisiones respecto de la muerte voluntaria asistida; haber sido diagnosticado de una enfermedad incurable que causará la muerte en un plazo no superior a los 6 meses y que produce un sufrimiento el cual no puede ser aliviado de una forma considerada aceptable por el paciente.

La muerte voluntaria asistida no está permitida por él solo hecho de que el paciente sufra una enfermedad mental o tenga una discapacidad⁵⁰.

48 Sobre la esta Ley canadiense cfr. SÁNCHEZ BARROSO, B., "La eutanasia y el suicidio asistido en Canadá", *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 133 y ss.

49 Sobre este punto cfr. DÍAZ AMADO, E., "La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas", *Revista de Derecho y Bioética*, núm. 40, 2017, pp. 125 y ss. y del mismo autor "El morir dignamente y la eutanasia en Colombia", *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 151 y ss.

50 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., p. 130; DE LA TORRE DÍAZ, J., "Anexo: la situación en Uruguay y Australia", *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., pp. 216-217.

4. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

En España la eutanasia y el suicidio asistido están tipificados como delitos en el Código Penal⁵¹.

No obstante, han sido varias las Proposiciones de Ley Orgánica sobre la despenalización de la eutanasia y el suicidio asistido presentadas en el Congreso por diversos grupos parlamentarios, aunque ninguna de ellas ha sido aprobada al momento de redactar estas líneas. A su estudio dedicamos los siguientes epígrafes, centrándonos especialmente en la última presentada en la actual Legislatura.

4.1. Las Proposiciones de Ley Orgánica sobre la regulación de la eutanasia

El 19 enero de 1998 fue presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto una Proposición de Ley Orgánica sobre disponibilidad de la propia vida, que fue admitida a trámite el 20 de enero del mismo año⁵². Esta Proposición constaba de dos artículos. El primero de ellos despenalizaba la eutanasia y el suicidio asistido, a petición libre y expresa de la persona que sufriera una enfermedad grave, la cual le hubiera conducido necesariamente a la muerte o le produjera padecimientos permanentes y difíciles de soportar, o que, siendo permanente, le incapacitara de manera generalizada para valerse por sí misma⁵³.

El artículo segundo modificaba parcialmente la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,

51 El art.143 del Código Penal dispone:

"1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. 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, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

52 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Núm. 143-1, 26 de enero de 1998.

53 Artículo primero. El apartado 4 del artículo 143 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda redactado en los siguientes términos:

"4. Quedará exento de pena quien, mediante actos necesarios o de cooperación activa, permíttere, propiciare o facilitare la muerte digna y sin dolor de otra persona, a petición expresa, libre e inequívoca de ésta, en caso de que sufriera una enfermedad grave que hubiera concluido necesariamente a su muerte o le produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, o que, siendo permanente, le incapacitara de manera generalizada para valerse por sí misma".

introduciendo el derecho del paciente a decidir libremente, una vez informado, el tratamiento médico que se le fuera a aplicar, como presupuesto del reconocimiento de la voluntad de morir del afectado.

La Proposición de Ley Orgánica fue rechazada.

En el mismo año, el **Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia. La Proposición fue presentada el 22 de enero de 1998 y admitida trámite el 3 de febrero del mismo año**⁵⁴.

La Exposición de motivos de esta Proposición de Ley Orgánica manifestaba que “El derecho del hombre a una muerte digna está directamente relacionado con el derecho a una vida digna, por ello, cuando causas de naturaleza médica impiden al ser humano desarrollar su vida propia, o le pongan en situación de fuerte menoscabo de su dignidad como persona, o le supongan padecimientos físicos permanentes e irreversibles, hacen que se deba dar la oportunidad de poner fin a una vida no digna desde el punto de vista de quien decide, que es la propia persona afectada [...]”.

De acuerdo con estos motivos, la Proposición de Ley Orgánica manifestaba la necesidad de modificar el apartado 4 del artículo 143 del Código Penal que debía quedar redactado de la siguiente forma:

“4. No incurrirá en delito alguno del presente título 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, que conste en documento público, y mediando dictamen facultativo que constate la situación médica del paciente, cuando de forma irreversible:

- a) Sufriera enfermedad grave que condujera necesariamente a la muerte tras graves padecimientos físicos o psíquicos.
- b) Padeciera enfermedad crónica que produjera graves padecimientos físicos o psíquicos permanentes difíciles de soportar.

En los casos de pérdida definitiva de consciencia, e insuperable, con reducción absoluta de sus facultades vitales autónomas los familiares en primer grado, y en su defecto quien ejerza la representación legal con arreglo al Código Civil, podrán realizar del facultativo correspondiente dicha petición de actos necesarios y directos”.

⁵⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Núm. 146-1, 9 de febrero de 1998.

La Proposición de Ley Orgánica fue rechazada⁵⁵.

Una nueva **Proposición de Ley Orgánica sobre la eutanasia fue presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea, el 18 de enero 2017**⁵⁶.

En su Exposición de motivos, esta Proposición de Ley Orgánica manifestaba que “la sociedad española ha manifestado así en diversos estudios cuantitativos y cualitativos su apoyo creciente, hoy ya francamente mayoritario, a la regulación de la eutanasia”.

Asimismo, afirmaba, que el principio de autonomía “no ha de limitarse al reconocimiento de derechos en torno a recibir información médica completa y veraz, al disfrute de unos cuidados de calidad accesibles y centrados en la persona o en el rechazo de tratamientos. Es necesario expandir estos derechos hacia la garantía pública de una buena muerte (*eu thánatos*) que resulte acorde con la defensa de una vida digna hasta el final, lo que incluye tanto el derecho a la eutanasia como al suicidio médicamente asistido.”

Tras definir la eutanasia y el suicidio asistido⁵⁷ la Proposición de Ley Orgánica establecía que para solicitar estas prestaciones la persona debía ser mayor de 18 años o menor emancipado legalmente, capaz y consciente en el momento de la petición. Además esta persona tenía que encontrarse en la fase terminal

⁵⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 19 de febrero de 1998.e

⁵⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 77-1, 26 de enero de 2017. Sobre la posición de los distintos Grupos en el debate parlamentario cfr. GIMBEL GARCÍA, J. F., *El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas. Sistema de garantías y encuesta de valoración*, 2019, pp. 115 y ss., http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Jfgimbel/GIMBEL_GARCIA_Jose_Francisco_Tesis.pdf

⁵⁷ Artículo 3:

“A los efectos dispuestos en esta ley se aplicarán las siguientes definiciones:

1. «Eutanasia»: hace referencia a las acciones realizadas por un médico, apoyado por un equipo de profesionales sanitarios, para causar la muerte de manera rápida, eficaz e indolora a una persona con una enfermedad grave que conduce necesariamente a su muerte o que padece sufrimientos físicos o psíquicos que considera intolerables. El solicitante formula su petición de manera libre, expresa, informada y reiterada.

2. «Suicidio médicamente asistido»: es la acción de una persona, con una enfermedad grave que conduce necesariamente a su muerte o que padece sufrimientos físicos o psíquicos que considera intolerables, de finalizar su vida con la asistencia de un médico. Este le proporciona los medios para hacerlo y le atiende durante su proceso de muerte. El solicitante formula su petición de manera libre, informada, inequívoca y reiterada”.

de una enfermedad o padecer sufrimientos físicos o psíquicos que considere intolerables. En todo caso, el paciente debería, antes de la solicitud, haber sido informado de todas las alternativas de tratamientos existentes, así como de los recursos disponibles en el ámbito socio-sanitario⁵⁸. La solicitud debería hacerse por escrito, fechada y firmada en presencia del médico responsable, y repetida al menos en dos ocasiones, con una separación de 15 días⁵⁹.

El médico responsable tenía la obligación de informar al paciente sobre su estado de salud, de comprobar la voluntariedad de su petición y asegurarse de la existencia de una enfermedad terminal o de un sufrimiento físico o psíquico intolerable. Asimismo, debía dirigirse a un médico consultor, sin interés en el caso, para que confirmara la existencia de estos requisitos⁶⁰.

Además, el médico responsable estaba obligado a remitir a la Comisión de Evaluación existente en cada comunidad autónoma tras la realización de la eutanasia y el suicidio asistido, la documentación prescrita por la Ley⁶¹. La Proposición de Ley Orgánica creaba también una Comisión Estatal de Seguimiento dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad con las funciones de resolver las dudas o cuestiones que pudieran surgir en la aplicación de la ley y de servir de órgano consultivo para los servicios de salud en el ámbito de la eutanasia y el suicidio asistido⁶².

La Proposición de Ley Orgánica disponía que las prestaciones de la eutanasia y suicidio asistido quedarían incluidas en la cartera básica de servicios del Sistema Nacional de Salud⁶³, reconocía la objeción de conciencia del personal sanitario implicado en dichas prestaciones⁶⁴ y, lógicamente, proponía una modificación del artículo 143.4 del Código Penal, el cual quedaría redactado de la siguiente manera:

“No será punible la conducta de aquel que con actos necesarios y directos coopere en o cause la muerte a otro cuando este lo haya solicitado de manera expresa, inequívoca y reiterada con arreglo a lo que establezca la legislación específica. La persona solicitante habrá de ser una

persona con una enfermedad grave que conduzca necesariamente a su muerte o que padezca sufrimientos físicos o psíquicos que ella considere insostenibles”.

La abstención del PSOE y de Ciudadanos y el voto contrario del Partido Popular supuso que esta Proposición de Ley Orgánica ni siquiera fuera admitida a trámite⁶⁵.

Por su parte, **el Parlamento de Cataluña presentó en el Congreso, el 10 de agosto de 2017, una Proposición de Ley de reforma de la Ley Orgánica 10/1995 de 25 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio**⁶⁶. En ella, se proponía una modificación del artículo 143.4 del Código Penal, que debía ser redactado de esta forma:

“4. No obstante lo establecido por los apartados anteriores, está exento de responsabilidad penal el que, por petición expresa, libre e inequívoca de una persona que padezca una enfermedad grave que lo conducirá necesariamente a la muerte o una patología incurable que le provoca sufrimiento físico o psíquico grave y que se prevé que será permanente, cause con actos necesarios la muerte segura, pacífica y sin dolor de esta persona o coopere a ello, dentro del marco legal establecido”.

Esta Proposición superó el trámite de consideración y fue remitida a la Comisión de Justicia del Congreso. Sin embargo, la disolución de las Cámaras por el Real Decreto 129/2019 de 4 de marzo, de disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y de convocatoria de elecciones, supuso su caducidad⁶⁷.

El 3 de mayo de 2018 el Grupo Parlamentario Socialista presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia⁶⁸.

Entre las definiciones contenidas en esta

65 LÓPEZ TRUJILLO, N., “La Ley de eutanasia vuelve al Congreso: preguntas y respuestas, en www.neutral.es”

66 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 154-1, 8 de septiembre de 2017.

67 Cfr. ARRUEGO RODRÍGUEZ, G., *Derecho fundamental a la vida y muerte asistida*, Granada, 2019, p. 104, nota 180. Sobre la posición de los distintos Grupos en el debate parlamentario cfr. GIMBEL GARCÍA, *El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas*, cit., pp. 137 y ss.

68 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 270-1, 21 de mayo de 2018.

La Proposición de Ley Orgánica fue admitida a trámite el 17 de mayo de 2018.

58 Artículo 4.

59 Artículos 4.2 y 6.1.

60 Artículo 8.

61 Artículo 9.

62 Artículos 13 a 17.

63 Artículo 11.2.

64 Artículos 10.2 y 12.3.

Proposición de Ley Orgánica se encontraba la de *prestación de ayuda para morir*, que “se puede producir en dos modalidades:

- a) la administración directa de una sustancia a una persona que lo haya requerido y que cause su muerte, o
- b) la prescripción o suministro de una sustancia a una persona que lo haya requerido, de manera que esta se la pueda auto administrar para causar su propia muerte”.

Con estas definiciones del artículo 3.6 la Proposición se refería directamente a la eutanasia y al suicidio asistido.

La prestación de ayuda para morir estaba incluida en la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y sería de financiación pública aunque se practicase en el domicilio particular de las personas solicitantes (artículo 16.1).

Para poder solicitar la prestación de ayuda para morir, la persona debía tener nacionalidad española, ser mayor de edad y capaz y consciente en el momento de la solicitud. Además, tenía que formular de manera voluntaria su solicitud, por escrito que debía repetirse al menos en una ocasión con una separación de 15 días naturales. Asimismo, el paciente debía padecer una enfermedad grave e incurable o sufrir una discapacidad grave crónica en los términos establecidos en esta Ley (artículo 5)⁶⁹.

El facultativo responsable de la prestación de la ayuda para morir debería informar a la persona solicitante sobre diagnósticos, posibilidades terapéuticas y posibles cuidados paliativos. Asimismo, tenía que comprobar que la solicitud es voluntaria y que el paciente padece una enfermedad grave incurable o una discapacidad grave crónica. Además, tenía la obligación de consultar a otro facultativo, que no formara parte del equipo médico, el cual debía corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos para solicitar la prestación de ayuda para morir. Finalmente, el facultativo responsable, antes de realizar la ayuda para morir, tenía que ponerlo en conocimiento de la Comisión de Evaluación y Control para

que realizase el control previo de la concurrencia de los requisitos exigidos para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y a recibir la ayuda para morir (artículos 9 y 15).

Una vez realizada la prestación de ayuda para morir, el facultativo responsable tenía que remitir a la Comisión de Evaluación y Control de su comunidad autónoma la documentación prescrita por la ley (artículo 13).

Los facultativos directamente implicados en la prestación de la ayuda para morir tenían derecho a ejercer la objeción de conciencia y eran inscritos en un registro de profesionales sanitarios objetores (artículo 12).

Por su parte, la Proposición de Ley Orgánica disponía que, para asegurar la igualdad y la calidad asistencial en la prestación de la ayuda para morir, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud elaboraría un Manual de buenas prácticas con unos contenidos mínimos y comunes para orientar en la correcta puesta en práctica de esta Ley (artículo 17.1).

Esta proposición de Ley Orgánica creaba una Comisión de Control y Evaluación en cada una de las comunidades autónomas, así como en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (artículo 20). Entre las funciones de estas comisiones figuraban las de resolver las reclamaciones formuladas por las personas a las que el profesional sanitario responsable hubiera denegado su solicitud de ayuda para morir. Igualmente, entraban dentro de sus competencias la comprobación del ejercicio sin trabas de los derechos derivados de esta Ley y la de detectar los posibles problemas en el cumplimiento de las disposiciones de la misma, proponiendo, en su caso, mejoras concretas para su incorporación a los manuales de buenas prácticas (artículo 21).

Finalmente, la Proposición de Ley Orgánica proponía una detallada modificación del artículo 143.4 del Código Penal (Disposición adicional primera), el cual quedaría redactado de la siguiente forma:

“No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave e incurable o discapacidad grave crónica, en los términos establecidos en la ley.

Se entiende por enfermedad grave e incurable aquella que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos, constantes e insoportables, sin

⁶⁹ El artículo 3.3 definía la enfermedad grave incurable como aquella “que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos, constantes e insoportables, sin posibilidad de alivio que el o la paciente considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”.

El mismo artículo, en su apartado 2, consideraba como discapacidad grave crónica la “situación en la que se produce en la persona afectada una invalidez de manera generalizada de valerse por sí mismo, sin que existan posibilidades fundadas de curación y, en cambio, sí existe seguridad o gran probabilidad de que tal incapacidad vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona”.

posibilidad de alivio que el o la paciente considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva.

Por discapacidad grave crónica se entiende la situación en la que se produce en la persona afectada una invalidez de manera generalizada de valerse por sí misma, sin que existan posibilidades fundadas de curación y, en cambio, sí existe seguridad o gran probabilidad de que tal incapacidad vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona. Se entienden por limitaciones aquellas que incidan fundamentalmente sobre su autonomía física y actividades de la vida diaria, así como sobre su capacidad de expresión y relación, originando por su naturaleza sufrimientos físicos o psíquicos constantes e intolerables, sin posibilidad de alivio que el o la paciente considere tolerable. En ocasiones pudiere suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico⁷⁰.

Esta Proposición de Ley Orgánica caducó debido a la disolución del Congreso y del Senado por el mencionado Real Decreto 129/2019 de 4 de marzo.

El 12 de julio de 2019, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó de nuevo en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia, que fue admitida a trámite el 16 de julio de ese mismo año⁷¹. El texto era igual que el presentado el 18 de enero de 2017. No obstante, esta Proposición de Ley Orgánica caducó debido a la disolución de las Cámaras por el Real Decreto 551/2019 de 24 de septiembre, que convocaba a elecciones para el 10 de noviembre de 2019.

El 19 de julio de 2019, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia⁷². El contenido de esta Proposición de Ley Orgánica era prácticamente igual al de la presentada el 3 de mayo de 2018, salvo algunas modificaciones.

Así, en la Proposición de Ley Orgánica de 2019 se omitían en sus definiciones “la discapacidad

70 Una crítica a esta Proposición de Ley puede verse en MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., pp. 66 y ss. Sobre la posición de los distintos Grupos en el debate parlamentario cfr. GIMBEL GARCÍA, *El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas*, cit., pp. 137 y ss.

71 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 62-1, 22 de julio de 2019.

72 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 64-1, 30 de julio de 2019. La Proposición fue admitida a trámite el 25 de julio del mismo año

grave crónica” y la de “valores vitales”, que figuraban en la de 2018. La denegación de la prestación de ayuda para morir del artículo 8 de la Proposición de 2018 estaba redactada con una menor amplitud que la correspondiente al artículo 7 de la de 2019. Los deberes y obligaciones de los facultativos responsables de la prestación de la ayuda para morir, que figuraban en artículo 9 de la Proposición de 2018, tenían asimismo una redacción distinta a los del artículo 8 de la Proposición de 2019. En la prestación de la ayuda para morir de la Proposición de 2018 se establecía en su artículo 11 la obligación de respeto por el personal sanitario de las convicciones y creencias del enfermo terminal, que no figuraban en la Proposición de 2019. Por último, la Disposición Final Primera de la Proposición de 2019, referente a la modificación del artículo 143.4 del Código Penal, estaba formulada de una manera más breve que la establecida en la misma Disposición de la Proposición de 2018. Según la Disposición Final Primera de la Proposición de 2019, el apartado 4 de dicho artículo quedaba redactado de la siguiente forma:

“No será punible la conducta del médico o médica que con actos necesarios y directos causare o cooperare a la muerte de una persona, cuando esta sufra una enfermedad grave, crónica e invalidante en los términos establecidos en la normativa sanitaria”.

Esta Proposición de Ley Orgánica caducó en virtud del Real Decreto 551/2019 al que ya nos hemos referido.

En junio de 2019, el Parlamento de Cataluña volvió a presentar la Proposición de Ley Orgánica de reforma de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de despenalización de la eutanasia y ayuda al suicidio, que fue admitida a trámite el 13 de diciembre del mismo año⁷³

Al igual que la Proposición de Ley Orgánica presentada en 2017, la de 2019 se inspiraba en el informe sobre la eutanasia y el suicidio asistido, elaborado por el Comité Consultivo de Bioética de Cataluña en 2006. Asimismo la Proposición mencionaba como fuente de inspiración la Carta de derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la salud y la atención sanitaria, elaborada en 2001 y revisada y aprobada por el Departamento de Salud en junio de 2015.

El último documento manifestaba que “cuando se dan situaciones de sufrimiento insoportable y la persona, en plena posesión de sus facultades, expresa su deseo de morir y solicita ayuda para hacerlo,

73 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 16-1, 30 de diciembre de 2019.

tiene el derecho a recibir un trato respetuoso y a que se le dé una respuesta proporcionada a la intensidad de este sufrimiento. La persona tiene derecho a que los profesionales sanitarios le faciliten los cuidados y tratamientos necesarios para facilitarle una muerte digna y sin sufrimiento, siempre dentro del marco legal vigente”.

La Proposición de Ley Orgánica, después de examinar la legislación sobre la eutanasia y el suicidio asistido en diversos países, afirmaba que era “necesaria una Ley de disposición y soberanía sobre la propia vida que garantice la libre autonomía personal y, a su vez, la protección de los colectivos más vulnerables. El desarrollo de dicha Ley puede inspirarse en la ley holandesa de 2001 y sobre todo en el capítulo 10 del informe del Comité Consultivo de Bioética de Cataluña mencionado más arriba”.

En su artículo único, la Proposición de Ley Orgánica proponía una modificación del apartado 4 del artículo 143 del Código Penal, que quedaría redactado de la misma forma que el de la Proposición de 2017.

La Proposición de Ley Orgánica de 2019 quedó caducada por el Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre, de convocatoria de elecciones a ambas Cámaras.

Por último, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a presentar en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia el 24 de enero de 2020.

La Proposición fue admitida a trámite el 28 de enero del mismo año⁷⁴.

El contenido de esta Proposición es idéntico al de la presentada por el mismo grupo parlamentario el 19 de julio de 2019. La Proposición presentada en enero de 2020 se encuentra en trámite de discusión en el Congreso aunque en la actualidad el debate está paralizado por las circunstancias excepcionales causadas por la pandemia de la Covid 19⁷⁵.

4.2 Examen crítico de la Proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia de 24 de enero de 2020

De entre todas las Proposiciones de Ley

⁷⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie B, Núm. 46-1, 31 de enero de 2020.

⁷⁵ Un sucinto examen de esta Proposición de Ley Orgánica puede verse en ELÍAS MONDEJA, A., *La inducción, el suicidio asistido y el homicidio. El derecho negativo a la vida. La eutanasia*, Málaga, 2020, pp. 145 y ss.

Orgánica sobre la eutanasia presentadas en el Congreso vamos a centrar nuestro examen crítico en la última de ellas por encontrarse, en el momento de redactar estas líneas, en tramitación parlamentaria. En primer lugar, haremos una serie de consideraciones generales para –después– analizar específicamente alguno de sus artículos.

En cuanto a las primeras, hay que destacar que en la tramitación legislativa se ha optado por una Proposición de Ley (presentada por el Grupo Socialista) y no por un Proyecto de Ley (a iniciativa del Gobierno que deriva de ese mismo grupo). La primera opción, permite omitir el dictamen del Consejo de Estado y un posible informe del Comité de Bioética. De igual modo, tampoco será necesario el informe del Ministerio de Justicia ni del Consejo General del Poder Judicial, a pesar de que la aprobación de la nueva norma requiere la reforma del Código Penal.

La Proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2020 considera, en su Exposición de motivos que la “eutanasia (es) aquella que se produce de manera activa y directa”, lo cual, en nuestra opinión, resulta correcto pues la entiende en un sentido estricto excluyendo la eutanasia pasiva como expusimos *supra*.

Pese a la propia denominación de la Proposición de Ley Orgánica y la mención en la Exposición de motivos, el término eutanasia no se vuelve a utilizar en el articulado. Lo mismo ocurre con el suicidio asistido. En efecto, del mismo modo que las Proposiciones de Ley Orgánica de 3 de mayo de 2018 y 1 de julio de 2019, el texto del articulado de esta Proposición de Ley Orgánica de 2020 se refiere a la eutanasia y al suicidio asistido, con la expresión “prestación de ayuda para morir” [artículo 3. g)].

Es preciso señalar que la Proposición de Ley Orgánica menciona una serie de conceptos relacionados con la eutanasia y suicidio asistido (consentimiento informado, enfermedad grave, crónica e invalidante, enfermedad grave e incurable, médico responsable, prestación de ayuda para morir. etc.). Sin embargo, como ha sido puesto de relieve, olvida mencionar otros -tales como, sedación terminal, adecuación del esfuerzo terapéutico, cuidados paliativos, obstinación terapéutica- que son necesarios para una correcta aplicación de la práctica de la eutanasia y la ayuda al suicidio⁷⁶. Es criticable esta omisión pues en una materia tan delicada, susceptible de producir situaciones límites, hubiera sido conveniente la mayor concreción y claridad posible.

⁷⁶ MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 69.

Respecto de los destinatarios, hay que destacar que la Proposición opta por un concepto amplio (que comprendería no solo los enfermos terminales) de eutanasia tal y como defendimos *supra* en el epígrafe 1 si bien es preciso matizar esta observación. La Exposición de motivos define la eutanasia como la actuación que “produce la muerte de una persona de forma directa e intencionada mediante una relación causa-efecto única e inmediata, a petición informada, expresa y reiterada en el tiempo por dicha persona, y que se lleva a cabo en un contexto de sufrimiento debido a una enfermedad o padecimiento incurable que la persona experimenta como inaceptable y que no ha podido ser mitigado por otros medios”. Y, en el artículo 5, se establece que podrán solicitarla quienes sufran “una enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave, crónica e invalidante”. Existen, por tanto, dos tipos de destinatarios definidos en el artículo 3; quienes sufran una:

“b) «Enfermedad grave, crónica e invalidante»: situación que resulta de una persona afectada por limitaciones que inciden directamente sobre su autonomía física, así como sobre su capacidad de expresión y relación, y que llevan asociadas un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vaya a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable.

c) «Enfermedad grave e incurable»: toda alteración del estado de la salud provocada por un accidente o enfermedad, originados independientemente de la voluntad del o la paciente, que lleva asociada sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable y en la que existe un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva”.

Partiendo de tales definiciones podríamos plantearnos si realmente estamos ante un concepto amplio de eutanasia. Recordemos que el mismo engloba los supuestos en los que la muerte es inmediata como aquellos en los que no lo es pero se padece una lesión o afección grave, invalidante e irreversible. A primera vista la Ley parece centrarse solo en el segundo supuesto lo que supondría una novedad en esta materia. Sin embargo, un examen más detenido nos permite defender el concepto amplio al que nos estamos refiriendo. En la segunda definición (*Enfermedad grave e incurable*) se hace referencia a aquella enfermedad “en la que existe un pronóstico de vida limitado”; supuesto que podemos identificar con una muerte cercana. Esta interpretación se ve confirmada al analizar los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir del artículo 5.1.

El tercero de ellos exige haber solicitado voluntariamente y por escrito la eutanasia en dos ocasiones existiendo una separación de quince días entre ambas. No obstante, este plazo se puede reducir “si el médico o la médica responsable considera que *la muerte de la persona solicitante* o la pérdida de su capacidad para otorgar el consentimiento informado *son inminentes*” (la cursiva es nuestra). No obstante, parece clara la intención de la Proposición de Ley Orgánica de centrarse más en las personas con lesiones o afecciones invalidantes que van a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación que en los enfermos terminales⁷⁷.

Como última observación genérica resulta interesante mencionar las enmiendas a la Proposición de Ley Orgánica propuestas por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)⁷⁸.

Este Comité exige que, en esta Proposición de Ley Orgánica, “no se incurra en ningún momento en el simplismo sesgado de vincular las situaciones de discapacidad con las decisiones personales sobre el final de la vida, como si se tratara de una regulación particularmente pensada para este grupo social”.

En apoyo de las enmiendas propuestas, el CERMI menciona la vigencia en España de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En virtud

⁷⁷ Son significativas, en este sentido, las palabras de la Diputada CARCEDO ROCES, del Grupo parlamentario Socialista, en defensa de la Proposición en la toma de consideración de la misma en el Congreso: “Es una ley cuya regulación va más allá de la despenalización en el Código Penal de la ayuda a morir dignamente. Es una ley que regula un procedimiento por el cual se establece un nuevo derecho para que las *personas que se encuentren en esta situación decidan o no solicitar ayuda para morir cuando sufren una enfermedad incurable, una enfermedad que no es de muerte inmediata* y que les está generando un sufrimiento y un dolor que, a su manera de entender, su condición humana, les resulta insoportable para su dignidad, para su integridad física o moral, y que también consideran que atenta contra su condición humana [...] Esta proposición de ley regula las condiciones en las que las personas pueden ejercer este derecho, qué circunstancias tienen que reunir para poder optar a este nuevo derecho que se regula, y es en todo caso que *estas personas deben de padecer una enfermedad invalidante, una enfermedad grave, una enfermedad que no tiene tratamiento efectivo, que se sabe cómo evoluciona pero que no puede ser tratada, no puede ser aliviada y que no supone una muerte con carácter inmediato; no se sabe si va a pasar un mes, diez meses, tres años para que se produzca el desenlace* y, durante ese tiempo, las personas están sufriendo” (las cursivas son nuestras).

⁷⁸ <https://www.cermi.es/es/actualidad/novedades/propuestas-de-enmiendas-del-cermi-la-proposicion%C3%B3n-de-ley-org%C3%A1nica-de-0>

Sobre esta cuestión cfr. LAURA SERRA, M^a., “Sobre eutanasia y personas con discapacidad. Breve análisis de la proposición de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, propuesta presentada por el Grupo parlamentario Socialista (PSOE) a la mesa del Congreso de los Diputados”, *Anales de Derecho y Discapacidad*, n.º.3, 2018, p. 259 y ss.

de esta Convención, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas recomienda a España que “vele por que no existan disposiciones que permitan la eutanasia por motivos de discapacidad, ya que tales disposiciones contribuyen a la estigmatización de la discapacidad, lo cual puede propiciar la discriminación”.

Basándose en esta Convención, el CERMI presenta una enmienda genérica a todo el texto de la Proposición de Ley Orgánica. En ella, “se propone la supresión de toda referencia indirecta a *discapacidad* o a *personas con discapacidad* o que la señalen o evoquen como *invalidante*, *limitaciones* o *impedido* en todo el texto de la Proposición de Ley”. Junto a esta enmienda general se formulan enmiendas precisas para desterrar esta terminología impropia e inconsistente con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad suscritos por España.

Analizaremos, a continuación, algunos aspectos destacados del articulado de la Proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2020. Nos centraremos en: los **requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir** (artículo 5); **derecho a la objeción de conciencia sanitaria** (artículo 16); la creación de una **Comisión de Control y Evaluación** de las prácticas médicas relativas a la eutanasia (artículo 17); y existencia de un **Manual de buenas prácticas** para orientar la correcta puesta en práctica de esta ley (artículo 14.1).

La Proposición de Ley Orgánica establece, entre los **requisitos necesarios para poder recibir la prestación de ayuda para morir**, que el paciente tenga nacionalidad española o residencia legal en España, que sea mayor de edad, y tenga capacidad y conciencia en el momento de la solicitud. Asimismo, el paciente debe disponer por escrito “de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos”. Igualmente, es preciso que el paciente haya formulado por escrito y de manera voluntaria dos solicitudes, dejando una separación de al menos 15 días naturales entre ambas. Sobre este último requisito, la Proposición de Ley Orgánica dispone que “si el médico o la médica responsable considera que la muerte de la persona solicitante o la pérdida de su capacidad para otorgar el consentimiento informado son inminentes, podrá aceptar cualquier período menor que considere apropiado en función de las circunstancias clínicas concurrentes, de las que deberá dejar constancia en la historia clínica del o la paciente” [artículo 5.1.c)].

En relación con lo dispuesto en el artículo 5.1.c) de la Proposición de Ley Orgánica alguna autora ha

opinado que, si la muerte es inminente, hasta qué punto es necesaria la aplicación de la eutanasia⁷⁹. En nuestra opinión, en el dolor -o, más concretamente, en el no querer padecerlo- podría estar la respuesta a este interrogante. No obstante, nos parece que la eutanasia es una solución extrema para el alivio del dolor. En estos supuestos sería más adecuado el recurso a los cuidados paliativos los cuales, según la *Asociación Europea de Cuidados Paliativos*, tienen como finalidad “el cuidado activo y total de los pacientes cuya enfermedad no responde al tratamiento curativo. El control del dolor, y otros síntomas de los problemas sociales, psicológicos y espirituales es de suma importancia”. Estos cuidados “se dirigen a preservar la mejor calidad de vida posible hasta la muerte”⁸⁰. En relación con este punto, NEGRI ha señalado acertadamente que resulta “inaceptable que, con los medios disponibles en la actualidad, la persona afectada de una enfermedad incurable e irreversible -por la cual la vida ha devenido una tortura física y psíquica sin esperanza- pase su penoso camino hacia la muerte sufriendo”⁸¹.

Por tanto, la inminencia de la muerte del paciente no obsta para la aplicación de los cuidados paliativos y, entre los elementos que integran su contenido, especialmente y por lo que aquí respecta, el alivio del dolor, la sedación paliativa y la adecuación del esfuerzo terapéutico ayudarían a entender la respuesta que acabamos de proponer⁸². Con la puesta en práctica de estos cuidados, el paciente terminal llegará a la muerte de un modo natural y digno sin sufrimiento. No obstante, y volviendo a la Proposición de Ley Orgánica que estamos analizando en este epígrafe, si la aplicación de estos cuidados resulta fútil y el paciente consciente sigue solicitando la prestación de la ayuda para morir, el profesional sanitario responsable debería aplicar la eutanasia.

El último requisito para poder solicitar la ayuda para morir es el exigido por el artículo 5.1.e). La Proposición de Ley Orgánica exige -de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de

79 Como señala MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 72.

80 *Libro Blanco sobre normas de calidad y estándares de cuidados paliativos de la Sociedad Europea de Cuidados Paliativos*, Monografías SECPAL, n.0, Presentación, Mayo 2012, p. 8.

81 NEGRI, S., *Cuidados paliativos y derecho internacional de los derechos humanos: el derecho universal a no sufrir*, www.academia.edu/10435115/cuidados, cit., p. 21, con cita de VERONESI, U., *Il diritto di non soffrire*, Milano, 2011, pp.18-19.

82 Sobre estas cuestiones nos remitimos al epígrafe final y a nuestro trabajo *Los cuidados paliativos: un enfoque jurídico*, Dykinson, 2020.

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, la cual no menciona el requisito de que el paciente preste su consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir. Este consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento [artículo 6.3 de la Proposición de Ley Orgánica].

La Proposición de Ley Orgánica no menciona el consentimiento informado por representación para solicitar la eutanasia y el suicidio asistido. Entendemos que este tipo de consentimiento, regulado en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, no resulta aplicable en estos casos. La razón es, como dijimos, que para llevar a cabo estas prácticas es necesaria la existencia de un consentimiento exclusivamente personal del solicitante.

En apoyo de esta opinión, cabe citar lo dispuesto en el artículo 6.4, según el cual “En los casos previstos en el artículo 5.2, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentada al médico o médica responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándola del documento de instrucciones previas o documento equivalente suscrito previamente por el o la paciente”. Como puede verse, en todo caso, es preciso que conste la voluntad del paciente formulada en este supuesto en un documento de instrucciones previas o equivalente.

Por otra parte, la Proposición de Ley Orgánica establece en su artículo 5.2 una excepción a la exigencia de cumplir los requisitos para recibir la ayuda para morir enumerados en el apartado 1 de este artículo. Según lo dispuesto en el artículo 5.2: “No será de aplicación lo previsto en el apartado anterior en aquellos casos en los que el médico o médica responsable certifique que él o la paciente está incurso en situación de incapacidad de hecho permanente, cumpla lo previsto en el apartado 1.d) anterior [“Sufrir enfermedad grave e incurable o padecer una enfermedad grave, crónica e invalidante en los términos establecidos en esta Ley, certificado por el médico o médica responsable”] y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas o documento equivalente, en cuyo caso, se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento”. Es decir, no se exigirán los requisitos cuando el médico determine la incapacidad de hecho del paciente siempre que existan instrucciones previas. No se requiere, por tanto, intervención judicial alguna para declarar dicha incapacidad.

Puesto que la Ley no menciona el caso del paciente con una incapacidad de hecho permanente, el cual no haya suscrito un documento de instrucciones

previas, en nuestra opinión, en este supuesto no es factible practicar la eutanasia y el suicidio asistido. La razón estriba en que estas prestaciones requieren para poder llevarlas a cabo la existencia ineludible de un consentimiento personal del paciente manifestado antes de realizarlas, según la Proposición de Ley Orgánica, en una solicitud por escrito o en un documento de instrucciones previas.

Un acierto de la Proposición de Ley Orgánica es el reconocimiento del ejercicio del **derecho a la objeción de conciencia sanitaria** por parte de los profesionales implicados en la prestación de ayuda para morir.

La objeción solo podrán ejercerla los profesionales sanitarios directamente implicados en la prestación de la eutanasia o del suicidio asistido, y deberán manifestarla anticipadamente y por escrito.

La Proposición de Ley Orgánica dispone que “Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir, en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para realización de la misma y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la Administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de ayuda para morir” (artículo 16).

Dado que este artículo 16 de la Proposición de Ley Orgánica no lo menciona, es preciso entender que la objeción no debe ser objeto de control, en cuanto a las razones que la motivan, por parte de ningún órgano de la Administración. Asimismo, puesto que dicho artículo no dice nada sobre este punto, es evidente que el profesional sanitario objetor tendrá derecho a revocar su objeción. No obstante, la Ley podrá establecer los requisitos necesarios para que esta revocación surta efectos

La Proposición de Ley Orgánica dispone la creación de una **Comisión de Control y Evaluación** en cada una de las comunidades autónomas, así como en las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Cada una de estas Comisiones deberá elaborar un reglamento de orden interno, que será autorizado por el órgano competente de la Administración autonómica. En el caso de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, la autorización corresponderá al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social (artículo 17).

Estas Comisiones de Control y Evaluación ejercitan, entre otras funciones, un control previo de la prestación de la ayuda para morir. Para ello, el profesional sanitario responsable de la realización de esta prestación, antes de llevarla a cabo, lo pondrá

en conocimiento del presidente de la Comisión correspondiente, el cual en el plazo de 2 días siguientes a la recepción de la documentación designará a dos miembros de la misma. Estas personas, con carácter previo al pronunciamiento definitivo del órgano colegiado, comprobarán si concurren los requisitos y condiciones establecidas para el correcto ejercicio del derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.

Una vez evaluado el cumplimiento de los requisitos de la ley, estas dos personas, en el plazo máximo de 7 días naturales, “llevarán a la Comisión una propuesta para la aprobación, o en su caso denegación de la solicitud de prestación de ayuda para morir”. El contenido de la citada propuesta no vinculará el sentido de la resolución definitiva de la Comisión (artículo 10.1 y 3).

La Proposición solo menciona que la resolución definitiva de la Comisión deberá ponerse en conocimiento del médico responsable que realizó la comunicación en el plazo más breve posible, sin determinar un número de días. Una vez recibida la resolución definitiva, el facultativo responsable podrá proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda para morir (artículo 10.4).

La crítica que cabe hacer a las disposiciones referentes a las Comisiones de Control y Evaluación obedece sobre todo a la complejidad del sistema y, en particular, a la pluralidad de reglamentos que ello conlleva, cada uno de ellos con sus particulares criterios. Por otra parte, la indeterminación de la duración del plazo de la comunicación definitiva al facultativo responsable otorga a las mencionadas comisiones una discrecionalidad indeseable.

Finalmente, en este examen es preciso mencionar el **Manual de buenas prácticas**, que el Consejo Interterritorial deberá elaborar en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de la ley, para servir de orientación en la correcta puesta en práctica de la ley (artículo 14.1).

Como se ha señalado, a nuestro juicio acertadamente, esta disposición supone una gran incertidumbre porque la aplicación de la ley quedará en último término condicionada a lo que establezca dicho manual. Además, se echa en falta la mención de quién debe elaborarlo y las organizaciones y colectivos profesionales que deberían participar en su redacción⁸³.

Por último, la Disposición adicional primera reiteraba el texto de las Proposiciones de Ley Orgánica

83 Como señala MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., pp. 72-73.

de 3 de mayo de 2018 y 1 de julio de 2019 sobre la modificación del artículo 143.4 del Código Penal. Como puede verse el texto de esta norma despenaliza toda ayuda al suicidio a diferencia de lo que sucede en el artículo 580 del Código Penal italiano. Recordemos que sobre esta norma se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional italiano despenalizando solamente la ayuda para acceder a la práctica del suicidio asistido (cfr. *supra* epígrafe 3).

5. LAS FUNDAMENTACIONES TEÓRICAS, FAVORABLES Y CONTRARIAS, DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO

5.1 La posición contraria de las confesiones religiosas

Desde diversas posiciones ideológicas y con distintos argumentos se ha defendido o rechazado la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido⁸⁴.

Una de las teorías más significativas e importantes es la proveniente de diferentes grupos religiosos. La razón principal de su exposición en este trabajo radica en que algunas cuestiones como el dolor, la enfermedad y la muerte forman tradicionalmente parte de las enseñanzas de las religiones. Y estas enseñanzas determinan la escala de valores con la que muchos seres humanos, especialmente los de los países no afectados por el progresivo proceso de secularización de la cultura occidental, afrontan estos importantes e inevitables acontecimientos de la vida y adoptan decisiones sobre los mismos. En todas ellas, salvo alguna rara excepción, se encuentra un rotundo rechazo a la eutanasia y al suicidio asistido.

Así, para la doctrina católica la vida humana es un don de Dios, el cual es su dueño, y tiene un carácter sagrado⁸⁵. De este carácter sagrado se deriva su inviolabilidad. Por ello, el hombre tiene la obligación de respetar su propia vida y la de los demás⁸⁶.

84 Un examen sintético de estas teorías puede verse en POOL DERQUI, D., “La despenalización de la eutanasia en España: 9 razones y 9 respuestas”, Sánchez Sáez, A. J. (coordinador), *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestión subrogada y transhumanismo*, cit., pp. 30 y ss.

85 Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, publicado el 11 de octubre de 1992, n. 2280; *Encíclica Humanae Vitae*, de Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995, n. 39 y 40.

86 Cfr. *Declaración Iura et Bona*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 5 de mayo de 1980, n. 9; *Encíclica Humanae Vitae*, cit., n. 40.

En virtud de estas premisas, la Iglesia Católica define⁸⁷ y condena la eutanasia, tanto activa como pasiva, considerándola moralmente inaceptable⁸⁸. Asimismo, rechaza el suicidio asistido por entender que es contrario a la ley moral⁸⁹.

Además de estas afirmaciones generales, la doctrina católica contiene una serie de precisiones sobre esta materia.

Así esta doctrina, considera ilícito el recurso a la distanasia. En este punto, distingue entre los denominados medios terapéuticos proporcionados y desproporcionados. Para diferenciar unos de otros, es preciso comparar “el tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación con el resultado que se puede esperar de todo ello, teniendo en cuenta las condiciones del enfermo y sus fuerzas físicas y morales”⁹⁰.

En relación con los cuidados paliativos, la doctrina católica manifiesta que estos cuidados están “destinados a hacer más soportable el sufrimiento en la fase final de la enfermedad y, al mismo tiempo, asegurar al paciente un acompañamiento humano adecuado”⁹¹.

La Iglesia Católica acepta el uso de analgésicos que alivian el dolor del enfermo terminal aunque puedan suponer, como efecto no deseado, un acortamiento de su vida. La razón es que en este caso no se busca directamente la muerte, sino simplemente mitigar el dolor del enfermo⁹². Sin embargo, no es lícito privar a enfermos terminales de la consciencia sin grave motivo. Ello es debido a que estos “deben estar en condiciones de poder cumplir

sus obligaciones morales y familiares y, sobre todo, deben poderse preparar con plena conciencia al encuentro definitivo con Dios”⁹³.

Asimismo, la doctrina Católica considera lícita la renuncia al encarnizamiento terapéutico. El paciente terminal puede, por tanto, “renunciar a unos tratamientos que procurarían únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir sin embargo las curas normales debidas al enfermo en casos similares”⁹⁴. Esta renuncia no es suicidio ni eutanasia, sino que expresa la aceptación de la condición humana ante la muerte⁹⁵.

Al examinar el protestantismo, doctrina religiosa que comparten una extensa pluralidad de grupos⁹⁶, es preciso tener en cuenta que la amplísima libertad de pensamiento que la caracteriza comporta, a diferencia de la Iglesia Católica, la imposibilidad de identificar una doctrina como la “posición oficial protestante”⁹⁷. No obstante esta dificultad, existe una cierta coincidencia doctrinal entre las diversas iglesias protestantes sobre las cuestiones referentes al final de la vida.

La Conferencia de Lambeth, de 1998, define la eutanasia como “el acto mediante el cual una persona intencionalmente causa o ayuda a causar la muerte de otra, que está en una situación terminal o gravemente enferma, con el fin de acabar con su dolor y sufrimiento”⁹⁸.

Partiendo de la premisa de que la vida es un don de Dios, la mayoría de las iglesias protestantes considera que la eutanasia activa no es compatible con la fe cristiana⁹⁹ porque toda persona tiene derecho a un cuidado integral hasta el momento de su muerte¹⁰⁰. Incluso, algunas de ellas opinan que este tipo

87 Cfr. la nota 3 de este trabajo; Catecismo de la Iglesia Católica, cit., n. 2277.

88 Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, cit., n. 2277; Declaración Iura et Bona, cit., n. 15; Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65. Sobre este punto, y en general sobre la eutanasia, cfr. el documento del Comité para la Defensa de la Vida, de la Conferencia Episcopal Española titulado: “La eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos”, de octubre de 1993 en www.conferenciaepiscopal.es.

89 Cfr. Catecismo de la Iglesia Católica, cit., n. 2282; Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 66.

90 Cfr. Declaración Iura et Bona, cit., n. 27.

91 Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65. La Subcomisión Episcopal para la Familia y Defensa de la Vida, en su documento *Sembradores de Esperanza*, de 1 de noviembre de 2019, n.º 16, señala que la medicina paliativa “supone un cambio de mentalidad ante el paciente en situación terminal. A saber que, cuando ya no se puede curar, aún debemos cuidar y siempre aliviar”.

92 Cfr. Declaración Iura et Bona, cit., n. 20 y 21; Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65; Carta de los Agentes Sanitarios del Consejo Pontificio de la Pastoral para los Agentes Sanitarios, de octubre de 1994, n.120.

93 Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65.

94 Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65. *Sembradores de Esperanza*, cit., n.31.

95 Encíclica Humanae Vitae, cit., n. 65.

96 Según VANDERPOOL, H.Y., “Principali problemi sanitari nel protestantesimo”, en *Bioetica e grandi religioni*, a cura di S. Spinsanti, Milano, 1987, p. 97, el Protestantismo está integrado por más de trescientos grupos religiosos.

97 Como señala JOHNSON, J. T., “Storia dell’etica medica protestante”, *Bioetica e grandi religioni*, cit., pp. 71-72.

98 Conferencia de Lambeth de la Comunión Anglicana, de 1998, Resolución I, 14, b).

99 La Conferencia de Iglesias Europeas realizó, en 2004, una encuesta sobre la eutanasia entre diversas iglesias cristianas. Todas ellas se mostraron en contra de la eutanasia activa y asimismo, estuvieron de acuerdo en que suprimir el sufrimiento matando a seres humanos es un grave pecado; sobre este punto, cfr. CAPO, E., “¿Qué piensan los protestantes sobre la eutanasia?”, en www.labibliaweb.com/articulo/52/1031.

100 Como se señala en el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, Madrid, diciembre de 2000,

de eutanasia debería estar prohibido por la legislación civil¹⁰¹.

No obstante, algún teólogo¹⁰² y ciertas iglesias¹⁰³ admiten la eutanasia directa en casos excepcionales, como son aquellos estados terminales en los que el dolor y el sufrimiento resultan difícilmente soportables¹⁰⁴.

Al contrario de lo que sucede con la eutanasia activa, las iglesias protestantes aceptan abiertamente la denominada pasiva. Este tipo de eutanasia debe entenderse como la no iniciación o suspensión del tratamiento médico cuando éste ya no sirve para curar, sino para prolongar la vida del enfermo¹⁰⁵. Asimismo, admiten el empleo de medicamentos para mitigar el dolor en pacientes terminales aunque comporten indirectamente, sin ser este el propósito de su utilización, la aceleración de la muerte del paciente¹⁰⁶.

Como alternativa a la eutanasia activa, la doctrina protestante propugna intensificar la asistencia psicológica y espiritual a los moribundos¹⁰⁷, así como potenciar las unidades de cuidados paliativos que deben su origen en sentido moderno a la iniciativa de los protestantes¹⁰⁸.

Los protestantes rechazan el encarnizamiento terapéutico¹⁰⁹, el cual hace sufrir inútilmente al enfermo y frecuentemente se debe a “presiones sociales, sentimientos de culpabilidad de los familiares

y actuación médica movida por la autoprotección legal y la rutina”¹¹⁰.

Igualmente, algunas iglesias protestantes se oponen al suicidio asistido¹¹¹.

En cuanto a la nutrición e hidratación artificiales, cuando a juicio del médico éstas no sean ya efectivas, el paciente o su representante pueden considerarlas como un tratamiento excesivamente oneroso. En estas circunstancias es lícito retirarlas o suspenderlas y dejar que la muerte acontezca¹¹².

Para la religión judía Dios es el dueño de todo, incluidos nuestros cuerpos¹¹³. Por ello, los judíos tienen el deber de preservar sus vidas y de adoptar las medidas necesarias para salvar las de los demás¹¹⁴. El respeto a la vida es tan esencial en la religión judía que, ante la posibilidad de prolongar una vida aunque sea unos instantes, debe posponerse el cumplimiento de cualquier deber religioso¹¹⁵.

La eutanasia activa está prohibida por la religión judía y se considera un asesinato, aunque el enfermo solicite expresamente su muerte¹¹⁶. Asimismo, está prohibido el suicidio asistido¹¹⁷.

Por el contrario, la eutanasia pasiva está permitida en algunas circunstancias¹¹⁸. Especiales problemas plantea, respecto de este supuesto de eutanasia, la supresión de la alimentación y la hidratación a los enfermos terminales y a aquellos que se encuentran en un estado vegetativo persistente.

www.protestantedigital.com/new/nowleerdocumento, apartado VI, 1.

101 Tal es el caso de la Iglesia Anglicana, cfr. *Conferencia de Lambeth de la Comunión Anglicana*, cit., Resolución I, 14, c).

102 Tal es el caso del teólogo protestante JOSEPH FLETCHER, el cual acepta la eutanasia directa, voluntaria o involuntaria; sobre este punto, cfr. VANDERPOOL, H. Y., “Principali problemi sanitari nel protestantesimo”, cit., p. 86.

103 Como son la Iglesia Valdense y la Iglesia Metodista de Italia; cfr. CAPO, E., “¿Qué piensan los protestantes sobre la eutanasia?”, cit.

104 La *Conferencia de las Iglesias Europeas*, en su documento de 2004, cit., admitió que el creyente, bajo su responsabilidad, puede pedir que se le practique la eutanasia.

105 La *Conferencia de Lambeth de la Comunión Anglicana*, cit., en su Resolución I, 14, d) distingue entre la eutanasia y “la detención, la retirada, la disminución y la finalización del tratamiento [...], las cuales están conformes con la fe cristiana al permitir a una persona morir con dignidad”.

106 Cfr. el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, cit., apartado VI, 2; cfr. TARQUIS ALFONSO, P., “Bases teológicas de la ética protestante”, en J. Gafo (ed.), *Bioética y religiones: el final de la vida*, Madrid, 2000, p. 63.

107 Cfr. el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, cit., apartado VI, 4; cfr. P. Tarquis Alfonso, “Bases teológicas de la ética protestante”, cit., p. 64.

108 Cfr. el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, cit., apartado VI, 4.

109 Cfr. el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, cit., apartado VI, 1.

110 Cfr. el *Comunicado final de las II Jornadas de Bioética*, cit., apartado VI, 1.

111 Entre otras, la Iglesia Anglicana, la Iglesia Metodista Unida, y el Ejército de Salvación, cfr. *Christian attitudes to euthanasia (Part. 2): Church of England and other Christian views*, en www.thatreligiousstudieswebsite.com.

112 Evangelical Lutheran Church in America, “End-of-Life Decisions”, en www.elca.org/Faith/Social-Messages/End-of-Life-Decisions, p.3.

113 Sobre este punto, cfr. DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, Philadelphia, 2003, p. 15.

114 Cfr. DORFF, *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 16.

115 Como señala GARZÓN SERFATY, B. A., “Judaísmo y bioética”, en J. Gafo (ed.), *Bioética y religiones: el final de la vida*, cit., p. 120.

116 GARZÓN SERFATY, “Judaísmo y bioética”, cit., p. 123.

117 DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 183.

118 Como señala DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 198.

En el caso de los enfermos terminales, que no pueden ingerir alimentación e hidratación por vía bucal, se discute si pueden rechazar recibirla por vía intravenosa o parenteral. La mayoría de la doctrina rabínica responde a esta cuestión negativamente. Para fundamentar esta opinión, distinguen entre la medicación –la cual es una sustancia inusual introducida en el cuerpo del paciente y que por ello puede ser retirada si no hay posibilidad de que funcione- y la alimentación y la hidratación, que son necesarias para todos y que por ello deben mantenerse¹¹⁹.

En el supuesto de los enfermos en estado vegetativo persistente, la práctica habitual es que deben ser alimentados e hidratados artificialmente durante algún tiempo. Ello es así para prevenirse contra la posibilidad de que hayan sido mal diagnosticados y se encuentren, por tanto, en una situación de coma reversible¹²⁰.

Respecto de la distanancia, la ley judía parte de la base de que el médico tiene la obligación de hacer todo lo posible para salvar la vida del enfermo¹²¹. Sin embargo, existe acuerdo doctrinal respecto de que no es necesario el recurso a medidas heroicas para mantener la vida. Solamente deben emplearse los tratamientos terapéuticos que puedan conseguirse ordinariamente en el lugar y circunstancias en las que se encuentre el enfermo¹²². Por tanto, si el paciente es un enfermo terminal, deben abandonarse los tratamientos terapéuticos agresivos y concentrar los esfuerzos en procurar el alivio del dolor¹²³.

Finalmente, es preciso señalar que para la ley judía el recurso al empleo de analgésicos, aunque puedan acortar la vida del enfermo, está permitido. Con la salvedad de que la dosis resulte inadecuada para causar la muerte y de que la intención del médico no sea la de matar al enfermo, sino la de aliviar su sufrimiento y dolores¹²⁴.

También el Islam, como el resto de las religiones que hemos examinado, considera la vida humana

sagrada por ser un don de Dios. Por esta razón, ha de ser protegida y respetada. Cualquier agresión contra la vida es considerada como el mayor de los crímenes, después del de no creer en Dios¹²⁵.

Una consecuencia del carácter sagrado de la vida es la prohibición de la eutanasia activa directa y del suicidio asistido aunque se lleven a cabo a petición del enfermo. Este tipo de acciones es considerado como un homicidio¹²⁶.

Sin embargo, la eutanasia pasiva está permitida cuando existe la certeza de que la no iniciación del tratamiento o su suspensión no darán resultado¹²⁷. En relación con este supuesto de eutanasia, un sector importante de la doctrina islámica opina que es acorde con la ley la retirada de los medios de soporte vital a los enfermos que se encuentran en un estado vegetativo persistente, porque estos medios se consideran medidas temporales¹²⁸. No obstante, en estos casos debe mantenerse la alimentación y la hidratación artificiales¹²⁹.

Asimismo, resulta factible el empleo de analgésicos para aliviar los dolores y sufrimientos del enfermo terminal. Sin embargo, está prohibido el uso de esta clase de medicamentos para acelerar la muerte del paciente¹³⁰.

La ley islámica se opone a la distanancia, entre otras razones, porque sólo a Dios le corresponde decidir el momento en que cada persona debe morir¹³¹. Por lo tanto, resulta inútil alargar la agonía del enfermo cuando su muerte es segura y los tratamientos médicos son ineficaces¹³². En relación con este punto, el Código Islámico de Ética Médica manifiesta: “Es fútil conservar diligentemente al paciente en un estado vegetativo por medios heroicos [...]”.

125 En este sentido TATARY BAKRY, R., “Islam, bioética y final de la vida”, en J. Gafo (ed.), *Bioética y religiones: el final de la vida*, cit., p.82.

126 Cfr., ATIGHETCHI, D., *Islam e bioetica*, Roma, 2009, p.246 y 258.

127 TATARY BAKRY, R., “Islam, bioética y final de la vida”, cit., p.84.

128 Cfr. *Euthanasia, assisted dying, suicide and medical ethics*, www.bbc.co.uk/religion/religious/islam/islametieth/euthanasia.

129 Sobre este punto, cfr. ATIGHETCHI, D., *Islam e bioetica*, cit., p. 231 y LADEVÈZE PIÑOL, L. P., *Bioética e Islam. Una aproximación a la bioética islámica contemporánea*, Madrid, 2019, p. 72.

130 Sobre este punto, cfr. *Euthanasia, assisted dying, suicide and medical ethics*, cit., p. 2.

131 Corán, 16:61.

132 Sobre este punto, cfr. ATIGHETCHI, D., *Islam e bioetica*, cit., p. 231.

119 Como señala DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 209-210.

120 Sobre este punto, cfr. DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 216.

121 *Euthanasia and suicide*, en www.bbc.co.uk/religion/religious/Judaism/jewishethics.

122 Cfr. DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit. p. 201.

123 Como pone de relieve DORFF, E. N., *Matters of Life and Death. A Jewish Approach to Modern Medical Ethics*, cit., p. 204.

124 *Euthanasia and suicide*, cit.

El médico está llamado a mantener el proceso de la vida y no el de la muerte”¹³³.

Como acabamos de exponer las confesiones religiosas coinciden, casi plenamente, en negar la eutanasia y el suicidio asistido.

La crítica que cabe hacer a estos rechazos de la eutanasia y el suicidio asistido, desde un punto de vista filosófico, es que una ética que aspire a ser universal no puede fundamentarse en instancias religiosas en una sociedad como es la occidental de hoy en día, la cual se caracteriza por ser laica, pluralista y por ello multiética, y porque los valores en los que se basa y las obligaciones de los individuos se definen consensuadamente a través de procedimientos democráticos.

Además, desde una perspectiva jurídica, esta clase de fundamentación significaría la identificación de los valores propios del Estado con los de una religión en contra de la laicidad, la cual es uno de los principios constitutivos de la identidad estatal. Por último, comportaría la exclusión de los miembros de otras religiones y de los no creyentes en contra del pluralismo, que es consustancial a la democracia¹³⁴.

5.2 La dignidad de la persona

Uno de los criterios más frecuentemente utilizados, tanto para defender la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido como para rechazarla, es el de la dignidad de la persona.

La referencia a la dignidad de la persona se encuentra en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Entre ellos, figura el Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina¹³⁵, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos¹³⁶, la Carta de los Derechos Fundamentales

133 *Euthanasia, assisted dying, suicide and medical ethics*, cit.

134 Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “Bioética y religión”, I. Martín Sánchez (Coord.), *Bioética, religión y salud*, Madrid, 2005, p. 21.

135 Este Convenio, aprobado en Oviedo el 4 de abril de 1977, dispone en su art.1: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

En su art. 2. Establece: “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”.

136 Aprobada el 19 de octubre de 2005. Su art.3 establece: “1. Se habrán de respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

2. Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad”.

de la Unión Europea¹³⁷ y, de una manera más específica, la Recomendación Rec (2003) 24 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la organización de cuidados paliativos¹³⁸. Asimismo, es preciso tener en cuenta el artículo 10.1 de la Constitución española en el que se declara “la dignidad de la persona como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social”.

La dignidad, en cuanto fundamento para afirmar la licitud de la eutanasia, es entendida como el derecho de la persona a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte. Este derecho implica el respeto a la voluntad humana, incluida la de morir, cuando es imposible hacer nada para devolver a su vida la calidad a la que toda persona tiene derecho¹³⁹.

Desde esta posición ideológica, despenalizar la eutanasia y el suicidio asistido sería una forma de reconocer jurídicamente la dignidad de la persona vinculada a su autonomía en cuanto que estas acciones se considera que forman parte del contenido del libre desarrollo de la personalidad garantizado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Por otra parte, esta postura sostiene que la dignidad de los pacientes que solicitan estas actuaciones médicas exige un apoyo público mediante el cual puedan ser factibles en la realidad.

En resumen, como ha sido señalado “puesto que existen diferentes concepciones de la dignidad, la despenalización de la eutanasia [y del suicidio asistido] es la manera de dar paso a todas las opciones (sin obligar a nadie) y reconocer que todo el mundo tiene derecho a llevar a cabo las decisiones más íntimas y personales relacionadas con su noción de dignidad y de autonomía personal”¹⁴⁰.

En contra de esta conceptualización de la dignidad de la persona se encuentran las posiciones doctrinales que la interpretan como fundamento del rechazo de la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido.

137 Aprobada el 12 de diciembre de 2007. Su art.1 dispone: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

138 En los Principios Guía del Apéndice de esta Recomendación se afirma: “La política de cuidados paliativos debe basarse en los valores propuestos por el Consejo de Europa: derechos humanos y derechos de los pacientes, dignidad humana, cohesión social, democracia, equidad, solidaridad, igualdad de oportunidades para ambos sexos, participación y libertad de elección”.

139 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 240.

140 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., p. 102.

Para estas posiciones, que compartimos, la dignidad inherente a todo ser humano le confiere el derecho irrenunciable a la vida. El Estado tiene un deber inexcusable de protegerla, incluso cuando la persona no pueda valorarla¹⁴¹. La dignidad se tiene durante toda la vida hasta el momento de la muerte, prescindiendo de la situación de incapacidad o de sufrimiento insoportable de la persona¹⁴².

Las carencias físicas y psíquicas experimentadas por el enfermo terminal suponen para algunos autores la imposibilidad de hablar, en estas circunstancias, de una vida digna y considerar que el recurso a la eutanasia o al suicidio asistido es el único medio adecuado para poner fin a esta pretendida indignidad.

Sin embargo, en contra de este criterio, es preciso afirmar que también subsiste la dignidad en el morir, sin necesidad de aplicar la eutanasia. No cabe razonablemente sostener que el discapacitado, el enfermo o el moribundo carecen de dignidad, pues ésta es independiente de las características del ser humano y se tiene por el hecho de ser persona¹⁴³.

Como señala la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, de 25 de junio de 1999, el respeto y protección de estas personas “encuentran su expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad”.

Por otra parte, la falta de dignidad del enfermo terminal suele asociarse a diversos temores que experimenta el paciente. Fundamentalmente, estos son: la falta de control sobre sí mismo, el miedo a la dependencia y el temor a ser una carga para los demás. Ninguno de ellos, ni todos en conjunto, nos parecen concluyentes para apoyar la fundamentación favorable a la eutanasia.

El temor a la falta de control sobre sí mismo es algo usual en los enfermos terminales. Esta pérdida de autonomía, debida a la falta de memoria, a la disminución de la movilidad corporal, al estado vegetativo, a la depresión y a otras causas no hace la vida indigna sino que -en último término- constituye una

llamada solicitando la ayuda de los demás. Ayuda que dignifica a las personas que la prestan al paciente y le apoyan en el mantenimiento de su dignidad.

Una de las causas más frecuentes de la solicitud de la eutanasia y el suicidio asistido es el miedo del paciente a depender de los demás. Ciertamente, como ha sido puesto de relieve, “muchas personas al final de la vida están muy necesitadas, son muy vulnerables, son tan vulnerables que no pueden ocultar sus necesidades y son un desafío para todos pues nos recuerdan los límites de nuestro poder tecnológico-médico, de nuestra capacidad de controlar nuestras vidas-existencias, de nuestra autonomía¹⁴⁴”. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la dependencia es algo usual en la vida. Todos dependemos de los demás. Por tanto, no es una razón suficientemente concluyente para acabar con la vida mediante la eutanasia.

Asimismo, con frecuencia el enfermo terminal experimenta el temor de ser una carga emocional y económica para sus familiares, y esta sensación le hace desear poner fin a su vida. Este temor aumenta al observar la actitud de cansancio y desgana con que le tratan las personas próximas a él. Por ello, en el final de la vida tiene importancia especial el papel desempeñado por el personal sanitario profesional experto en cuidados.

Para finalizar, no cabe sostener que la eutanasia y el suicidio asistido están garantizados por el libre desarrollo de la personalidad mencionado en el citado artículo 10.1 de la Constitución. La razón es que si, así fuese, se estaría utilizando este precepto para vulnerar los derechos fundamentales en vez de para protegerlos. Además, dado que la eutanasia y el suicidio asistido se dirigen a causar un mal (la muerte del paciente), estas conductas se han considerado tradicionalmente contrarias a las exigencias éticas derivadas de la dignidad humana y a las obligaciones deontológicas de los médicos. Igualmente, estas actuaciones para la ética crítica de raíz kantiana han sido juzgadas indignas. Por ello, como señala MARTÍNEZ PORTUGUÉS, no cabe entender la eutanasia y el suicidio asistido como manifestaciones del libre desarrollo de la persona al que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Constitución sino, en todo caso, como una libertad fáctica de actuación¹⁴⁵.

En resumen, puede decirse que la eutanasia y el suicidio asistido no son la solución para poner

141 Cfr. en este sentido AA.VV., *La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica*, Madrid, 2008, p. 19.

142 Como señala DE LA TORRE DÍAZ, J., “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, cit., p. 42.

143 Cfr. sobre este punto DE LA TORRE DÍAZ, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, cit., pp. 41-42.

144 DE LA TORRE GARCÍA, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, cit., p. 44.

145 Como señala RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Eutanasia y libre determinación de la personalidad”, Sánchez Sáez (coord.), *Dignidad y vida humana: eutanasia...*, cit., pp. 251-252.

remedio a una vida que se considera indigna. No hay vidas indignas, aunque uno mismo considere la suya como tal, sino solo personas a las cuales es preciso ayudar en el tránsito final de sus vidas, aliviando sus sufrimientos y temores. Para ello, es esencial el recurso a unos cuidados paliativos integrales de calidad como analizaremos al final de este trabajo.

5.3 El derecho a la vida

Otro de los criterios utilizados para la fundamentación de la eutanasia y el suicidio asistido o, por el contrario, para rechazarlos es el referente a la interpretación del derecho a la vida.

Para las teorías que, de acuerdo con este criterio, defienden la eutanasia es preciso distinguir entre vida y calidad de vida. Cuando el enfermo no puede tener un mínimo de calidad de vida, estaría justificada la eutanasia.

Entre los autores que sostienen esta posición doctrinal, destaca especialmente el australiano Peter SINGER¹⁴⁶. La teoría de este autor está fundada en el utilitarismo basado en el principio de la igual consideración de intereses. Los sujetos capaces de tener intereses son todos aquellos que pueden experimentar placer o dolor, sean humanos o animales. Por tanto la característica más relevante moral y jurídicamente es la sensibilidad¹⁴⁷.

Partiendo de estas premisas, SINGER precisa lo que debe entenderse por “vida humana” y “ser humano”. La expresión “ser humano” presenta dos significados distintos. Uno de ellos, entendido desde el punto de vista meramente biológico, es el de un ser vivo perteneciente genéticamente a la especie “Homo sapiens”. En una segunda acepción, el “ser humano” es el ser vivo dotado de determinadas cualidades, que son “indicadores de humanidad”, especialmente la autoconciencia y la racionalidad. Para diferenciar estos dos supuestos, SINGER designa al primero “miembro de la especie Homo sapiens”, mientras que para calificar al segundo emplea el término “persona”. Solo en el segundo supuesto, puede hablarse de vida humana en sentido pleno.

De acuerdo con este criterio, aquellas personas que carezcan de racionalidad y autoconciencia -recién nacidos, enfermos mentales, enfermos terminales que han perdido la consciencia, entre otros- no

pueden ser incluidos en la categoría de vida humana en sentido pleno¹⁴⁸.

Por tanto, en el caso de estas personas, que no pueden elegir entre la vida y la muerte, la eutanasia no voluntaria sería moralmente lícita porque ya no nos encontramos ante vidas humanas. En concreto, en el supuesto de recién nacidos con unas enfermedades o discapacidades que comportan una expectativa de vida sin una mínima calidad, si sus padres consienten, lo mejor sería ayudarles a morir para evitarles una existencia penosa y con sufrimientos¹⁴⁹. Estaríamos en este caso, según nuestro criterio, ante teorías eugenésicas.

En contra de las teorías de SINGER se ha señalado que la sensibilidad, es decir, la posibilidad de sentir placer o dolor, felicidad o infelicidad, es muy difícil de calcular en los demás pues no existe una medida universal para ello, ya que cada persona puede experimentarlos de manera muy distinta. La sensación de placer o dolor no es algo que exista por sí misma sino que son experiencias de la persona humana. En concreto, respecto del dolor alguna Asociación profesional médica, como es el Colegio de Anestesiólogos de Australia y Nueva Zelanda, ha manifestado que el dolor es una experiencia personal y que existe una gran variedad en las respuestas de las personas a diferentes situaciones dolorosas. Por ello, ha declarado que el paciente tiene el derecho a ser creído respecto de su dolor. Dicho llanamente, si un paciente manifiesta que le duele mucho es que verdaderamente le duele mucho¹⁵⁰. Por tanto, es la existencia de la persona la que hace posible el ejercicio de determinadas funciones y no estas las que hacen factible el existir del ser humano¹⁵¹.

Además, para los defensores de la ilicitud de la eutanasia, la vida ontológicamente es el primero y fundamental de los derechos humanos, los cuales no pueden existir sin él. Por ello, este derecho debe prevalecer siempre sobre cualquier otro con el que entre en conflicto¹⁵².

148 Sobre la teoría de SINGER, cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., pp. 83 y ss.; FERRER, J. J., ÁLVAREZ, J. C., *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, cit., pp. 293 y ss.

149 Cfr. SINGER, *Ética Practica*, Cambridge University Press, 1995, p. 228.

150 BRENNAN, F., COUSINS, M. J., “El alivio del dolor como un derecho humano”, cit., p. 43.

151 Sobre este punto, cfr. PALAZZANI, L., *Il concetto di persona tra bioética e diritto*, Torino, 1996, pp. 121 y ss.

152 Cfr. PECES-BARBA, G., *Curso sobre Derechos fundamentales I. Teoría General*, Madrid, 1991, p. 254; DE LA TORRE DÍAZ, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, cit., p. 44.

146 Entre sus numerosas publicaciones, su pensamiento se encuentra expuesto, sobre todo, en su obra *Practical Ethics*, Cambridge University Press, 1998.

147 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., pp. 83-84.

Por otra parte, los autores defensores de la supremacía del derecho a la vida ponen de relieve que el mismo goza de las características de la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. La inalienabilidad comporta que el titular del derecho a la vida no pueda disponer del mismo jurídicamente, ni destruir el bien que es objeto de este derecho¹⁵³. La irrenunciabilidad supone que el titular no puede disponer de su vida y, más aún, que un tercero pueda acabar con esa vida con el consentimiento de su titular¹⁵⁴.

Como complemento de estos argumentos, se han señalado, algunas consecuencias indeseables que comportaría la legalización de la eutanasia.

Una de ellas es la denominada “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*), que ya mencionamos. Este concepto implica que, una vez legalizada la eutanasia, se puede producir un deslizamiento a actos no contemplados en la Ley. Así, el supuesto de la aplicación de la eutanasia solo a los enfermos terminales, se ha ampliado a los discapacitados crónicos graves y finalmente a los recién nacidos con severas deficiencias, como ha sucedido en Holanda¹⁵⁵. El único modo eficaz de impedir abusos es no permitir la eutanasia.

Otras consecuencias negativas señaladas, en el caso de la legalización de la eutanasia, son aquellas que supondrían una incidencia sobre sectores especialmente vulnerables de la sociedad.

Tal sería el caso de los ancianos y enfermos en situaciones de deterioro, los cuales podrían solicitar la eutanasia o el suicidio asistido por considerarse una carga familiar. Asimismo, la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido puede comportar la presión al enfermo terminal, ejercitada por sus familiares u otras personas, para que ponga fin a su vida cuando tengan intereses económicos o de otra naturaleza en esa muerte. Tampoco hay que olvidar la pérdida de confianza que la gente puede experimentar hacia la profesión sanitaria por el hecho de que algunos profesionales de la medicina lleven a cabo las prácticas de la eutanasia o intervengan en el suicidio asistido¹⁵⁶.

153 MARTINEZ-PUJALTE, A., “Los derechos como derechos inalienables”, J. Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos*, Madrid, 1992, pp. 87-88.

154 Cfr. LUZÓN PEÑA, D., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en caso de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis, *La Ley*, 1988, pp. 992 y ss.

155 Sobre este punto DE LA TORRE DÍAZ, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, cit., p. 18.

156 Sobre estos supuestos AA.VV., *La eutanasia: perspectiva ética, jurídica y médica*, cit., pp. 11 y 12. y DE LA TORRE DÍAZ, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos

Los autores contrarios a la legalización de la eutanasia y el suicidio asistido alegan, a nuestro juicio justificadamente, que es preciso tener en cuenta, además, la garantía del derecho a la vida contenida en los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵⁷. Asimismo, estas teorías señalan que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se desprende claramente que el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza un derecho a morir ni, por tanto, un derecho a invocar la ayuda de un tercero para acabar con la propia vida¹⁵⁸. Igualmente estas teorías manifiestan que nuestra Constitución garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y moral en su artículo 15. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio de considerar el derecho a la vida como “el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3, sobre el aborto). Además por ser “soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena” (STC 48/1996, de 25 de marzo de 1996, FJ 2, sobre la vulneración del derecho a la vida y la integridad física). Junto a estas características, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho fundamental a la vida no puede incluir el derecho a la propia muerte (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, sobre la asistencia médica forzosa a los reclusos en huelga de hambre reivindicatoria).

Estas teorías contrarias a la eutanasia, que sustancialmente compartimos, han sido objeto de diversas críticas.

Entre ellas, figura la que considera el derecho a la vida como una libertad positiva. Ello implica que el Estado y los terceros están obligados a realizar las acciones necesarias para que las personas puedan seguir viviendo, pero no pueden obligarlas a vivir¹⁵⁹.

En nuestra opinión, la consideración del derecho a la vida como una libertad positiva, además de

para pensar”, cit., pp. 19 y ss.

157 Cfr. Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; art. 2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; art. 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de noviembre de 1966; art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, de 22 de 1969; art. 2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2007.

158 Cfr. la sentencia de 29 de abril de 2002 sobre el caso Pretty contra el Reino Unido ya citada.

159 En este sentido JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio, eutanasia*, Madrid, 1994, pp. 370 y ss.

ir en contra de la interpretación literal del artículo 15 de la Constitución, no añade nada al hecho fáctico de poder elegir la propia muerte, en cuanto *agere licere*. Por otro lado, entender el derecho a la vida como una libertad positiva no conlleva poder solicitar la ayuda del Estado o de terceros para acabar con la propia existencia¹⁶⁰.

Desde otro punto de vista, partiendo de la base de la inexistencia de derechos absolutos y admitiendo que, en principio, la norma debe proteger la vida por encima de la libertad individual porque aquella es condición indispensable de esta, se ha afirmado que en ciertos casos no estamos en presencia de una vida “humana” en sentido específico y, por tanto, ahí sí podría aceptarse una disposición de la misma. Concretamente, esta afirmación se refiere a los supuestos médicos en los cuales solo existe una prolongación artificial de una vida que no puede calificarse de humana sino únicamente de artificial. En estas circunstancias, se considera que no habría ninguna objeción, siempre que el enfermo no manifestase una voluntad contraria, para dejar de administrarle unas terapias cuyo único efecto sería prolongar más su sufrimiento, pero sin el resultado de una mejora en su calidad de vida¹⁶¹.

A nuestro juicio, una afirmación de este tipo requiere algunas matizaciones. En primer lugar, no es aceptable hablar de vidas “humanas” en sentido específico, ni de vidas “artificiales”. Todas las vidas son humanas mientras su titular viva y conservan igual dignidad, aunque se encuentren deterioradas por la enfermedad, hasta el momento de la muerte. Por ello, no puede haber una disponibilidad de las mismas por un tercero, en el sentido de que este pueda acabar con ellas.

Una cuestión distinta es, en segundo término, la posibilidad de suspender los tratamientos que, sin tener ninguna eficacia curativa, solo sirven para prolongar la vida del enfermo terminal. Sin embargo, esta posibilidad no tiene la finalidad de disponer de la vida de este paciente sino la de evitar el encarnizamiento terapéutico, prohibido por los Códigos Deontológicos, y los tratamientos fútiles, dejando que la vida siga su curso natural hasta el final de la existencia¹⁶².

160 En este sentido SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Eutanasia: interés general y servicio público”, Sánchez Sáez (coord.), *Dignidad y vida humana: eutanasia...*, cit. pp. 21 y ss.

161 Como afirma MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., pp. 163-164.

162 El Código de Ética y Deontología Médica del Colegio de Médicos, de 2011, en su art. 27.2 dispone:

“El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente

En resumen, debe mantenerse la doctrina del Tribunal Constitucional, que mencionamos, según la cual el derecho a la vida no puede incluir el derecho a la propia muerte y que, por ello, no cabe solicitar la ayuda de los poderes públicos y de terceros para poner fin a la propia existencia.

5.4 La autonomía personal

Finalmente, uno de los argumentos más utilizados para defender la legalización, o la prohibición, de la eutanasia y el suicidio asistido es el de la autonomía de la persona.

Las teorías que defienden que la licitud de la eutanasia se fundamenta en la autonomía personal consideran que la libertad individual es el valor supremo y, por tanto, por encima de la vida. La elección de la propia muerte por el enfermo terminal es una cuestión de su exclusiva competencia, que debe ser respetada por el Estado¹⁶³.

Además, de la igualdad en la autonomía y dignidad de las personas se desprende que cualquiera de ellas, libre y capaz, puede hacer con su vida lo que considere más conveniente, mientras no perjudique a los demás. Los poderes públicos no pueden, por tanto, prohibir las decisiones individuales sobre el tiempo y la forma de morir.

De acuerdo con este razonamiento, se sostiene que “sólo la vida libremente aceptada o deseada por su titular deberá merecer el calificativo de bien jurídico protegido. En suma: la vida aparecerá como un derecho y no como un deber”¹⁶⁴.

Por otra parte, aunque la vida es un derecho fundamental, debe respetarse el hecho de que no todos lo consideran un valor prioritario. De forma que, una cosa es proclamar y garantizar el derecho a la vida, y otra, que se quiera imponer este derecho¹⁶⁵.

a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y morir con dignidad”.

La declaración sobre enfermedad terminal adoptada por la 35ª Asamblea Médica Mundial, en Venecia, en octubre de 1983, manifiesta:

“El médico se abstendrá de emplear cualquier medio extraordinario que no reportara beneficio alguno al paciente. En caso de enfermedad incurable y terminal, el médico debe limitarse a aliviar los dolores físicos y morales del paciente, manteniendo en todo lo posible la calidad de una vida que se agota y evitando emprender o continuar acciones terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas”.

163 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., pp. 128-183.

164 ELÍAS MONDEJA, A., *La inducción, el suicidio asistido y el homicidio...*, cit., p. 43.

165 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., p. 113.

En resumen, al tener la autonomía individual una supremacía sobre los demás valores, debe constituirse en el criterio de interpretación de los derechos fundamentales. De esto, se deduce que el derecho a la vida debe entenderse como un derecho de libre disposición por parte de su titular¹⁶⁶.

De acuerdo con este criterio, MARCOS DEL CANO afirma que “esta parece ser la única opción razonable, teniendo en cuenta que en las sociedades actuales existe un profundo pluralismo ético y que, en estas situaciones, al carecerse de la autoridad compartida de una misma instancia ética, no queda mejor justificación de las conductas individuales que la libre voluntad del sujeto”¹⁶⁷.

En el mismo sentido de considerar la primacía de la libertad personal de autodeterminación sobre el bien jurídico vida, QUERALT JIMÉNEZ considera que no existe un deber de vivir y, por ello, el Estado no debe entrometerse en un excesivo fomento de la propia vida. Para este autor “la vida sin opción libre de vivirla pierde parte de su valor y lo pierde totalmente cuando el nivel de calidad de la propia vida se sitúa muy por debajo del ordinario”¹⁶⁸.

Estas teorías han sido criticadas desde distintos puntos de vista. Críticas con las que, básicamente, coincidimos.

Así, se ha puesto de relieve que es cuestionable el hecho de que la libertad sea el valor supremo, de acuerdo con el cual deben interpretarse los derechos fundamentales. En concreto, y con referencia al ordenamiento jurídico español, es cierto que el artículo 1.1 de la Constitución declara que los valores superiores del Estado son “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Ahora bien, si la libertad fuera superior jerárquicamente a la vida humana, tendríamos que llegar a la conclusión inadmisibles que también lo son la igualdad, la justicia y el pluralismo político¹⁶⁹. Además esta interpretación literal del artículo 1.1 llevaría al problema de por qué la libertad está por encima de los restantes valores superiores.

Por otro lado, se ha señalado que la autonomía es gradual y se va adquiriendo paulatinamente desde

166 Cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 185.

167 MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 63.

168 QUERALT, JIMÉNEZ J.J., “Algunas respuestas jurídicas ante el final de la vida”, *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid, 2008, pp. 419-420.

169 Sobre este punto, cfr. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 268.

la niñez. Por ello, es difícil determinar el grado de autonomía válido para solicitar la petición de eutanasia¹⁷⁰, sobre todo teniendo en cuenta que, en muchos casos, el enfermo terminal tiene sus facultades mentales disminuidas.

En cuanto a la causa de petición de la eutanasia, algunos autores han precisado que puede ser, no tanto el deseo de morir, como la solicitud de ayuda humana, que no se ha prestado adecuadamente, así como el alivio el dolor. De hecho, son muchos los médicos que manifiestan que los enfermos cambian de actitud cuando se les prestan estas ayudas¹⁷¹.

A estas críticas se añade el riesgo de la pendiente resbaladiza (*slippery slope*), que ya mencionamos, especialmente importante en el caso de basar la eutanasia en la autonomía personal. Como se ha afirmado claramente, “una vez que una sociedad permite que una persona quite la vida a otra, basándose en sus mutuos criterios privados de lo que es una vida digna, no puede existir una forma segura para contener el virus mortal así introducido. Irá donde quiera”¹⁷².

Junto a todos estos argumentos, se ha insistido en que la solicitud de la eutanasia no puede considerarse un derecho personal e individual porque exige para su realización la participación de otra persona. Por tanto, tiene una dimensión social¹⁷³.

En virtud de estas consideraciones, se afirma que la autonomía personal no es una razón suficiente para legalizar la eutanasia, y que no existe un derecho a solicitar poner fin a la propia vida simplemente en nombre de la libertad¹⁷⁴.

Además, es preciso tener en cuenta que la autonomía no puede utilizarse para destruir el fundamento básico de su existencia, es decir, la propia vida. Por ello, los poderes públicos deben intervenir cuando el ejercicio de la autonomía pone en peligro el futuro de la libertad de la persona¹⁷⁵.

170 Cfr. MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 64.

171 Cfr., en este sentido, MASIÁ, J., *Bioética y antropología*, Madrid, 1998, Capítulo 5; GAFO, J., *Bioética teológica*, Madrid, 2003, p. 279.

172 CALLAHAN, D., “Aid-in-dying: The Social Dimensions”, *Commonweal*, 9 de agosto de 1991, Special Supplement, p. 16.

173 CALLAHAN, D., “Aid-in-dying: The Social Dimensions”, cit., pp. 12-16.

174 DE LA TORRE DÍAZ, “Eutanasia y suicidio asistido. Razones y argumentos para pensar”, cit., pp. 19 y ss.

175 Cfr. PECES-BARBA, G., *Curso sobre Derechos fundamentales I. Teoría General*, cit., p. 201.

Por otra parte, es algo lógico que la autonomía personal no puede producir daños a terceros. Dejando aparte que la muerte de una persona siempre produce daños a sus allegados más cercanos y, en último término, a la sociedad en general, debe tenerse en cuenta que la eutanasia se practica con la ayuda de un tercero. Sobre esta persona recae la responsabilidad de valorar adecuadamente la petición del paciente solicitante de la eutanasia, así como el cumplimiento de los requisitos necesarios para su práctica. La incorrecta interpretación de estas exigencias puede suponer para el profesional que lleva a cabo la eutanasia un daño que podría traducirse en una responsabilidad incluso de tipo penal.

En contra de las teorías que argumentan que la licitud de la eutanasia está basada en la autonomía de la persona es preciso señalar que el Derecho, si bien debe proteger la autonomía de la persona, también tiene que otorgar su protección al bien jurídico de que se trate. De forma que la autonomía del enfermo para solicitar la práctica de la eutanasia tiene el límite del respeto a su propia vida¹⁷⁶.

Desde otro punto de vista, se ha argumentado que las condiciones específicas en las que se encuentra el enfermo terminal impiden hablar de la existencia de una voluntad auténtica al estar afectada por el sufrimiento, la angustia y la depresión. En estos casos resulta sumamente difícil interpretar si en el enfermo existe una voluntad verdaderamente eutanásica o son estas patologías las que motivan su petición¹⁷⁷.

Para concluir, en nuestra opinión, ninguna de las teorías defensoras de la eutanasia y el suicidio asistido resulta lo suficientemente convincente. La solución, en los casos del enfermo terminal, no es poner fin a su vida sino proporcionarle los cuidados paliativos integrales para que pueda llegar al término de su existencia sin sufrimiento y con dignidad.

6. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO EN LAS PROPOSICIONES DE LEY ORGÁNICA PRESENTADAS EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

En el epígrafe anterior hemos analizado las diferentes fundamentaciones doctrinales en favor de la

¹⁷⁶ MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, cit., p. 213.

¹⁷⁷ Sobre este punto, cfr. SCHELLING, T.C., "La ética, el derecho y el ejercicio del autodomínio", AA.VV, *Libertad, Igualdad y Derecho*, McMurrin, IM. (ed), Barcelona, 1987, pp. 157 y ss.

eutanasia y el suicidio asistido. Algunas de ellas han sido utilizadas por las Proposiciones de Ley Orgánica presentadas en España para regular este fenómeno. En las siguientes líneas las vamos a exponer y comentar desde una perspectiva crítica.

La **Proposición de Ley Orgánica sobre la disponibilidad de la propia vida, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, el 19 de enero de 1998**, señalaba en su Exposición de motivos la relación existente entre la dignidad de la persona, afirmada en el artículo 10.1 de la Constitución, y los derechos fundamentales. Estos últimos no pueden ser entendidos de forma contradictoria con lo dispuesto en el mencionado artículo, el cual debe ser considerado el tipo rector de la interpretación constitucional de los derechos y libertades.

Partiendo de este presupuesto, la Exposición de motivos afirmaba que "una interpretación integradora de vida y libertad y, por consiguiente, una interpretación del artículo 10 a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido. En otras palabras, la vida es un derecho, no un deber. Por ello, debe ser rechazada una ficticia confrontación que se pretenda resolver apelando a la prevalencia formal de una sobre la otra".

A continuación, la Exposición de motivos ponía de manifiesto que "la regulación jurídico-penal de las conductas relacionadas con el suicidio ha de ser abordada, desde una perspectiva que descansa en los principios anteriormente expuestos y, por consiguiente, afirme el reconocimiento de la disponibilidad sobre la propia vida y, correlativamente, el derecho a morir".

Como puede verse, esta fundamentación descansa básicamente en la autonomía de la persona para disponer libremente de su propia vida. No obstante, como ya señalamos, la autonomía individual no es un argumento convincente para configurar un derecho sobre la disposición de la propia vida. Asimismo, no cabe sostener que la vida es un derecho exclusivamente personal, porque tiene una dimensión social que obliga a los poderes públicos, a protegerla. Por ello, no es de recibo afirmar, como lo hace la Exposición de motivos, que una vida en contra de la voluntad de su titular no es un bien jurídico protegible. Si aceptáramos este argumento, llegaríamos a la indeseable conclusión de que un tercero o el Estado sería quién decidiera qué vidas merecen ser protegidas y cuáles, por distintas circunstancias según su criterio, no serían consideradas un bien jurídico y, por tanto, deberían carecer de protección. En nuestra opinión, la vida humana

siempre debe ser objeto de protección, entre otras razones porque, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la vida no incluye un derecho a la propia muerte.

La Exposición de motivos de la **Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la Eutanasia, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, el 22 de enero de 1993**, ponía de relieve, como ya observamos, la relación existente entre el derecho a una muerte digna con el derecho a una vida digna. Por ello, cuando a juicio del enfermo, su vida sufriera un gran menoscabo o careciera de dignidad por causa médica, debería tener derecho a poner fin a la propia existencia.

A esta fundamentación la Exposición de motivos añadía el argumento del sentir favorable de la opinión pública a la despenalización de la eutanasia y a la regulación de este derecho con las debidas garantías.

Sin ánimo de reiterar cuanto señalamos al analizar la dignidad como fundamento de la ilicitud de la eutanasia, baste ahora subrayar que, la dignidad es un valor inherente al ser humano, independientemente de sus circunstancias físicas o psíquicas, el cual no se puede confundir con la calidad de vida. Este último es un concepto subjetivo, que depende de cómo cada persona juzgue su vida. Desde la perspectiva médica, los dolores y sufrimientos que para un enfermo pueden hacerle pensar que su vida carece de calidad y sentido, para otro pueden ser motivo de resignación y fortalecimiento espiritual.

En cualquier caso, la convicción subjetiva de tener una vida sin calidad no convierte a esta en una existencia indigna ni justifica un derecho a la práctica de la eutanasia.

Como ya expusimos, el Grupo Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó en el Congreso de los Diputados una **Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia, el 18 de enero de 2017**. En su Exposición de motivos esta Proposición de Ley Orgánica, tras poner de relieve el apoyo mayoritario de la sociedad española a la legalización de la eutanasia, vinculaba la eutanasia y el suicidio asistido al principio de autonomía. Esta vinculación implica “el fin de la confusión entre el derecho y el deber de vivir”. En relación con esta afirmación, la Exposición de motivos señalaba que “cada vez está más extendida socialmente la visión de que el Estado debe proteger la vida pero no imponer el deber de vivir en condiciones penosas e irreversibles, en contra de los deseos y convicciones más íntimos de uno mismo”.

A continuación, la Exposición de motivos manifestaba que “Según la experiencia de otros países con leyes de eutanasia, tan solo una minoría de la ciudadanía solicita una muerte asistida. Sin embargo, este derecho beneficia a la totalidad de la población ya que amplía el marco de libertades y garantiza la convivencia en un espacio democrático de valores comunes como la libertad, la plena dignidad humana, la autonomía y la solidaridad”.

La Exposición de motivos concluía estas argumentaciones afirmando que “la concepción de la eutanasia se vincula actualmente con dos principios clásicos de la práctica médica: 1) la no maleficencia, basada en no dañar y 2) la beneficencia, es decir actuar en beneficio del otro a partir de su propia valoración. Ambos muestran desde la solidaridad y la compasión hacia el sufrimiento de otros, desde una conciencia de vulnerabilidad compartida, el compromiso social con no prolongar situaciones irreversibles no deseadas. Implica también no infligir sobre la persona el daño moral que se deriva de no atender el ejercicio de una libertad a la hora de querer poner fin a su vida en situaciones contempladas en esta ley con todas las garantías de seguridad”.

A nuestro juicio, resulta un tanto contradictorio sostener, como lo hace esta Exposición de motivos, la existencia de un apoyo mayoritario de la sociedad española a la regulación de la eutanasia para, a reglón seguido, afirmar que en los países en los cuales ha sido aprobada, solo una minoría de los ciudadanos la han solicitado.

Por otra parte, no parece que la legalización de la eutanasia amplíe el marco de libertades y garantice la convivencia. Por el contrario esta legalización puede originar tensiones sociales. Entre otras razones, porque puede dar origen a la convicción de que los enfermos terminales y los discapacitados crónicos son un estorbo social y una causa injustificada de gastos a cargo de los fondos públicos. Por ello, se debería tratar de convencerlos para que pusieran fin a sus vidas mediante la eutanasia.

Los principios de no maleficencia y beneficencia aparecieron mencionados en el *Corpus Hippocraticum*, el cual establecía entre las obligaciones del médico la de favorecer o al menos no causar daño al enfermo¹⁷⁸. La obligación de no causar daño –no perjudicar– apareció más tarde vinculada a la expresión latina *primun non nocere*, ante todo no hacer daño¹⁷⁹. En la Medicina actual se considera que la obligación primaria del médico es no perjudicar y

178 Sobre este punto cfr. GRACIA, D., *Como arqueros al blanco. Estudios de la bioética*, Madrid, 2004, pp. 226-227.

179 GRACIA, D., *Como arqueros al blanco. Estudios de la bioética*, cit., p. 228.

que el principio de beneficencia, favorecer, no puede realizarse sin el consentimiento del paciente.

En nuestra opinión, estos principios no pueden invocarse para defender la legalización de la eutanasia. La no maleficencia impide al médico hacer daño, y no cabe duda de que toda muerte es un daño para el que la sufre y para sus allegados. Además, el médico tiene como obligación primaria no matar en ningún caso, aunque la razón de esta práctica sea la compasión al enfermo. Por su parte, el principio de beneficencia comporta aliviar el sufrimiento del paciente hasta sus últimos momentos, no dándole muerte sino mediante la aplicación de los cuidados paliativos adecuados.

Como pusimos de manifiesto, el Grupo parlamentario de Unidas Podemos- En Comú- Galicia en Común presentó de nuevo en el Congreso de los Diputados, el 12 de junio de 2018, una Proposición de Ley Orgánica sobre la Eutanasia. El texto era idéntico al del 18 de enero de 2017, por lo que damos por reproducidas las observaciones que acabamos de realizar a esta última Proposición de Ley Orgánica.

La **Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio, presentada en el Congreso el 10 de agosto de 2017 por el Parlamento de Cataluña**, la cual caducó, fue presentada de nuevo y admitida a trámite 13 de diciembre de 2019 con un texto idéntico al de 2017.

En ellas se afirma, como ya mencionamos, el derecho del enfermo terminal a que los profesionales sanitarios le faciliten una muerte digna. Además, las Proposiciones señalaban la inexistencia de una contraposición entre el derecho a solicitar una ayuda para morir y los cuidados paliativos. Finalmente, como muestra de la tendencia de que cada vez más Estados regulen la eutanasia, las Proposiciones ponían el ejemplo de Holanda donde se ha planteado regular la ayuda a morir a ancianos cansancio vital.

Ya hemos señalado reiteradamente que no existe en diversos instrumentos internacionales y en nuestro ordenamiento jurídico, un derecho a la propia muerte y, por tanto, a la eutanasia.

En cuanto a la relación existente entre los cuidados paliativos y la eutanasia es evidente, a nuestro juicio, la oposición entre ambos conceptos. Los primeros se dirigen a facilitar una muerte digna mediante el alivio del sufrimiento y los dolores del enfermo terminal. La finalidad de la eutanasia es, por el contrario, poner fin a la vida del paciente, aunque sea por razones compasivas.

Respecto al ejemplo de Holanda, cabe decir que estamos ante un caso claro de la pendiente resbaladiza como ya señalamos. De la eutanasia, entendida como el medio de poner fin al enfermo con unos dolores insoportables para acabar con su sufrimiento, se ha pasado a la muerte de los recién nacidos con enfermedades graves y, ahora, a la propuesta de ayudar a morir a los ancianos con cansancio de vivir. De aquí, puede extenderse la eutanasia a cualquier persona, aunque sea joven, cansada de su existencia e, incluso a todos los individuos que soliciten la ayuda para su muerte sin necesidad de alegar ninguna razón.

Las Exposiciones de motivos de las **Proposiciones de Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista el 3 de mayo de 2018, el 19 de julio de 2019 y el 24 de enero de 2020**, respectivamente contienen una fundamentación idéntica.

En la Exposición de motivos de todas ellas, se afirma que se “pretende dar una respuesta jurídica sistemática, equilibrada y garantista, a una demanda sostenida de la sociedad actual como es la eutanasia”.

Ciertamente, algún documento ha afirmado que existe un consenso social favorable a no castigar la eutanasia¹⁸⁰. Asimismo, la encuesta del *Centro de Investigaciones Sociológicas* de 2002, señalaba que el 59,9 por ciento de los médicos consultados están de acuerdo con la despenalización de la eutanasia y la ayuda al suicidio en determinados supuestos¹⁸¹. Igualmente, el *Centro de Investigaciones Sociológicas*, en un cuestionario de 2009, establecía que el 58,4 por ciento de los encuestados opinaba que en España debería regularse por Ley la eutanasia¹⁸². Por su parte, según los datos ofrecidos por *Metroscopia* en 2017, un 84 por ciento de los españoles están a favor de la eutanasia¹⁸³ y en 2019 aumentaron a un 87 por ciento¹⁸⁴.

180 Observatori de Bioètica y Dret, M. Casado y A. Reyes (coords.), *Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: Declaración sobre la eutanasia*, Barcelona, 2003, p. 15).

181 Comité Consultivo de Bioética de Cataluña, *Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio*, cit., p. 87.

182 MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 67.

183 MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 67.

184 Los datos del 2019 están tomados de <http://metros-copia.org/8865-2/>. Sobre la actitud de la población española ante la eutanasia y el suicidio asistido cfr. SERRANO DEL ROSAL, R. y HEREDIA CERRO, A., “Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio médico asistido”, *REIS: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 161, 2018, pp.

Sin embargo, como señala MARCOS DEL CANO, la pregunta planteada por *Metroscopia*: “¿Cree usted que un enfermo incurable tiene derecho a que los médicos le proporcionen algún producto para poner fin a su vida sin dolor?” no resulta clara. De esta pregunta no se desprende que el enfermo desee que le practiquen la eutanasia sino, más bien, que se le ayude a morir con dignidad¹⁸⁵. La misma autora manifiesta que solo 263.000 personas -el 0,6 por ciento de la población española- ha firmado un documento de instrucciones previas, según los datos del Ministerio de Sanidad. Ello revela que, si la eutanasia fuese un clamor social, habría muchas más demandas de aplicación de la misma mediante este instrumento legal¹⁸⁶. A julio de 2020 son ya 327.730 las personas inscritas sobre un total de 47.026.208 personas, un 0,7 por ciento de la población¹⁸⁷.

La Proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2020 manifiesta en su Exposición de motivos “la presente Ley regula y despenaliza la eutanasia en determinados supuestos, definidos claramente, y sujetos a garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de la decisión, descartando presión externa de cualquier índole”.

En apoyo de esta manifestación, menciona la sentencia de 14 de mayo de 2013 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gross contra Suiza la cual consideró que “no es aceptable que un país que haya despenalizado conductas eutanásicas no tenga elaborado y promulgado un régimen legal específico, precisando las modalidades de práctica de tales conductas eutanásicas.”

En dicha sentencia se examinó el caso de una mujer de más de 80 años que deseaba cometer suicidio asistido porque no quería seguir sufriendo con el paso del tiempo el deterioro de sus facultades físicas y mentales. Para llevar a cabo su propósito, solicitó una receta médica, que era necesaria para la obtención de una dosis mortal de pentobarbital sódico. La receta le fue denegada porque a juicio de los médicos y de la jurisprudencia suiza no cumplía con los requisitos establecidos para el cuidado de los pacientes al final de su vida. Concretamente la solicitante no padecía una enfermedad terminal sino

que solo había expresado su deseo de morir debido a su avanzada edad y creciente fragilidad.

Ante esta situación, la señora Gross acudió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, invocando el artículo 8 del Convenio y manifestando que las autoridades suizas, al privarle de la posibilidad de obtener una dosis letal de pentobarbital sódico, habían violado su derecho a decidir por qué medios y en qué momento su vida terminaría.

El Tribunal hizo constar que el Gobierno suizo no había suministrado otros principios o estándares que pudieran servir como directivas para establecer si, y bajo qué circunstancias, un médico puede prescribir pentobarbital sódico a una paciente que, como la demandante, no sufría una enfermedad terminal.

El Tribunal concluyó afirmando que la legislación suiza, aunque establece la posibilidad de conseguir una dosis letal de pentobarbital sódico con receta médica, no ofrecía unas directivas suficientes para permitir definir con claridad el alcance de este derecho. Por ello, sentenció que había habido una violación del artículo 8 del Convenio en este punto¹⁸⁸.

De acuerdo con esta sentencia, la Exposición de motivos resulta correcta al afirmar la necesidad de dotar “de una regulación sistemática y ordenada a los supuestos en los que la eutanasia no deba ser objeto de reproche penal”. En todo caso, es evidente que ante una cuestión tan polémica y compleja como es la despenalización de la eutanasia, la legislación tiene que ser clara para evitar cualquier tipo de equívocos o la posibilidad de distintas interpretaciones.

Sin embargo, nos parece especialmente criticable que la Exposición de motivos mencione solamente dicha sentencia y se olvide de citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contraria a la eutanasia y el suicidio asistido. En efecto este Tribunal ha manifestado claramente en la sentencia sobre el caso Pretty contra el Reino Unido, el 29 de abril de 2002, que el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede ser interpretado, sin una distorsión del lenguaje, en el sentido de reconocer algo diametralmente opuesto al derecho a la vida, es decir, un derecho a morir. Tampoco puede dar lugar a un derecho a la autodeterminación en el sentido de otorgar a la persona la facultad de elegir la muerte en vez de la vida¹⁸⁹. Por ello, el Tribunal ha declarado que del artículo 2 no se deriva ningún derecho a morir, ya sea a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad

103-120, y GIMBEL GARCÍA, *El derecho al suicidio asistido por médico en el caso de enfermos terminales y pacientes con discapacidades graves crónicas*, cit., pp. 55 y ss.

185 MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., pp. 67-68.

186 MARCOS DEL CANO, “La eutanasia: propuesta de regulación en España”, cit., p. 68.

187 https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/doc/Documentos-2020/Julio-2020/Declarantes_con_Instruccion_Previa_Activa_por_Comunidad_Autonomay_grupos_de_edad.pdf

188 Número 67 de la sentencia.

189 Número 39 de la sentencia.

pública¹⁹⁰. De aquí se deriva, obviamente, que ni la eutanasia ni el suicidio asistido están reconocidos como derechos en el citado Convenio.

Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que el derecho de una persona a decidir el momento y la forma de poner fin a su vida, siempre que sea capaz de adoptar una libre decisión sobre esta cuestión y de actuar en consecuencia, es uno de los aspectos del derecho a la vida privada garantizado en el artículo 8 del Convenio¹⁹¹. Sin embargo, una cosa es el derecho a elegir el momento y la forma de la propia muerte, que está tutelado por el artículo 8, y otra muy distinta el de poder exigir a un tercero una acción para acabar con la propia existencia - mediante la eutanasia o el suicidio asistido- que es contrario al artículo 2. De no ser así, existiría una contradicción entre estos dos preceptos del Convenio. Por otra parte, el Estado, en virtud de estos artículos citados, no está obligado - aunque puede hacerlo- a adoptar las medidas necesarias para poder realizar una eutanasia o un suicidio asistido siempre que aseguren un proceso de muerte digno. En definitiva, podrán despenalizarse estas prácticas médicas pero no porque ello se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo, la Exposición de motivos afirma que “esta ley introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho individual como es la eutanasia [...]. La eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohonstar también con otros derechos y bienes especialmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art.10 CE), el valor superior de la libertad (art.1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art.16 CE) o el derecho a la intimidad (art.18.1 CE). Cuando una persona plenamente capaz y libre se enfrenta a una situación vital que a su juicio vulnera su dignidad e integridad, como es la que define el contexto eutanásico [...] descrito, el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida. Por esta misma razón, el Estado está obligado a un régimen jurídico que establezca las garantías necesarias y de seguridad jurídica”¹⁹².

No obstante lo expresado por esta Proposición de Ley Orgánica creemos que no se puede defender la existencia en el ordenamiento jurídico español de un derecho a la propia muerte. Entre otras razones, porque este pretendido derecho ha sido negado por nuestro Tribunal Constitucional. Así, para este Tribunal, el derecho a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia por la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte”¹⁹³.

Además, en nuestra opinión, debe tenerse en cuenta que los seres humanos, a pesar de sus diferencias, somos iguales desde el punto de vista moral. En esta igualdad moral se fundamenta la doctrina de los derechos humanos, que constituyen la garantía contra toda arbitrariedad estatal o de terceros. Como ha sido señalado, en nuestro criterio acertadamente, “la única manera de garantizar el principio de igual consideración y respeto para todos los seres humanos, en cuanto garante de un universo moral, es concediendo el pleno amparo de las garantías morales a todos aquellos que han sido generados por progenitores humanos, desde el inicio de la vida hasta el final”¹⁹⁴.

En resumen, como señalamos al concluir el examen de las fundamentaciones teóricas que defienden la eutanasia y el suicidio asistido, creemos que las Exposiciones de motivos de las distintas Proposiciones de Ley Orgánica examinadas tampoco fundamentan con argumentos sólidos la legitimidad de estas prácticas.

190 Número 40 de la sentencia.

191 Sentencia de 20 de enero de 2011, sobre el caso Haas contra Suiza.

192 Cfr. el apartado I de la Exposición de motivos

193 Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio (F.J. 7) y 37/1990, de 19 de julio (F.J. 5), sobre la asistencia médica forzosa a los reclusos en huelga de hambre reivindicatoria.

194 FERRER, J. J., ÁLVAREZ, J. C., *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, cit., p. 338.

7. LOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO ALTERNATIVA A LA EUTANASIA Y EL SUICIDIO ASISTIDO

Dada la insuficiencia, en nuestro criterio, de las teorías que legitiman jurídicamente la eutanasia y el suicidio asistido, la alternativa más razonable para aliviar el dolor, el sufrimiento y garantizar la dignidad nos parece que es el recurso a los cuidados paliativos.

Como señalamos al analizar el concepto de eutanasia en relación con sus destinatarios cabían dos opciones. Una restrictiva, centrada solo en los enfermos terminales. Y, otra amplia que incluiría también a quienes padecen una enfermedad o patología grave, irreversible e invalidante.

El mismo problema se plantea en relación con los destinatarios de los cuidados paliativos.

La *Organización Mundial de la Salud* adoptó en 1990 la definición propuesta por la *Asociación Europea de Cuidados Paliativos*, considerándolos como “el cuidado total activo de los pacientes cuya enfermedad no responde a tratamiento curativo” añadiendo, a continuación, “El control del dolor y de otros síntomas y de problemas psicológicos, sociales y espirituales es primordial”.

En 2002, la misma Organización amplió esta definición, entendiéndolo que los cuidados paliativos son un “enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con las enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas, físicos, psicológicos y espirituales”.

Sin embargo, según la *Sociedad Española de Cuidados Paliativos*, estos cuidados “se basan en una concepción global, activa y continuada que comprende la atención de los aspectos físicos, psíquicos, sociales y espirituales de las *personas en situación terminal*, siendo los objetivos principales el bienestar y la promoción de la dignidad y autonomía de los enfermos y de su familia”¹⁹⁵ (la cursiva es nuestra).

Entre ambas concepciones podemos encontrar una posición intermedia. Los cuidados paliativos se aplicarían en su totalidad a los enfermos terminales. Sin embargo, en los pacientes crónicos, que no están

cercanos a la muerte, solo resultarían de aplicación algunas de las actuaciones que los integran. En todo caso, no creemos que esto pueda afectar a la fundamentación, favorable o desfavorable, de la legalización de la eutanasia que es el principal objeto de nuestro trabajo.

Los cuidados paliativos no se concretan en una única actuación sino que, por el contrario, constituyen un proceso que requiere múltiples medidas de naturaleza diversa. Todas ellas están destinadas a ayudar al paciente, así como a sus familiares y allegados, a soportar de la mejor manera posible el tránsito hacia el final de la vida.

Estas medidas comprenden el alivio del dolor; la sedación paliativa; la adecuación del esfuerzo terapéutico; la atención espiritual al paciente y el apoyo a los familiares en la enfermedad y en el duelo.

El **alivio del dolor** es evidente que forma parte de los cuidados paliativos. En relación con este punto, ya vimos que no resulta aceptable con los medios médicos disponibles en la actualidad que un enfermo llegue hasta el final de la vida sufriendo¹⁹⁶.

No obstante, es preciso tener en cuenta que el tratamiento del dolor no requiere necesariamente ir acompañado de los cuidados paliativos. En efecto, estos cuidados tienen un contenido más amplio. Además, existe una diferencia entre los cuidados paliativos y el tratamiento del dolor, que radica en la situación clínica del enfermo. Así, si todos los pacientes tienen derecho al tratamiento del dolor, solo los que se encuentran en una situación terminal o en una enfermedad grave, crónica e invalidante lo tienen a los cuidados paliativos¹⁹⁷.

En el alivio del dolor puede ser necesario el recurso a la **sedación paliativa**. La *Sociedad Española de Cuidados Paliativos* define la sedación paliativa “como la administración deliberada de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un paciente con enfermedad avanzada o terminal, tanto como sea preciso para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios y con su consentimiento explícito, implícito o delegado”¹⁹⁸.

196 Cfr. NEGRI, “Cuidados paliativos y derecho internacional de los derechos humanos...”, cit., p. 21, con cita de VERONESI, U., *Il diritto di non soffrire*, Milano, 2011, pp.18-19.

197 Cfr. RODRÍGUEZ, A., “Muerte digna y derechos en los Estatutos de Autonomía”, en Presno Linera, M.A. (Coordinador), *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procura, n.1, 2011, p.79.

198 SECPAL, *Sedación paliativa del prepex. Uso y recomendaciones*, www.secpal.com/o/5C Documentos o/o 5 Blog o/o 5C guia-de-sedacion-pdf.

195 Artículo 3 de los Estatutos de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, en www.secpal.com/secpal-estatutos-2.

Es necesario distinguir la sedación paliativa de la eutanasia. En esta última, la intención del que la práctica es producir la muerte del paciente. En cambio, la sedación paliativa tiene como objeto el alivio del sufrimiento del enfermo, pero no su muerte. El fallecimiento del enfermo puede acelerarse como consecuencia de la sedación paliativa, pero la causa de su muerte no se debe a ésta sino a la enfermedad que padece.

Un tratamiento médico relacionado con la sedación y que forma parte de los cuidados paliativos es la **adecuación del esfuerzo terapéutico**, a veces denominado incorrectamente limitación del esfuerzo terapéutico. La razón de esta incorrección es que esta medida no persigue limitar el tratamiento, sino una adecuación del mismo al estado clínico del paciente¹⁹⁹.

La *Organización Médica Colegial* y la *Sociedad Española de Cuidados Paliativos* elaboraron en 2015 una declaración en la que se define la adecuación del esfuerzo terapéutico como “retirar, ajustar, o no instalar un tratamiento cuando el pronóstico limitado así lo aconseje. Es la adaptación de los tratamientos a la situación clínica del paciente”²⁰⁰.

La finalidad de la adecuación del esfuerzo terapéutico es evitar la obstinación terapéutica. Por ello, la adecuación del esfuerzo terapéutico y el encarnizamiento terapéutico, llevado a cabo mediante tratamientos fútiles, son conceptos antagónicos.

Aunque la sedación y la adecuación del esfuerzo terapéutico son medidas terapéuticas diferentes, lo normal es que se apliquen simultáneamente sobre todo en el caso de la sedación en la agonía. Esta situación irá acompañada usualmente de la disminución del esfuerzo terapéutico, dada la nula esperanza de vida del paciente.

La enfermedad, el sufrimiento y la muerte próxima son ocasiones especiales para el surgimiento de la espiritualidad. Por ello, en su enfermedad terminal, son numerosos los enfermos que desean la presencia en los cuidados paliativos de una **asistencia espiritual, religiosa o de otro signo**, que les ayude a reconciliarse consigo mismos y con los demás, a superar el miedo a la muerte, así como la angustia generada por la incertidumbre sobre el más allá de la vida²⁰¹.

199 En este sentido AA.VV., *Adecuación del esfuerzo terapéutico*, Área de Salud de León, 2017, p.5

200 Organización Médica Colegial y la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, *Atención Médica al final de la vida: conceptos y definiciones*, Madrid, abril de 2015.

201 Sobre esta cuestión, cfr. *Atención religiosa al final de la vida. Conocimientos útiles sobre creencias y convicciones*,

La razón de este tipo de atención es que la dimensión espiritual forma parte de nuestra naturaleza esencial como seres humanos. Como ha sido señalado certeramente “somos seres de naturaleza espiritual, seamos o no conscientes de ello”²⁰². Por ello, negar nuestra naturaleza espiritual en el trabajo clínico convierte a éste en un claro factor de deshumanización²⁰³.

Según la *Organización Mundial de la Salud*, los cuidados paliativos tienen como fin, entre otros, el de ofrecer un sistema de **apoyo al paciente** y a su familia para que puedan afrontar la enfermedad y sobrellevar el periodo del duelo²⁰⁴.

Usualmente, el paciente con enfermedad terminal atraviesa por diversas fases psicológicas que van apareciendo sucesivamente y en las que en todas es necesaria esta ayuda. Estas fases son:

- 1ª. Caos,
- 2ª. Rendición,
- 3ª. Trascendencia²⁰⁵.

La fase de *caos* incluye las etapas psicológicas de negación, ira, negociación, depresión y aceptación.

La fase de *rendición* surge cuando el paciente tiene el convencimiento de que su situación sigue agravándose a pesar de sus esfuerzos.

Finalmente, la fase de *trascendencia* aparece cuando el enfermo descubre otros valores, siente paz y espera tranquilamente la llegada de la muerte²⁰⁶.

Obra Social La Caixa, Barcelona, 2013, *passim*.

202 Cfr. BENITO, E., DONES, M., BARBERO, J., “El acompañamiento espiritual en cuidados paliativos”, cit., p. 371; AA.VV., “La mejora de la calidad de los cuidados espirituales como una dimensión de los cuidados paliativos: el informe de la Conferencia de Consenso”, en *Medicina Paliativa*, n.18 (1), p. 61.

203 IX Jornada Nacional SECPAL, 12 y 13 de Mayo de 2011, Palma de Mallorca, apartado 3.

204 Sobre este punto cfr. WILSON ASTUDILLO A., “Los cuidados paliativos y el duelo”, *Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa*, Wilson Astudillo A., Magdalena Pérez T., Ángel Ispizua G. y Ana Orbeago A. (Editores), San Sebastián, 2007, p.18.

205 Cfr. SINGH K.D., *The Grace in Dying: How We Are Transformed Spiritually As We Die*, San Francisco, 1998.

206 Cfr. WILSON ASTUDILLO, A., y RODRIGO FERNÁNDEZ, J., “El apoyo psicosocial y existencial en el final de la vida”, *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procura, n.1, Oviedo, 2011, p. 7.

El enfermo terminal necesita también un apoyo social, generalmente formado por la familia, amigos y por el equipo de cuidados paliativos²⁰⁷.

Tras el fallecimiento del enfermo es necesario continuar apoyando a la familia en el proceso de duelo. En ocasiones este proceso puede resultar complejo por la presencia de varias circunstancias tales como la sensación de culpabilidad por no haber cuidado todo lo necesario al enfermo o por la gran dependencia sentimental hacia éste. Tales sentimientos deben ser comprobados cuanto antes para poder superarlos con éxito con la ayuda de un profesional o, si es necesario, de un equipo de apoyo.

Así, el duelo se transformará en una fase en la que el acompañamiento y la solidaridad servirán para que los supervivientes más afectados acepten la pérdida, vivan con su pena, se adapten a una vida sin la persona querida y se separen poco a poco emocionalmente de ella para seguir viviendo²⁰⁸.

Estos contenidos de los cuidados paliativos han sido regulados por la mayoría de las leyes autonómicas de muerte digna. En ellas se distingue esta medida terapéutica de otros conceptos afines, tales como el tratamiento del dolor, la sedación paliativa, la adecuación del esfuerzo terapéutico y el acompañamiento al enfermo y a sus familiares²⁰⁹. A pesar de que alguna de estas leyes considera que el tratamiento del dolor forma parte de los cuidados paliativos²¹⁰.

En contra de este criterio, otras leyes autonómicas (Galicia, País Vasco y Madrid) han regulado los cuidados paliativos conjuntamente con el tratamiento del dolor y la sedación paliativa²¹¹.

207 Sobre este punto cfr. ESPINA EIZAGUIRRE M., "Acompañamiento a la familia en su proceso de duelo", *Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa*, Wilson Astudillo A., Magdalena Pérez T., Ángel Ispizua G. y Ana Orbeago A. (Editores), San Sebastián, 2007, p.18.

208 Cfr. WILSON ASTUDILLO, A., MENDINUETA, C., ORBEGOZO A., "Los cuidados paliativos y el duelo", *Acompañamiento en el duelo y medicina paliativa*, Wilson Astudillo A., Magdalena Pérez T., Ángel Ispizua G. y Ana Orbeago A. (Editores), San Sebastián, 2007, p.18.

209 Artículos 12, 13, 14 y 16 de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía; artículos 13 y 14 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Navarra; artículos 12, 13, 14 y 16 de la Ley 10/2012, de 24 de marzo, de Aragón; artículos 12, 13, 14 y 16 de la Ley 1/2015, de 9 de febrero, de Canarias; artículos 12, 13, 14 y 16 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de Baleares; artículos 13, 14, 15 y 17 de la Ley 5/2018, de 22 de junio, de Asturias; artículos 13, 14 y 15 de la Ley 16/2018, de 28 de junio, de Valencia.

210 La Exposición de motivos de la ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía, en su apartado I, manifiesta que "el tratamiento del dolor forma parte de los cuidados paliativos integrales".

211 Artículo 11 de la Ley 5/2015, de 26 de junio, de

Según las leyes autonómicas de muerte digna, el derecho a recibir cuidados paliativos corresponde a "todas las personas" que se encuentren en una situación terminal o de agonía²¹².

La atención que conllevan los cuidados paliativos puede abarcar a las personas vinculadas al enfermo, incluso en los momentos posteriores a su fallecimiento y durante el proceso de duelo. Tal el caso de la Ley del País Vasco, la cual dispone: "el objetivo terapéutico de estos cuidados [paliativos integrales] es mitigar el posible sufrimiento, el dolor y otros síntomas frecuentes en el tiempo de morir [...]. La atención será extensible, en su medida, a las personas a ellas vinculadas, y podrá abarcar incluso los momentos posteriores al fallecimiento de la persona enferma durante el proceso de duelo"²¹³.

Ninguna de las proposiciones de Ley Orgánica sobre la eutanasia presentadas en el Congreso de los Diputados, que hemos examinado, mencionan los cuidados paliativos.

Por el contrario, las Proposiciones de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida presentadas en el Congreso reconocen el derecho a dichos cuidados aunque, ciertamente, no como una práctica sustitutiva de la eutanasia²¹⁴.

Para finalizar, creemos que no cabe calificar de progreso jurídico seguir en nuestro país el sistema de aquellos Estados en los cuales están legalizadas la eutanasia y/o el suicidio asistido. La dignidad de la persona comporta la obligación de asegurarla un tránsito a su muerte, aliviando sus dolores y

Galicia; artículo 12 de la Ley 11/2016, de 8 de julio del País Vasco; artículo 11 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo de Madrid.

212 Artículo 12.1 de la ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía; artículo 13.1 de la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Navarra; artículo 12 de la Ley 10/2012, de 24 de marzo, de Aragón; artículo 12.1 de la ley 1/2015, de 9 de febrero, de Canarias; artículo 12.1 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de Baleares; artículo 11.1 de la Ley 5/2015, de 26 de junio, de Galicia; artículo 11.1 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Madrid; artículo 13.1 de la Ley 5/2018, de 22 de junio, de Asturias; la ley 11/2016, de 8 de julio, del País Vasco en su artículo 12.1 emplea el término " las personas" y el artículo 13.1 de la Ley 16/2010, de 28 de junio, de Valencia, utiliza la expresión " la persona".

213 Artículo 12.2 de la ley 11/2016, de 8 de julio, del País Vasco.

214 Art. 4 c) de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 21 de febrero 2020; art. 4 c) de la Proposición de Ley relativa a los derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Popular el 10 de febrero 2020; art. 4 c) de la Proposición de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos el 13 de diciembre de 2016.

temores, y dejando que la naturaleza siga su curso normal hasta el final. Por ello, sería necesaria la aprobación de una ley de ámbito nacional que regulará unos cuidados paliativos integrales, los cuales serían la sustitución lógica de la eutanasia y el suicidio asistido. El respeto a la persona, que implica su dignidad, no se compadece con poner fin a su vida mediante estas prácticas médicas²¹⁵.

215 Sobre estos cuidados cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I., *Los cuidados paliativos. Un estudio jurídico*, Dykinson, Madrid, 2020.

ANÁLISIS ÉTICO Y JURÍDICO SOBRE LOS CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN EN LAS UNIDADES DE CUIDADOS INTENSIVOS

FECHA DE ENVÍO: 27 DE JUNIO DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 13 DE OCTUBRE DE 2020

**Gloria María
González Suárez**

*Estudiante de doctorado
Universidad de Oviedo*

SUMARIO

1. Introducción. 2. Ética y moralidad. 2.1 Comités de Bioética. 2.2 El profesional sanitario y los códigos deontológicos. 3. Sobre los derechos afectados. 4. Jurisprudencia 5. Conclusiones. 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

Implicaciones éticas y jurídicas de la toma de decisiones de los profesionales sanitarios ante la falta de medios para poder atender a todos los pacientes ante una situación de emergencia sanitaria.

PALABRAS CLAVE

Emergencia sanitaria, priorización de pacientes, bioética, Covid-19, Unidad de Cuidados Intensivos.

ABSTRACT

Ethical and legal implications of health professionals' decision-making in the absence of means to be able to attend to all patients in a health emergency situation.

KEYWORDS

Health emergency, prioritization of patients, bioethics, Covid-19, Intensive Care Unit.

1. INTRODUCCIÓN

La seguridad sanitaria es una cuestión de alcance mundial. Cuando esta se tambalea, tal y como ha estado ocurriendo con motivo de los últimos acontecimientos relativos al coronavirus COVID-19, es necesaria una gran capacidad de detección y respuesta.

El COVID-19 es una enfermedad infecciosa, hasta ahora desconocida, que ha surgido en Wuhan en diciembre de 2019. Los principales síntomas son fiebre, tos seca y cansancio. Aunque la mayor parte de personas se recuperarán de la enfermedad sin necesidad de un tratamiento especial, hay una parte de la población que si puede desarrollar una enfermedad grave con dificultades respiratorias y otras muchas patologías.

Con motivo de la propagación del virus y su enorme transmisibilidad, el Comité de Emergencias

del Reglamento Sanitario Internacional (RSI, 2005) declaró el brote como una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) en su reunión del 30 de enero de 2020. Posteriormente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) lo reconoció como una pandemia global el 11 de marzo de 2020.

La gran cantidad de casos que se han ido reportando a lo largo de estos meses se ha traducido en la saturación del sistema sanitario español. En los lugares donde se han registrado los mayores brotes de la enfermedad, se ha visto una falta de medios de tal magnitud que los sanitarios han tenido que tomar decisiones sobre la priorización de pacientes con motivo de la escasez de camas, respiradores, Equipos de Protección Individual (EPIs) y personal médico (entre otros).

Si bien es cierto que la solución debiera pasar por encontrar criterios unánimes basados en factores pronósticos que permitan decidir sobre el ingreso de un paciente en la Unidad de Cuidados Intensivos (en adelante, UCI), la escasez de medios no permite ingresar a los pacientes que así lo requieren. El establecimiento de estos protocolos de actuación médica no solventaría la cuestión de la escasez de materiales, pero sí sería un primer paso para que exista una actuación uniforme en los diferentes territorios. Aun no encontrándose todos los centros hospitalarios o Comunidades Autónomas en la misma situación, sería importante que exista un protocolo normativo base, que pueda incluso contemplar unos niveles diferentes de actuación según cada situación para poder evitar la vulneración del principio de igualdad, que hasta ahora ha sido de dudosa aplicación.

Todo ello desemboca en una problemática ética, moral, en la que el Derecho puede aportar la base de la solución en cuanto que debemos analizar los derechos que están en juego y proponer soluciones que respeten la normativa de nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte, la Bioética debe guiar al profesional a tomar la decisión adecuada conforme a unos protocolos y, sobre todo, con el objetivo de no añadir sobre el profesional una presión “extra” a su situación ya desbordante de por sí.

Es bien conocido que cada persona es poseedora de unos derechos fundamentales y libertades públicas que deben ser protegidos, pues así lo declara la Constitución Española (en adelante, CE). Sin embargo, en ciertas ocasiones se hace necesario priorizar los derechos fundamentales de las personas en beneficio del conjunto de la sociedad o del interés general. Se trata de un conflicto en el que entra en juego la valoración ética de cada caso concreto, ya que el Derecho por sí mismo no puede dar una

respuesta efectiva cuando se trata de tal restricción de manera no uniforme, e incluso, de manera que se pueda considerar injusta e inmoral. Es ahí donde el Derecho confluye con la Ética y donde, además, se hace tan importante elaborar una forma de actuación que contemple la máxima protección a los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, de manera que puedan evitarse actos injustos, desiguales e inmorales.

Se ha puesto en entredicho en diversas ocasiones los criterios de ingreso en la UCI y se ha discutido sobre la manera de proceder de los sanitarios ante la escasez de medios. Por su parte, la Sociedad Española de Medicina Intensiva Crítica y Unidades Coronarias (Semicyuc)¹ ha establecido, entre otras medidas, que *“todo paciente entre 70 y 80 años con Insuficiencia Respiratoria Aguda (IRA) sin patología previa importante es subsidiario de tratamiento con ventilación mecánica invasiva (VMI). En los pacientes entre 70 y 80 años que presentan alguna de estas comorbilidades moderadas-graves (...) se valorará cuidadosamente la indicación de VMI y se le tratará preferentemente con Ventilación Mecánica No Invasiva (VMNI) o similar según disponibilidad”*.

Por otro lado, el Comité de Bioética de España en su informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus², considera que *“el término “utilidad social” que aparece en alguna de las recomendaciones publicadas recientemente nos parece extremadamente ambiguo y éticamente discutible, porque todo ser humano por el mero hecho de serlo es socialmente útil, en atención al propio valor ontológico de la dignidad humana”*.

Ha habido diversos criterios, entre los que destaca, de igual modo, el documento³ del Sistema

1 RUBIO SANCHÍS, Olga et al. Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos. Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias. [online] p. 12. Disponible en la URL: https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf [Con acceso el 28.05.2020].

2 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et al. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. [online] p. 7. Disponible en la URL: <http://assets.comitedeioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarios-coronavirus%20CBE.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

3 Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM. Recomanacions per suport a les decisions de limitació d'esforç terapèutic (let) per pacients amb sospita de covid-19 i insuficiència respiratòria aguda (ira) hipoxèmica. [online] Marzo 2020. p.2 Disponible en la URL: <http://cadenaser00.epimg.net/descargables/2020/04/01/dbb972d767c4a3b28e2c866cc3e0cb65.pdf?int=masinfo> [Con acceso el 28.05.2020].

d'Emergències Mèdiques de Catalunya (SEM), donde se aconseja a los profesionales “*limitar el esfuerzo terapéutico a los pacientes mayores de 80 años, priorizar la atención a los que más se puedan beneficiar, en términos de años de vida salvados o máxima posibilidad de supervivencia*” así como que “*reciban solo oxigenoterapia; una mejora de la oxigenación si en 15 minutos de tratamiento presentan saturación de oxígeno y la administración de morfina o midazolam para paliar la sensación de disnea*”.

Todos esos criterios se basan en informes o documentos de diferentes Comités de Bioética que no son vinculantes, sino que, son unas recomendaciones que pueden guiar al profesional ante la toma de una decisión que puede generar controversia. Este es otro de los motivos que podrían causar un agravamiento del problema; el hecho de que no exista un sistema o protocolo genérico con carácter normativo que a su vez incorpore la manera de actuar ante un evento que pueda alejar del funcionamiento normal a los centros hospitalarios o a las Unidades de Urgencias Hospitalarias (UUH).

Los diferentes criterios dejan entrever la dificultad de la situación de la que no debe olvidarse que la decisión final siempre recae sobre el médico, con la consecuente carga ética que ello conlleva. En caso de duda, siempre pueden consultar con el Comité de Ética Asistencial de cada hospital para decidir, aunque resulta obvio que con las UCIs colapsadas no existe una manera fácil de solventar el problema y de todo ello nacen diferentes cuestiones que entrelazan la Ética y el Derecho para intentar plantear diferentes soluciones que puedan otorgar la máxima protección a los ciudadanos.

Ante estos casos extremos donde la actuación que se plantee nunca será la óptima para la totalidad de la población, ¿qué dimensión adquiere la definición de justicia? ¿qué papel juegan la Bioética y el Derecho? ¿qué derechos están en juego?

2. ÉTICA Y MORALIDAD

El Derecho no puede abordar una regulación exhaustiva de todos los comportamientos humanos. Por su parte, la Bioética tiene un papel de suma importancia puesto que hay una relación de fundamentación entre estos que hace que confluyan combinando el conocimiento biológico con el de los valores humanos y su protección jurídica.

Podría decirse que la Ética y el Derecho comparten los dos sistemas normativos de una sociedad,

puesto que las leyes son siempre una plasmación de valores. Esto significa que tendrá como matriz los valores que compartan los miembros de una sociedad que ateniéndose a la Ley consiguen, por lo general, promover la realización de los valores que le sirven de fundamento⁴.

La situación a la que los profesionales sanitarios se han enfrentado y aún siguen haciéndolo es una crisis sanitaria de gran envergadura y, como tal, requiere de medidas extraordinarias proyectándose estas en toda la población y, sobre todo en las personas enfermas, que son los más afectados junto al personal sanitario en esta situación.

Normalmente determinar el ingreso de un paciente en la UCI viene precedido de una decisión basada en factores pronósticos. Es importante, además, conocer los deseos del paciente en base al principio de autonomía siempre y cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello.

El peligro de la Ética, al contrario del Derecho, es que esta no puede fundamentarse (en criterios normativos). No por ello carece de importancia y más aún en el ámbito sanitario donde el acto médico, por sus especialidades, debe fundamentarse en base a unos principios éticos comunes a toda la población.

Estos principios podrían resumirse en:

1. No-maleficencia: no hacer mal a otra persona;
2. Beneficencia: socorrer o ayudar cuando las circunstancias lo requieran;
3. Autonomía: respetar la voluntad del paciente, su libertad y conciencia);
4. Justicia: tratar a todos por igual.

Este último principio⁵ debe asegurar una equidad en el tratamiento de tal manera que pacientes con idénticas patologías deben ser tratados en igual medida, independientemente de las instituciones sanitarias en que se realice.

4 GRACIA, Diego; RODRÍGUEZ SENDÍN, Juan José et al. Guías de ética en la práctica clínica, retos éticos en atención primaria. Fundación de Ciencias de la Salud y Autores. [online]p. 8. Disponible en URL: <https://www.cgcom.es/sites/default/files/retosEticosenAtencionPrimaria.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

5 SOLSONA DURÁN, José Felipe; ABIZANDA CAMPOS Ricardo. “Hacia la elaboración de criterios de ingreso en los servicios de medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 22. 1998. Pp 72-73.

En la situación actual y ante la falta de medios parece obvio afirmar lo difícil que resulta el cumplimiento de los principios éticos. Es entonces donde los Comités de Bioética deben pronunciarse para asegurar el cumplimiento de estos en el máximo grado posible, pues, hay que asegurar el respeto de los derechos de toda la población no sólo desde el punto de vista legislativo ya que cualquier acto médico, dada su relevancia, debe de estar orientado siempre desde un punto de vista ético o moral.

2.1 Comités de Bioética

A tenor del artículo 77 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, “*se crea el Comité de Bioética de España, como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, que designará su sede*”.

Por su parte, el artículo 78.1.a) de dicha la Ley prescribe que “*son funciones del Comité de Bioética de España: a) Emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico en asuntos con implicaciones éticas relevantes*”.

Además del Comité de Bioética de España, se suele distinguir entre Comités de Ética Asistencial, Comités Éticos de Investigación y Comités de Ética Organizacional, si bien esta clasificación general no impide que haya comités para ámbitos o cuestiones especiales.

Existen también una serie de Comités de Bioética de ámbito autonómico con funciones amplias en su respectivo territorio (abarcan las correspondientes a los Comités de Ética Asistencial y las de los Comités de Investigación, con perspectiva más general) y que se han establecido en casi todas ellas.

Los Comités de Bioética juegan un papel crucial para poder dar solución a todas las cuestiones que ya se han señalado, pero ¿qué ocurre cuando existen diferentes recomendaciones entre los distintos Comités?

Al inicio de este texto se ha puesto de relieve la disparidad de criterios respecto a la posibilidad de ingreso de pacientes en las UCIs. Podría ser comprensible en el sentido de que no todas las Comunidades Autónomas están en la misma situación, o no tienen el mismo nivel de saturación, pero ¿es justo que un paciente tenga más o menos posibilidades

de ingreso en la UCI en función de su territorio de procedencia?

Ante esta cuestión, el Comité de Bioética de España aboga por la unificación de criterios en todo el territorio porque así se evitarían tratos desiguales en función de la Comunidad Autónoma o del hospital donde se apliquen dichos criterios.

Parece que lo más plausible sería elaborar un protocolo genérico, que pueda orientar a los profesionales independientemente de su procedencia, sin importar la territorialidad e incluso dentro de una misma Comunidad Autónoma los distintos hospitales donde serán atendidos, aunque resulte obvio que la disponibilidad no será la misma en cuanto a que no todas ellas se encuentran en la misma situación.

Dicho protocolo debiera dotarse de carácter normativo y ser aplicable en todo el territorio, independientemente de que cada Comunidad Autónoma lo desarrolle adaptándolo a su situación y circunstancias.

Podría pensarse que para ello bastaría el sistema de triaje ya establecido en los centros hospitalarios para la toma de decisión inicial sobre el paciente. Sin embargo, ni siquiera los métodos de triaje poseen una base jurídica lo suficientemente sólida, no solo para adaptarla a esta nueva situación, sino que, en una situación de normalidad parece que no hay un criterio reconocido jurídicamente y de aplicación en todos los centros.

Tal y como se señala en los estándares y recomendaciones de la Unidad de Urgencias Hospitalarias⁶, los hospitales españoles utilizan diferentes métodos de triaje en los servicios de urgencias. Principalmente, la Escala Manchester (MTS) y el Sistema Español de Triaje, elaborado a partir del Modelo Andorrano (MAT-SET). Si bien es cierto que en el año 2003 fue asumido por la Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias (SEMES) el Sistema Español de Triaje (SET) como el modelo estándar de triaje en castellano para todo el territorio español, las Comunidades Autónomas han elaborado guías para algunas unidades, que sin tener carácter normativo persiguen la elaboración de estándares y recomendaciones. La conclusión de esto es que no existe un sistema de triaje jurídicamente reconocido y regulado, sino que, se ha asumido con el paso del tiempo y, teniendo en cuenta los derechos que podrían verse afectados como consecuencia de

6 Unidad de Urgencias Hospitalarias, estándares y Recomendaciones, Informes, estudios e investigación 2010. Ministerio de sanidad y política social. [online] Disponible un URL: <https://www.mscbs.gob.es/eu/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/UUH.pdf> [Con acceso el 24.6.2020].

la vulneración del derecho de protección de la salud, no resulta comprensible la ausencia de fundamentación jurídica de este.

Aunque generalmente se utilice este sistema de triaje, que ha demostrado ser perfectamente eficaz, ¿no debería fundamentarse este jurídicamente incorporando las recomendaciones de los diferentes Comités? ¿No deberían, además, incluirse los protocolos de actuación de tal manera que se incluya una previsión para circunstancias que se salgan de la normalidad como la que se vive actualmente?

No cabe duda de que se considera esencial para la gestión de calidad de la UUH que dispongan de un sistema de clasificación ágil, reproducible y revisable y sobre todo que ese sistema de triaje esté validado, no genere colas, y permita una clasificación rápida de la gravedad del paciente. Lo que no es concebible es la exclusión de cierto tipo de grupos en función de unos criterios que ni siquiera tienen una base jurídica y de protocolos que no han sido validados ni están a disposición del público.

Con motivo de la gestión descentralizada del sistema general de salud por la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, el derecho a la protección de la salud ha sido desarrollado por diferentes normas. La Coordinación General Sanitaria es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.16 CE), que debe fijar los medios para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta que logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud. La carencia de esa homogeneidad técnica se ha visto reflejada en el sistema de triaje, que justamente podría ser el método que pudiera dar solución a la problemática objeto de análisis. Y es que, con la debida coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas podría elaborarse una propuesta de legislación básica que contemple unos mínimos y su posterior desarrollo por parte de las CCAA adaptándolo a cada situación concreta. De este modo, se establecería un sistema de triaje común en todo el territorio y podría incluirse, además, el modelo de actuación o triaje en situaciones de emergencia (tal y como está sucediendo en la actualidad) que de ningún modo podrían despacharse con protocolos no normativos, pues, como se ha señalado son varios los derechos en juego. El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado⁷, en numerosas ocasiones, que “*el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución*”, entre los que se encuentra la protección del derecho a la salud, “*ha de ser modulado en los términos del artículo*

53.3 de la Norma Fundamental”, precepto que “*impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes*”.

2.2 El profesional sanitario y los códigos deontológicos

Aparte del paciente, el que más sufre la incertidumbre de cómo actuar en el momento de priorizar la entrada en la UCI de un paciente ante la escasez de medios, es el profesional sanitario que deba tomar la decisión. Por este motivo, como ya se ha señalado, debe facilitársele al máximo el proceso, ya que, añadirle la toma de una decisión con este gran componente ético y moral sería poner sobre sus hombros un peso extra que podría desembocar en el derrumbamiento psicológico de este.

El Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos señala en su artículo 5, apartado 4 que “*el médico jamás perjudicará intencionadamente al paciente. Le atenderá con prudencia y competencia, evitando cualquier demora injustificada en su asistencia*”. Añade, además, en el apartado 2 de su artículo 7 que “*el médico, principal agente de la preservación de la salud, debe velar por la calidad y la eficiencia de su práctica, principal instrumento para la promoción, defensa y restablecimiento de la salud*”. Como puede observarse ambos preceptos contienen una carga moral importante, en cuanto a que se descarga en la figura del profesional sanitario una obligación ética necesaria, pero de suma importancia y que, en una situación como la que se está viviendo actualmente, puede ser muy complicada llevar a cabo con minuciosidad.

Dicho Código incluye, además, diversos apartados relativos a la obligación del médico de atención al paciente en circunstancias excepcionales. Así se establece en el apartado 3 de su artículo 5 mediante la siguiente redacción: “*la principal lealtad del médico es la que debe a su paciente y la salud de éste debe anteponerse a cualquier otra conveniencia. El médico no puede negar la asistencia por temor a que la enfermedad o las circunstancias del paciente le supongan un riesgo personal*”.

En el artículo 6.2 incluye el actuar del médico en situación de epidemia estableciendo que “*el médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará*

⁷ SSTC 80/1982, de 20 de diciembre; 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero (entre otras).

voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario”.

La necesidad de establecer prioridades de atención de pacientes en un escenario de falta de recursos con un número elevado de pacientes ha desembocado en un sinfín de dudas de carácter ético. Los diferentes informes se han pronunciado sobre priorización por edad, por patologías, por capacidad de supervivencia, por utilidad social...y también han contemplado el supuesto de priorización de los sanitarios por ser estos los más expuestos y también los más necesarios ya que, si estos enferman, ¿quién atenderán al resto de la población? Así lo ha propuesto el Comité de Bioética de España en el informe sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios⁸ justificándolo en dos razones: *“en primer lugar, porque la mejor manera de proteger la salud de todos y cada uno de los individuos es proteger la salud de los profesionales cuya función directa es garantizar aquella. Protegiendo prioritariamente a los sanitarios, sobre todo a aquellos más directamente involucrados en la asistencia directa a pacientes, nos protegemos directamente a todos. En segundo lugar, porque el principio de justicia entendemos que también exige priorizar a los que en el beneficio de terceros han expuesto más intensamente su salud”.* Dicha afirmación está basada en el principio de reciprocidad según el cual la sociedad debe apoyar a las personas que asumen una carga o riesgo desproporcionado en la protección del bien público.

Esto vuelve a traer un nuevo debate a colación y no es otro que el de si ¿es justa una priorización por utilidad? Podría establecerse que no, pero ¿no es cierto que estas personas son las que más expuestas al virus se encuentran? ¿Debería por ello hacerse una diferenciación profesional en cuanto a la priorización? Ante esa cuestión también podría plantearse, ¿no se están exponiendo otro tipo de trabajadores de otros ámbitos, e incluso del ámbito hospitalario sin ser exclusivamente personal sanitario? ¿Alguno de estos grupos lo está haciendo de manera altruista?

3. SOBRE LOS DERECHOS AFECTADOS

La Constitución, además de atribuir al Estado una facultad, le exige que preserve en todo el territorio un sistema de salud con una regulación uniforme. Si bien las Comunidades Autónomas, en el marco de sus competencias, pueden dictar normas de desarrollo que puedan verse traducidas en una mejora en su

ámbito territorial, debe siempre respetarse ese contenido mínimo e inequívocamente básico, pues de ello dependerá el derecho individual de protección de la salud de cada uno. En la situación actual, no sólo puede verse afectado el derecho de protección de la salud por cuestión de territorialidad, sino que, son varios los derechos que se ven afectados con la escasez de material, así como la diferenciación entre Comunidades Autónomas, no solo por la situación en la que se encuentre cada una sino por de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.

a) Derecho a la vida

El derecho a la vida es uno de los derechos más básicos de las personas, pues, sin la existencia de este, carecerían de sentido los demás, fundamentales o no. Reconocido en el artículo 15 de la CE, se asienta de la siguiente manera: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.*

Por otro lado, en cuanto al derecho a la integridad personal, (en su doble dimensión física y moral), es el que garantiza la plena inviolabilidad del ser humano y sienta las bases de su construcción individual y social. Reconocido, además, en numerosos tratados internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículos 26 y 27) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984; (entre otros muchos), así como tratados y declaraciones supranacionales de ámbito europeo tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas de 4 de octubre de 1950 (artículos 2 y 3); el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 26 de noviembre de 1987 y sus Protocolos 1 y 2; el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina de 4 de abril de 1997; y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁹.

⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España... Op. Cit. pp. 11-12.

⁹ Proclamada solemnemente, primero en Niza el 7 de diciembre de 2000 (artículos 2 a 5) y, de forma definitiva, en

Se trata del derecho más básico del individuo y el que primero se vería vulnerado en el caso de utilizar un criterio erróneo de priorización de pacientes ya sea por edad, utilidad social, o por posesión de patologías previas, dividiendo a la población en grupos, y no otorgando la misma capacidad de supervivencia y oportunidad. Si se pone en peligro la salud de las personas al negárseles una atención sanitaria requerida, no solo se ve afectado el derecho a la salud de esta, sino que estamos ante una clara conexión de este derecho con el derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas viéndose afectado este derecho¹⁰.

Existe un valor esencial de todo cuanto concierne a la salud de los ciudadanos¹¹, ya que principios como la igualdad, la universalidad de acceso o la continuidad prestacional no pueden admitir excepciones, pues podría existir el riesgo de poner en entredicho la vida de las personas.

b) Protección de la salud

El derecho a la protección de la salud está recogido en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹² (1948) donde se señala que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”*.

El artículo 43 de la CE regula el derecho a la salud estableciendo que *“se reconoce el derecho a la protección de la salud. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, con carácter previo a la firma del Tratado de Lisboa, el cual atribuye a dicha Carta el mismo valor jurídico que los Tratados.

10 DELGADO DEL RINCÓN, Luis: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de abril”, Revista de Estudios Políticos, núm. 163, enero-marzo 2014. p. 204.

11 TOLIVAR ALAS, Leopoldo: “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, Derecho y Salud, Vol. 15, núm. Extra 1, 2007, pp 43-62.

12 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones.

Si bien es cierto que no está configurado como un derecho fundamental, el mandato constitucional del artículo 43 y la concreción legal del mismo imponen a los poderes públicos las prestaciones humanas y materiales adecuadas para hacer frente a la epidemia¹³. No contemplar la protección de la salud de un colectivo concreto¹⁴, se consideraría una violación de la Convención de Derechos Humanos, así como de la Constitución y las normas que desarrollan el derecho a la salud, además del resto de derechos que pueden verse afectados con estrecha relación a este y consecuencia de la violación del mismo.

Por otro lado, en el artículo 41 de la CE se recoge el deber de los poderes públicos de mantener *“un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad”*. La doctrina, a partir de los dos artículos (41 y 43), ha especulado sobre la relación de esa obligación de mantener la Seguridad Social y el reconocimiento del derecho a la protección a la salud con las consecuencias derivadas de su apartado segundo¹⁵. Para algunos el derecho del artículo 41 es una parte del derecho del artículo 43¹⁶, mientras que para otros la evolución del sistema y el desarrollo normativo ha derivado en una configuración que, en realidad, lo convierte en derechos distintos¹⁷.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, la determinación de la protección del derecho a la salud tiene un lugar destacado no solo como parte integrante de otros derechos, sino como límite al ejercicio de otros derechos o como un derecho con entidad propia. Sin embargo, pese a su importancia,

13 PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (I): el derecho a la salud. Blog: El derecho y el revés. [online] marzo 2020. Disponible en la URL: <https://presnoliner.wordpress.com/2020/03/29/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-1-el-derecho-a-la-salud/> [Con acceso el 28.05.2020].

14 La doctrina ha realizado numerosas críticas en cuanto a la exclusión de inmigrantes irregulares en los términos que lo hizo el Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril y su posterior STC 139/2016, de 21 de julio. Destaca la realizada por MIRIAM CUETO, afirmando que *“la universalidad del derecho a la protección de la salud implica la cobertura de toda persona por el hecho de serlo”*, CUETO PÉREZ, Miriam: Flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español, CIVITAS, 2018, DIR. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar, pp 207-228.

15 HURTADO MENENDEZ, Luis: “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, Tribuna Social: Revista de la Seguridad Social y Laboral, núm. 78, 1997, pp. 20-31.

16 MENENDEZ REXACH, Ángel: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las protecciones sanitarias públicas”, Derecho y Sociedad, Vol. 11, Núm.1, 2003, pp.15-36

17 L. HURTADO MENENDEZ, “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, op. Cit pp. 20-31.

existe un abismo entre el derecho proclamado y la realidad en cuanto a su eficacia¹⁸.

No cabe duda de la importancia del contenido del derecho a la salud, pues, existe doctrina que afirma que se trata de “un derecho de carácter fundamental en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona¹⁹”.

c) Restricción de los Derechos del individuo frente al interés colectivo

La imposición de la prevalencia del interés general frente al interés individual puede comportar la restricción o suspensión de derechos fundamentales de diversa índole. Si bien es cierto que esto debe realizarse no invadiendo el contenido esencial de estos, han de estar, además, sometidos a diferentes principios tales como: equidad, no discriminación, solidaridad, justicia y proporcionalidad.

En el marco del artículo 43 de la CE, la salud entendida como un bien jurídico-constitucional es única, puesto que mira el interés de personas concretas. Las expresiones salud del artículo 43.1 y salud pública del artículo 43.2 CE, no aluden a objetos distintos sino a uno solo, que se puede proteger de dos maneras²⁰. Por ello nos encontramos con que el derecho a la protección de la salud tiene una doble dimensión, individual y colectiva y ambas deben ser protegidas por el Estado desde el punto de vista prestacional.

Pero ¿es posible realmente restringir derechos fundamentales sin alterar su contenido esencial? ¿Se puede realizar de manera justa tal restricción? Es algo que los Comités de Bioética deben valorar e informar siempre orientados por estos principios. No cabe duda la complejidad de dicha tarea, pues, no debe olvidarse la necesidad de contemplar la situación de las personas vulnerables, entre las que

18 BONDÍA GARCÍA, David: La exigibilidad del derecho a la salud en situaciones de crisis sanitarias, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà, Jaume (Eds.). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en periodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons. 2013, p. 265.

19 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, *Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas*, n°89, 2006, pp. 15-16.

20 ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Público* N° 71-72, enero-agosto 2008, p. 129.

se pueden encontrar precisamente las personas mayores o con una patología previa, e incluso ambas circunstancias al mismo tiempo.

d) Autonomía del paciente

Es posible que pudiera parecer bajo la redacción de estas líneas que el enfermo fuera un simple objeto bajo la manipulación del médico, por ello no debe dejar de señalarse el derecho de autonomía que a este compete.

La autonomía del paciente es la capacidad que tiene de decisión dentro del contexto de su relación con el personal sanitario. Se trata de la manifestación de la libertad humana y del reconocimiento del valor y dignidad de la persona. Tanto es así que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) abrió paso a su ulterior regulación con la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que refuerza y da un trato especial a la autonomía del paciente asentando como bases la dignidad, intimidad, información, consentimiento y negativa al tratamiento. Además, manifiesta todos estos principios mediante un conjunto de derechos en favor del paciente que deben ser respetados.

La autonomía del paciente juega un papel importante, siendo reconocida de igual modo en el artículo 12.1 del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos que dispone que “*el médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles. Es un deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado en todas y cada una de las fases del proceso asistencial. Como regla general, la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones*”.

Podría plantearse que nada tiene que ver la norma jurídica con el problema ético que se cuestiona, sin embargo, el análisis ético de un problema siempre debe ir en consonancia con la norma jurídica a fin de no vulnerar ningún precepto. En lo que al paciente se refiere, no resulta cuestionable la importancia de su autonomía, sin entrar en este momento a valorar qué ocurre cuando no puede expresar su voluntad.

e) Igualdad y no discriminación

El artículo 14 de la CE establece que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento,*

raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Ante esta afirmación resultaría difícil imaginarse que alguien pueda quedar excluido de ingresar en la UCI basándose en un criterio de edad, pues, "la igualdad es un valor superior y, por tanto, nuclear en todo el ordenamiento jurídico²¹". Además del artículo 14 de nuestra norma suprema, que prohibiría una discriminación por motivo de edad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, apoya esta afirmación en su artículo 6, relativo al derecho a la igualdad, estableciendo en el este que "todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". De igual modo, ese mismo artículo establece que "la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de esta, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública".

No cabría por tanto ningún motivo que pueda dar lugar a una discriminación del paciente que no se base en la situación clínica de este y en su expectativa objetiva de supervivencia basándose en la evidencia. Así lo dispone el informe del Ministerio de Sanidad²², además de establecer el principio de máxima recuperación de vidas humanas como criterio general, debiendo compatibilizarlo con la continuación de la asistencia iniciada de forma individual de cada paciente.

f) Detrimento de derechos de pacientes con otras patologías en favor de pacientes con COVID-19

Consecuencia de la escasez de medios y material con motivo de la Covid-19 podría existir escasez de material que afecte a pacientes con otras patologías.

21 PRESNO LINERA, Miguel. Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (8): igualdad y no discriminación; en particular, por la edad. Blog: el derecho y el revés. [online] Abril 2020. Disponible en URL: <https://presnolinera.wordpress.com/2020/04/12/coronavirus-sars-cov-2-y-derechos-fundamentales-8-igualdad-y-no-discriminacion-en-particular-por-la-edad/> [Con acceso el 28.05.2020].

22 ROMEO CASABONA, Carlos María et al. INFORME DEL MINISTERIO DE SANIDAD SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS EN SITUACIONES DE PANDEMIA: EL SARS-COV-2. [online] Abril 2020. p.3. Disponible en URL: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/200403-INFORME_PANDEMIA-FINAL-MAQUETADO.pdf [Con acceso el 28.05.2020].

Por lo que ya no solo se pondría de relieve el detrimento de derechos relativo a pacientes que se hayan contagiado de este virus, afectando a su derecho a la salud en exclusivo, sino que esto podría extenderse a una afectación del derecho a la salud en general, con su consecuente gravedad para las personas y para el sistema sanitario que debe hacer frente a diversas patologías, atender a enfermos y disponer de personal y material para tratarlos.

El tiempo de instauración de un tratamiento es fundamental en muchas situaciones y el retraso en el diagnóstico se relaciona con el aumento de la mortalidad, así como del incremento de la estancia media hospitalaria. La saturación de las UCIs y de la UUH dificultan la correcta atención sanitaria y se relacionan directamente con un incremento de la mortalidad hospitalaria.

g) Protección personas vulnerables.

El gran dilema ético de esta pandemia es la cuestión relativa a cómo proteger a los grupos vulnerables, ya que por su condición pueden precisar más cuidados y sobre los que más se ha planteado excluir por falta de material.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 establece en su artículo 4.3 que "los actos, disposiciones y medidas (...) podrán adoptarse de oficio o a solicitud motivada de las autoridades autonómicas y locales competentes, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y deberán prestar atención a las personas vulnerables. Para ello, no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno".

Además, el artículo 20.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, dispone que para elaborar el contenido de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud "se tendrá en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, así como su impacto económico y organizativo". Es decir, incorpora específicamente en el cuidado y necesidades de grupos de riesgo, como podrían ser por razón de edad, posesión de patologías, o cualquier otro motivo que coloque a la persona dentro de un grupo de vulnerabilidad.

No debe olvidarse, por tanto, que la toma de decisiones siempre debe ser un modelo mixto entre el

cuidado de los grupos vulnerables y los principios de equidad y protección de la población en su conjunto. Actuar de manera contrario no iría solamente en contra de los principios de la bioética sino, también, en contra del ordenamiento jurídico español.

4. JURISPRUDENCIA

Ya se ha señalado que el derecho a la salud del artículo 43 de la CE no contempla un derecho fundamental. Sin embargo, el reconocimiento en nuestra Constitución de este derecho, aun no configurándose de manera directa como un derecho subjetivo, impone la necesaria configuración de este en el ámbito material de la salud, a través del correspondiente desarrollo legislativo y jurisprudencial.

La naturaleza jurídica de este derecho tiene unas consecuencias para el Estado que se sintetizan de la siguiente manera²³:

- “a) Requiere una determinada política legislativa y eleva la protección de la salud a la categoría de fin del Estado en cumplimiento de la propia Constitución.
- b) Posibilita la atribución y distribución de competencias normativas y de ejecución entre poder central y otros poderes territoriales del Estado.
- c) Posibilita el control constitucional de las leyes, tanto desde el Tribunal Constitucional como desde los Tribunales ordinarios a través de la cuestión de ilegalidad.
- d) Tiene carácter informador del ordenamiento jurídico.
- e) Legitima el establecimiento de ingresos públicos para el sostenimiento de los servicios necesarios para atender a la salud”.

La conexión entre el derecho a la salud del artículo 43 de la CE y los derechos fundamentales del artículo 15 de la CE, ha sido constatada por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional²⁴ (STC)

23 JÍMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. “El derecho constitucional a la protección de la salud” Conferencia presentada en *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*. Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos. p. 12.

24 Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012, y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita.

139/2016, de 21 de julio, describe el derecho a la salud como el instrumental del derecho a la vida y la integridad física y moral del art. 15 de la CE. De igual manera lo insinúan los Autos del TC 239/2012, de 12 de diciembre²⁵; 114/2014, de 8 de abril²⁶; y 54/2016, de 1 de marzo²⁷; que declaran expresamente que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por la exclusión del sistema sanitario, “*así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado*”.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁸ (TEDH) ha sostenido que la ausencia de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el art. 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH).

De igual modo, el TEDH²⁹ establece que un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos (art. 2 CEDH) cuando no se legisla ni se toman medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades

Ya se ha tratado la posibilidad de existencia de desigualdades o discriminación por grupos, pero, es importante poner de relieve la diferencia entre ambos conceptos en el marco jurídico que se está tratando. La STC 22/1981, de 2 de julio, afirma que el principio de igualdad no implica “*en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*”, y acogiendo la doctrina del TEDH en relación con el artículo 14 del CEDH, declara que “*toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación*”. Es decir, el principio de igualdad no debe utilizarse precisamente para que existan desigualdades por razón de las circunstancias personales de cada persona, sino, tener estas en cuenta para que todos los ciudadanos tengan las mismas posibilidades. Además, esas circunstancias personales de cada uno no deben justificar una posible discriminación por grupos, como podría darse en el

25 Fundamento Jurídico 5.

26 Fundamento jurídico 8.

27 Fundamento Jurídico 5.

28 STEDH en el asunto Valentin Câmpeanu c. Rumanía, 17 de julio de 2014.

29 STEDH en el asunto Brincat y otros c. Malta, 24 de julio de 2014.

caso de grupos de personas vulnerables, tal y como se ha señalado.

En cuanto a la obligación del estado de la creación de un sistema sanitario que sea suficiente para proveer a la población de los servicios sanitarios, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de octubre de 1984, señalando que *“la naturaleza de la acción sanitaria debe concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional”* del artículo 43.2 CE.

Esta afirmación adquiere gran relevancia, pues, al concebirse como servicio público se está reconociendo un derecho individual a los ciudadanos para obtener de los poderes públicos una protección de su derecho a la salud mediante estos servicios asegurando unos mínimos de suficiencia y necesidad prestacional. Esto, además, puede variar en el tiempo y en función de la demanda social de cada momento, por lo que, con la problemática existente, no resulta extraño pensar que existirá una exigibilidad mayor de la protección de la salud de los ciudadanos.

La STC 64/2017, de 25 de mayo de 2017³⁰, ha señalado que *“el Sistema Nacional de Salud tiene por objeto y finalidad garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumenta a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud.”* Es decir, cualquier ciudadano, independientemente de la edad, patología previa o circunstancia personal puede exigir estas prestaciones. Obviamente que ante la inexistencia de material sanitario y personal para atender a todas las personas se va a llegar a la situación de no poder proporcionar a toda la población las prestaciones que pueden exigir, pero debe evitarse en todo momento la creación de discriminaciones y desigualdades de cualquier tipo, abogando siempre por salvar el mayor número de vidas posibles independientemente de la situación de cada uno.

5. CONCLUSIONES

La toma de decisiones por parte de los profesionales sanitarios y la asignación justa de los recursos sanitarios disponibles cuando estos son insuficientes para la totalidad de la población ha traído a colación un debate ético que cuestiona las medidas a adoptar en cuanto a la distribución y utilización de estos.

Conforme al principio de transparencia es necesario que la población en su conjunto tenga la posibilidad de conocer las medidas que debe adoptar el personal sanitario, incluyendo esto el contenido de los protocolos o de qué manera se priorizarán los pacientes en caso de tener que hacerlo. La Ley General de Salud Pública en su artículo 3.f así lo establece: *“las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos”*, además de contener en su artículo 4 el derecho a la información que a los ciudadanos compete. Por este motivo, ya no solo se hace necesario un protocolo de actuación para el personal sanitario, sino que, también se hace imprescindible que los ciudadanos puedan conocerlo.

Ante la falta de medios parece imposible elaborar un protocolo con carácter normativo que realmente pueda incorporar toda la casuística existente. Teniendo en cuenta que no solamente se debe contemplar la situación personal de cada uno, sino que, las medidas a adoptar deben asentarse bajo los principios legales y éticos mencionados, y con el añadido de que no todos los territorios se encuentran en la misma situación son muchos criterios los que deben considerarse. Adoptar una decisión basándose en exclusiva en la prioridad del interés general sobre el interés particular parece colocar a unos pocos en una situación de clara desventaja. Por otra parte, el artículo 103 de la CE obliga a las Administraciones a servir con objetividad los intereses generales. Puede resultar un tanto confuso ya que esto no significa que haya que basar toda decisión en el interés general como único criterio, sino que se debe buscar el justo equilibrio entre el interés colectivo y la dignidad de todos los seres humanos.

Se hace necesaria la elaboración de un sistema de actuación que pueda unificar los criterios a adoptar, donde prime el principio de igualdad y justicia, y sobre todo el principio de máximo beneficio de la recuperación de vidas humanas, pues, como ya se ha señalado, el derecho a la vida es motivo de existencia de los demás derechos. Por la importancia que todo ello conlleva y los derechos en juego citados, la solución a la problemática existente debe pasar por establecer las diferentes actuaciones mediante normativa de carácter básico con criterios unánimes basados en factores pronósticos, evitando criterios de otro tipo que puedan desembocar en una desigualdad social. Esta normativa básica unificaría los criterios en todo el territorio cumpliendo así con la dotación de carácter normativo de lo que hasta este momento funcionaba a través de protocolos que jurídicamente no tenían sustento. Si bien es cierto que la elaboración de guías, protocolos y recomendaciones siguen siendo de vital importancia, no resulta

30 Fundamento Jurídico 3.

comprensible que no exista fundamentación jurídica para cierto tipo de actuaciones, no debiendo llevarse a cabo a través de estos tipos de modelos.

Además, sería recomendable que esta normativa básica contemple diferentes niveles, pues no todas las CCAA están en las mismas circunstancias, pudiendo esta legislación contemplar uno mínimos en cada nivel, que luego pueda ser desarrollado por las CCAA para adaptarlo a su situación, pues la competencia sigue siendo atribuible a estas.

Estas medidas deben ser informadas y valoradas por científicos y profesionales de la salud, así como por los Comités de Ética, además de contemplar el punto de vista jurídico para poder respetar los principios de igualdad y universalidad de acceso o continuidad prestacional, así como el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, entre otros anteriormente citados.

No se debe olvidar que el no cumplimiento de los requisitos mínimos podría desembocar en una crisis social que debilite el sistema sanitario en su conjunto. Así lo señalaba la OMS en sus Recomendaciones para la gestión de cuestiones éticas en epidemias de 2016³¹ cuando afirmaba que *“las presiones de tiempo y las limitaciones de recursos pueden forzar la acción sin la deliberación exhaustiva, la inclusión y la transparencia que exige un sólido proceso de toma de decisiones éticas”*.

Para su elaboración una de las soluciones podría pasar por su orientación en los Principios de Siracusa³², pues, son un marco ampliamente aceptado para evaluar la conveniencia de limitar ciertos derechos humanos fundamentales en situaciones de emergencia. Los Principios de Siracusa establecen, de manera resumida, que:

- Cualquier restricción a los derechos humanos debe llevarse a cabo de conformidad con la ley y en pos de un objetivo legítimo de interés general.
- Tales restricciones deben ser estrictamente necesarias y no debe haber otro medio menos intrusivo disponible para alcanzar el mismo objetivo.

31 WORLD HEALTH ORGANIZATION, Guidance For Managing Ethical Issues In Infectious Disease Outbreaks. [online] 2016. p. 7. Disponible en la URL: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250580/9789241549837-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Con acceso el 28.05.2020].

32 Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos naciones unidas/consejo económico y social. Comisión de Derechos Humanos 41º Período de sesiones. [online] Disponible en URL: <https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/principios-de-siracusa-1.pdf> [Con acceso el 28.05.2020].

- Cualquier restricción debe basarse en evidencia científica y no imponerse de manera arbitraria, irrazonable o discriminatoria.

El Estado no deja de ser una fuente de protección del individuo y como tal debe proporcionar a la población la seguridad de que se actuará conforme a su beneficio evitando desigualdades, así como la vigilancia de cumplimiento del respeto de los derechos de todos sin exclusión de ningún grupo, distribuyéndose los medios de manera justa. Todo ello debe realizarse, además, desde el respeto a la dignidad, intimidad y confidencialidad que se reconoce en la Ley General de Salud Pública en su artículo 7 donde se establece que *“todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública”*.

La elaboración de una normativa de carácter básico, y su posterior desarrollo deberá, además, estar en continua re-evaluación en función de los cambios que se vayan sucediendo en cuanto al estado actual y futuro de la pandemia. Además, deberá incluir la importancia de considerar en la toma de decisión la situación concreta en la que cada uno se encuentre, nunca aplicándose la norma general sin tener en cuenta la especialidad de cada caso.

A una persona no se le puede privar de su derecho a la vida por la edad que tenga, y además, las normas no deben aplicarse de manera mecánica sin contemplar la situación concreta de cada uno por lo que, tal y como afirma el Comité de Bioética de España³³, con buen criterio, *“la priorización debe ser, además, horizontal, no estableciendo categorías en función de padecer el coronavirus u otra enfermedad”*, por lo que todos los pacientes deben ser tratados *“por igual”* tengan coronavirus u otra enfermedad”.

No cabe duda de que la situación genera controversia y que no se trata de tomar una decisión entre una situación buena y una mala, sino que se trata de tomar una decisión entre dos situaciones malas frente las cuales la decisión por parte de una afecta de manera sustancial la vida de las personas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONDÍA GARCÍA, David: La exigibilidad del derecho a la salud en situaciones de crisis sanitarias, en Bonet Pérez, Jordi y Saura Estapà,

33 DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización. Op. Cit. p. 7.

- Jaume (Eds.). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en períodos de crisis. Estudios desde la perspectiva de su aplicabilidad*. Madrid: Marcial Pons. 2013.
- CUETO PÉREZ, Miriam: *Flujos migratorios en el ordenamiento jurídico español*, CIVITAS, 2018, DIR. RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el RDL 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, enero-marzo 2014.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico et altri. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo: “Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud”, *Revista de Derecho Público* N° 71-72, enero-agosto 2008.
- GRACIA, Diego; RODRÍGUEZ SENDÍN, Juan José et altri. *Guías de ética en la práctica clínica, retos éticos en atención primaria*. Fundación de Ciencias de la Salud y Autores.
- Grup de treball de Ventilació, Cap Àmbit Emergències, Direcció Mèdica i Direcció Infermera de SEM. *Recomanacions per suport a les decisions de limitació d'esforç terapèutic (let) per pacients amb sospita de covid-19 i insuficiència respiratòria aguda (ira) hipoxèmica*.
- HURTADO MENENDEZ, Luis: “Derecho a la protección a la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Tribuna Social: Revista de la Seguridad Social y Laboral*, núm. 78, 1997.
- JÍMENEZ DE PARGA Y CABRERA, Manuel. “El derecho constitucional a la protección de la salud” Conferencia presentada en *La Salud como Valor Constitucional y sus Garantías Desarrollo y evolución del art. 43 de la Constitución Española*. Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid. Universidad Rey Juan Carlos.
- MENENDEZ REXACH, Ángel: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las protecciones sanitarias públicas”, *Derecho y Sociedad*, Vol. 11, Núm.1, 2003.
- PRESNO LINERA, Miguel. *Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (1): el derecho a la salud*. Blog: *El derecho y el revés*.
- PRESNO LINERA, Miguel. *Coronavirus SARS-CoV-2 y derechos fundamentales (8): igualdad y no discriminación; en particular, por la edad*. Blog: *el derecho y el revés*.
- Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del pacto internacional de derechos civiles y políticos naciones unidas/consejo económico y social. Comisión de Derechos Humanos 41º Período de sesiones.
- ROMEO CASABONA, Carlos María et altri. *INFORME DEL MINISTERIO DE SANIDAD SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS EN SITUACIONES DE PANDEMIA: EL SARS-COV-2*.
- RUBIO SANCHÍS, Olga et altri. *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia Covid-19 en las unidades de cuidados intensivos*. Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, *Documentos de trabajo, Laboratorio de Alternativas*, nº89, 2006.
- SOLSONA DURÁN, José Felipe; ABIZANDA CAMPOS Ricardo. “Hacia la elaboración de criterios de ingreso en los servicios de medicina intensiva”. *Medicina Intensiva*. Vol. 22. 1998.
- TOLIVAR ALAS, Leopoldo: “Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, núm. Extra 1, 2007.
- Unidad de Urgencias Hospitalarias, estándares y Recomendaciones, Informes, estudios e investigación 2010. Ministerio de sanidad y política social.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Guidance For Managing Ethical Issues In Infectious Disease Outbreaks*. [online] 2016.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. GÉNESIS, EVOLUCIÓN, FUNDAMENTOS Y BREVE COMPARACIÓN CRÍTICA CON EL MODELO ESPAÑOL

FECHA DE ENVÍO: 5 DE OCTUBRE DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 5 DE NOVIEMBRE DE 2020

**Noelia
Martínez Doallo**

*Doctora en Derecho
Grupo de investigación Filosofía, Constitución y Racionalidad
Universidade da Coruña*

SUMARIO

I. Introducción. II. Génesis y evolución del consentimiento informado en la jurisprudencia estadounidense. 1. Las primeras decisiones basadas en *battery*. 2. El caso *Natanson* y la “teoría de la negligencia” (*negligence theory*). 3. El caso *Canterbury* y el desarrollo del consentimiento informado 4. La expansión del estándar objetivo y su posterior retroceso. **III. Fundamentos básicos de responsabilidad médica por inobservancia del consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos.** 1. *Battery theory of liability vs. negligence theory of liability*. 2. Los estándares de información. 3. Límites al consentimiento informado del paciente. **IV. El consentimiento informado del paciente en los *malpractice statutes*.** **V. La protección constitucional del consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos.** **VI. Breve comparación crítica con el modelo español de protección.** **VII. Bibliografía.** 1. Doctrina. 2. Normativa.

RESUMEN

El análisis de la protección jurídica del consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos de América pasa ante todo por considerar las soluciones proporcionadas por el common law, sin perjuicio de las previsiones establecidas en las diversas legislaciones estatales en la materia y la posible vía de protección constitucional, aun cuando se constatan ciertas dificultades que no han de ser consideradas insalvables.

El presente artículo se propone ofrecer una revisión pormenorizada acerca del origen, la evolución y los fundamentos de la protección jurídica del consentimiento informado en el ámbito asistencial ofrecida por el ordenamiento jurídico norteamericano, para

posteriormente realizar un somero estudio comparativo con la regulación española.

PALABRAS CLAVE

Autonomía, common law, consentimiento informado, integridad física y moral, paciente, privacy, responsabilidad médica.

ABSTRACT

A legal analysis on the informed consent of the patient primarily requires considering the common law, regardless of solutions provided by the malpractice statutes and a promising constitutional protection route, despite the ascertainment of some preventable shortcomings.

This paper aims to offer a comprehensive review on the genesis, advancement and basis of the U.S. legal protection of the informed consent in the healthcare extent, to afterwards carry out a brief comparative study with the Spanish regulation.

KEYWORDS

Autonomy, common law, informed consent, medical liability, patient, physical and moral integrity, privacy.

I. INTRODUCCIÓN

Un análisis pormenorizado del consentimiento informado en el sistema jurídico norteamericano necesariamente requiere el estudio de las particularidades presentes en las diversas jurisdicciones estatales de dicho país, diferencias que además suelen sufrir considerables transformaciones en espacios temporales relativamente cortos, dejando rápidamente obsoleto cualquier estudio al respecto. Lejos de pretender una visión pormenorizada de todos y cada uno de los detalles que perfilan al consentimiento informado en las distintas jurisdicciones que componen el panorama jurídico estadounidense en materia de consentimiento informado del paciente, se pretenden trazar aquí las líneas esenciales que subyacen a dicha regulación con el objetivo de ofrecer una panorámica general de los principales aspectos que lo configuran para, en última instancia, señalar los principales puntos de encuentro y posibles diferencias con el régimen jurídico español.

El estudio del régimen jurídico del consentimiento informado del paciente en los Estados Unidos conduce principalmente al Derecho de daños (*tort law*). A pesar de que no sería inverosímil la articulación de una protección constitucional¹, se trata de una vía todavía por explorar en sede del sistema jurídico estadounidense y presenta ciertas dificultades: principalmente, asentar el consentimiento informado como una manifestación del derecho a la *privacy*, entendido como un derecho fundamental, y salvar la denominada *state action doctrine* que, al menos *a priori*, constituye un escollo al efecto horizontal de los derechos constitucionales.

La regulación del consentimiento informado en los Estados Unidos se inserta en la tradición anglosajona del *common law*, en donde un “daño” (*tort*) es concebido como la causación intencional o negligente de un perjuicio necesariamente

conmensurable en términos económicos². La aplicación de estos presupuestos al consentimiento informado en el ámbito sanitario suscita dudas acerca de la identificación del daño, que puede ser concebido como la simple omisión injustificada por los profesionales sanitarios de la obtención de la autorización del paciente aun en ausencia de un resultado lesivo en el cuerpo del paciente, o como la producción de un resultado físico lesivo para el paciente derivado de un procedimiento médico autorizado a partir de una información asistencial defectuosa en atención al estándar aplicable. Esta duplicidad parece responder a la estructura compleja o en dos fases del consentimiento informado, en tanto que se compone de una fase informativa previa y auxiliar de una posterior fase decisoria, “núcleo duro”³ del consentimiento informado. Adicionalmente, algunos tribunales norteamericanos han visto la existencia de un daño en la pérdida de la oportunidad del paciente, quien al no contar con determinada información, no pudo tomar una decisión verdaderamente informada⁴.

Desde su origen, la explicación del consentimiento informado se ha vinculado al respeto a la autonomía del paciente, principio íntimamente relacionado con las nociones de vida privada, voluntariedad, autodeterminación, libertad de decisión, libertad de conciencia y responsabilidad por los actos propios⁵. Las ideas de autonomía personal y autodeterminación presuponen una concepción de la persona como capaz para elegir y actuar de manera autónoma, surgiendo problemas en los supuestos de incapacidad natural o jurídica del paciente. En el ordenamiento jurídico norteamericano, el derecho de autodeterminación del paciente y el deber fiduciario de los profesionales sanitarios se traducen en la restricción de la actuación médica y se orientan a la

2 MASON POPE, T. & HEXUM, M.: “Legal briefing: informed consent in the clinical context”, *The Journal of Clinical Ethics*, vol. 2, núm. 2, 2014, p. 157.

3 La expresión “núcleo duro” ha sido acuñada por García Llerena, *vid.* GARCÍA LLERENA, V.M.: Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: la integridad física en investigación y medicina, Madrid, Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)-Junta General del Principado de Asturias, 2012.

4 Este planteamiento, combinado con la adopción de un estándar objetivo, es el acogido por el Tribunal Supremo de Hawái en 2011, al afirmar que, en atención a la legislación hawaiana en materia de consentimiento informado, el paciente que alega la vulneración de su consentimiento informado con base en la ausencia de información acerca de los tratamientos alternativos disponibles no necesita probar la presencia de un daño derivado del riesgo no comunicado, sino que basta con que demuestre que una “persona prudente” habría decidido en un sentido diferente si hubiera sido informada de las alternativas de tratamiento y procedimientos disponibles. *Vid.* Ray v. Kapiolani Medical Specialists, 259 P.3d 569, 572-73 (Haw. 2011), 582-583.

5 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, nota 23, p. 8. SHELEY, E.: “Re-thinking injury: the case of informed consent”, *Brigham Young University Law Review*, núm. 1, 2015, p. 63.

1 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A history and theory of informed consent, Oxford University Press, New York, 1986, p. 23.

protección del paciente frente a intromisiones indeseadas y no consentidas⁶. Estos argumentos sugieren la posibilidad de articular una vía de protección constitucional de las posiciones jurídicas en manos del paciente. En este sentido, el consentimiento informado podría vincularse al derecho a la *privacy*, que previene la comisión de una intromisión dañina en la vida privada del titular.

Al margen de esta posible vía de protección constitucional, la jurisprudencia estadounidense ha descrito el consentimiento informado como un derecho del paciente, siendo su mayor preocupación la delimitación de los deberes que recaen sobre los profesionales sanitarios y cuya inobservancia previsiblemente supondrá la aparición de un daño, ya sea este físico o moral⁷. En la práctica, cobra especial importancia la determinación del estándar de información asistencial, pues la mayoría de demandas suelen alegar la ausencia de cierta información considerada relevante a los efectos de asistir la decisión del paciente. En líneas generales, se pueden señalar tres tendencias básicas a la hora de determinar dicho estándar. La primera se basa en aquella información que los profesionales sanitarios determinan como relevante para el proceso decisorio (*professional standard*). En segundo lugar, otra tendencia emplea la idea de paciente razonable, prudente o promedio para determinar la información asistencial exigible (*objective standard*). Por último, en el extremo opuesto al estándar profesional se sitúa el estándar subjetivo (*subjective standard*), que apunta al criterio del paciente concreto en la determinación de aquella información relevante para la adopción de una decisión que afecta a su salud. Esta diversidad de estándares de información, sumada a su constante evolución, ha implicado considerables problemas en la práctica de las profesiones sanitarias en los Estados Unidos, al generar incertidumbre respecto del estándar aplicable al caso concreto.

II. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE

El primer caso en materia de consentimiento informado se remonta a la Inglaterra de finales del s. XVIII, en el que los demandados basaron su

defensa en un supuesto de *trespass*⁸, mientras que el demandante alegó la mala praxis (*malpractice*) de los profesionales sanitarios, alegato que finalmente fue aceptado por el tribunal. Durante el s. XIX, todos los casos en materia de consentimiento del paciente presentes en la jurisprudencia estadounidense fueron planteados y resueltos en términos de negligencia médica (*negligence*) apoyada en la mala praxis de los facultativos condenados, si bien a partir de 1889 comienzan a articularse como supuestos de *battery*. En esta primera etapa remota, la protección del consentimiento informado otorgada por los tribunales se sustentaba en el principio de la beneficencia médica, al concebirse como una exigencia para el correcto desempeño de la profesión, pero no como un verdadero derecho del paciente⁹. En los primeros años del s. XX, comienza a generalizarse el recurso a la negligencia médica y al estándar profesional o de la práctica médica. No obstante, una vez establecida la naturaleza y el ámbito de la autorización proporcionada por el paciente, la cuestión era considerada en términos de *battery*. Además, a pesar de que la regla general era la obtención expresa del consentimiento del paciente, en determinados casos se aceptó un consentimiento implícito, y en aquellos casos en los que la actuación médica efectivamente desempeñada careciera de todo consentimiento del paciente, el ilícito era jurídicamente calificado como una “agresión” (*assault*) o una “violación” (*trespass*) de la integridad física del paciente¹⁰.

1. Las primeras decisiones basadas en *battery*

El caso *Mohr v. Williams* (1905) fue resuelto en términos de *battery*, invocándose la violación de los derechos a la libertad, la autodeterminación y el derecho básico a la protección de la integridad física individual frente a intromisiones no autorizadas. En este caso, el tribunal afirmó que un consentimiento válido requiere la comprensión por el paciente de los peligros y riesgos de la intervención médica propuesta, así como la oportunidad de considerarlos en su decisión, de manera que el consentimiento informado no solo constituye un simple permiso para realizar una intromisión física (*touch*), sino que se integra en un proceso de decisión plena¹¹. En este sentido, el consentimiento no se reduce a una simple autorización que permite lo que de otro modo constituiría un supuesto de *battery*, sino que responde a

6 SCHUCK, P.H.: “Rethinking informed consent”, *The Yale Law Journal*, vol. 103, 1994, p. 916. FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, p. 25.

7 Acerca de la noción de “daño” en la doctrina norteamericana, *vid.* ZIPURSKY, B.C. & GOLDBERG, J.C.P.: “Torts as wrongs”, *Texas Law Review*, vol. 88, núm. 5, 2010, pp. 917 y ss.

8 *Vid.* Slater v. Baker & Stapleton, 2 Wils KB 359, 95 Eng Rep 860, 1767. Caso asimilable a un supuesto de *battery*.

9 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, p. 119

10 COFFEY, P.V.: “Assault on informed consent”, *New York State Bar Journal*, vol. 48, núm. 6, 1976, p. 447.

11 *Mohr v. Williams*, 95 Minn. 261, 104 N.W. 12 (1905).

la necesidad de asegurar que el paciente efectivamente toma una decisión acerca del tratamiento o intervención propuesta.

El caso *Rolater v. Strain* (1913) también ejemplifica la aplicación de la *battery theory* en materia de consentimiento informado. El tribunal de *Rolater* determinó que la operación quirúrgica no se había realizado en los términos acordados, de modo que el paciente no pudo consentir la intervención efectivamente practicada, lo que condujo a la declaración de ausencia total de consentimiento¹².

Por su parte, en el emblemático caso *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914) el requisito relativo al consentimiento se fundó en el derecho de autodeterminación del paciente, equivalente jurídico del principio moral de respeto a la autonomía. En este caso, el juez Cardozo afirmó que “un cirujano que opera sin el consentimiento de su paciente comete *assault*, por lo que es responsable de los daños”¹³. En la resolución de este caso, el tribunal afirmó el derecho de los pacientes a proteger su inviolabilidad personal, lo que se tradujo en la posibilidad de decidir acerca de su sometimiento a un tratamiento o intervención médica. La inobservancia de los deberes correlativos a este derecho del paciente constituye una intromisión física no autorizada, configurándose así como un supuesto de *battery*, con independencia de la pericia con la que el facultativo haya administrado el tratamiento o realizado la intervención, e incluso aunque se haya obtenido un resultado beneficioso para el paciente.

Las resoluciones de estos primeros casos se apoyaron las unas en las otras contribuyendo al desarrollo una teoría de la responsabilidad basada en supuestos de *battery* y el derecho de autodeterminación del paciente que progresivamente se configuró como el principal fundamento del requisito de consentimiento¹⁴, explicación que rebasó aquella concepción que reducía el consentimiento al derecho a no ser físicamente traspasado y que algunos autores han atribuido a estos primeros casos¹⁵.

Durante las primeras dos décadas de la segunda mitad del s. XX, el derecho al consentimiento incorporó el deber de suministrar determinada información como paso previo a la obtención de la

autorización del paciente. Esta evolución permitió el empleo de la expresión “consentimiento informado”, pues hasta entonces solo era posible hablar de “consentimiento básico”. En este sentido, el tribunal del caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957) consideró el deber del médico de revelar cualquier hecho necesario para la formación de una base sobre la que el paciente pueda ejercitar un consentimiento inteligente¹⁶. Este nuevo deber de revelación de los riesgos y alternativas de tratamiento constituyó una extensión lógica del ya establecido deber de información acerca de la naturaleza y las consecuencias del tratamiento o intervención médica propuesta. El tribunal de *Salgo* abordó el problema de la calificación del consentimiento como informado en el momento de su otorgamiento, fundamentándolo en el derecho de autodeterminación del paciente. El caso *Salgo* se articuló como un supuesto de *malpractice* en el que se reunieron por primera vez las dos teorías de la responsabilidad: *battery* y *negligence*. De este modo, el tribunal moderó la extensión del tradicional análisis relativo a supuestos de *battery* para compatibilizar el requisito de revelación “completa” con la discrecionalidad médica¹⁷. Con todo, antes del caso *Salgo*, los tribunales estadounidenses ya acudían al juicio médico para moderar los deberes correlativos a la autonomía del paciente¹⁸.

En su comentario de 1957, Allan McCoid, a partir de su convicción acerca de la posibilidad de encontrar un único fundamento para todos los casos de *malpractice*, trató de determinar si realmente *negligence* y *battery* atendían a realidades irreconciliables o si, por el contrario, era posible emplear un único estándar para todos los casos en los que se constata una conducta inadecuada de los profesionales sanitarios. McCoid observó que en la mayoría de casos en los que el procedimiento médico consentido era diferente al realmente realizado, los tribunales solían aplicar los presupuestos de la *battery*, aunque en ciertas excepciones aplicaban la teoría de la negligencia, a veces por mera coherencia con la articulación de la demanda y otras simplemente porque otorga un plazo de interposición más amplio. Sin embargo, fueron otros los motivos que llevaron a McCoid a decantarse por el recurso a la *negligence*, pues a pesar de que en los casos de tratamiento no

12 *Rolater v. Strain*, 39 Okla. 572, 137 P. 96 (1913).

13 “A surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages”, *vid. Schloendorff v. Society of N.Y. Hosp.*, 211 N.Y. 125, 129-30, 105 N.E. 92, 93 (1914).

14 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, p. 123-124.

15 KATZ, J.: *The silent world of doctor and patient*, New York, Free Press, 1984, p. 50.

16 *Salgo v. Leland Stanford Jr. Univ.*, 317 P.2d 170 (Cal. Ct. App. 1957).

17 “In discussing the element of risk a certain amount of discretion must be employed consistent with the full disclosure of facts necessary to an informed consent”, 154 Cal. App. 2d-578, P.2d-181. *Vid. FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory...*, *op. cit.*, nota 39, p. 127.

18 Con anterioridad, las dos perspectivas solo habían sido yuxtapuestas en el caso inglés *Slater v. Baker and Stapleton* (1767). *Vid. FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory...*, *op. cit.*, nota 42, p. 127.

autorizado los requisitos de *battery* eran satisfechos, generalmente los profesionales sanitarios actúan de buena fe y en beneficio de sus pacientes, lo cual se contradice con el presupuesto de la intencionalidad presente en la *battery*¹⁹. A partir de entonces, la percepción de que el recurso a la *battery* debía estar muy tasado se generalizó en los tribunales de diferentes jurisdicciones estadounidenses, si bien ello no paralizó el recurso a la *battery theory* con posterioridad a la resolución del caso *Salgo*²⁰.

En el caso *Gray v. Grunnagle* (1966)²¹, el tribunal definió el consentimiento como una realidad necesariamente acompañada de un proceso deliberativo²². En *Berkey v. Anderson* (1969), el jurado concluyó que en atención a los hechos probados la declaración del profesional había sido engañosa²³, por lo que el deber de revelación se conectó con la regulación jurídica en materia de fraude y engaño²⁴. El engaño permitió determinar un consentimiento no basado en la información y, consiguientemente, inválido. Del carácter fiduciario de la relación médico-paciente se derivó un deber de revelación “completa”, estableciéndose la medida de este deber en “si el doctor había otorgado suficiente información acerca de la naturaleza de un mielograma, de modo que el paciente había podido decidir de manera inteligente si deseaba someterse a dicha prueba”, introduciéndose así un estándar de información centrado en el paciente²⁵. Por último, en *Cooper v. Roberts* (1971), el tribunal afirmó que el interés primario presente en el consentimiento informado es “informar al paciente de todos los hechos materiales a partir de los que puede realizar una elección inteligente acerca del curso de su tratamiento, independientemente de si este elige o no de manera racional”²⁶. El tribunal rechazó el estándar profesional de revelación de la información aplicado en los

casos de *negligence* en favor del estándar de la persona razonable, al considerarlo más respetuoso con la autonomía del paciente y más coherente con “el interés por el desarrollo de la práctica responsable y progresiva de la medicina”²⁷.

Una vez asentada la noción de autodeterminación como el fundamento de los supuestos de *battery*, junto a la tesis mixta presente en el caso *Salgo*, se alegaron intereses adicionales para la formación del requisito del consentimiento. Como ya se ha avanzado, el tribunal del caso *Salgo* equilibró los intereses en disputa mediante la discrecionalidad médica, que eventualmente sería incorporada mediante el estándar profesional, al considerar la costumbre de la práctica del médico razonable en la definición del deber de revelación. Algunos tribunales asentaron el deber de revelación en la *battery*, mientras que otros lo consideraron como una cuestión de *negligence*²⁸. No obstante, en múltiples ocasiones el incumplimiento del deber de información derivaba del mero descuido, error u olvido por los profesionales sanitarios, configurándose estos casos como supuestos de *malpractice* desprovistos de aquella omisión intencional necesaria para la calificación de los supuestos de *battery*²⁹, razón que llevó a los tribunales estadounidenses a generalizar el recurso a la *negligence theory* para la solución de los casos en materia de consentimiento informado en el ámbito asistencial.

2. El caso *Natanson* y la “teoría de la negligencia” (*negligence theory*)

En *Natanson v. Kline* (1960), el Tribunal Supremo de Kansas estableció por primera vez de manera explícita la responsabilidad del médico por la falta de consentimiento informado con base en un supuesto de *negligence*, en lugar de en la *battery theory*³⁰. El tribunal estableció el deber de información como la obligación de “revelar y explicar al paciente en un lenguaje tan simple como sea necesario la naturaleza de la enfermedad, la naturaleza del tratamiento propuesto, las probabilidades de éxito del mismo y de las alternativas, así como los

19 MCCOID, A.: “A reappraisal of...”, *op. cit.*, p. 381. *A contrario*, Grant H. Morris ha señalado que “la ausencia de una intención hostil o un motivo malicioso, la ausencia de un propósito de dañar, o la existencia de buena fe en el demandado en la realización del contacto no excluye la imposición de responsabilidad extracontractual”, *vid.* MORRIS, G.H.: “Dissing disclosure: just what the doctor ordered”, *Arizona Law Review*, vol. 44, 2002, pp. 313, 320. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=309641 (última visita 12/06/2020).

20 Algunos ejemplos de este desarrollo lo constituyen los casos *Gray v. Grunnagle* [423 Pa. 144 (1966)], *Berkey v. Anderson* (Civ. No. 33136. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division Five. November 18, 1969) y *Cooper v. Roberts* [220 Pa. Superior Ct. 260 (1971)].

21 423 Pa. 144, 223 A.2d 663 (1966).

22 En palabras del juez Joseph Story, *vid.* 223 A.2d, 669.

23 1 Cal. App. 3d 805, 82 Cal. Rptr., 77.

24 1 Cal. App. 3d 790, 82 Cal. Rptr., 67 (1969).

25 37 Cal. App. 3d 805, 82 Cal. Rptr., 77, 78.

26 220 Pa. Super. 260, 286 A.2d 647 (1971).

27 “This gives maximum effect to the patient’s right to be the arbiter of the medical treatment he will undergo without either requiring the physician to be a mindreader into the patient’s most subjective thoughts or requiring that he disclose every risk lest he be liable for battery. The physician is bound to disclose only those risks which a reasonable man would consider material to his decision whether or not to undergo treatment. This standard creates no unreasonable burden for the physician”. *Id.* 286 A.2d, 650.

28 LUDLAM, J.E.: *Informed consent*, Chicago, American Hospital Association, 1978, p. 23.

29 MCCOID, A.: “A reappraisal of...”, *op. cit.*, p. 387.

30 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093; 187 Kan. 186, 354 P.2d 670.

eventuales riesgos derivados de resultados desafortunados y condiciones imprevisibles del cuerpo”. En esencia, el tribunal requirió la misma extensión del deber de información presente en *Salgo*. Este deber de información se fundó en el mismo concepto fuerte de autodeterminación (esto es, “la completa autodeterminación”³¹) alegado en el caso *Schloendorff*, basado en un supuesto de *battery*. El tribunal de *Natanson* se centró en la importancia de la información para la garantía del proceso decisorio. Con todo, la razón por la que este caso fue resuelto con fundamento en la *negligence* atiende principalmente a que el demandante había interpuesto la acción en estos términos³². El tribunal sostuvo que el médico tenía el deber de informar de manera razonable sobre los riesgos y peligros del tratamiento o, en otro caso, enfrentarse a una posible responsabilidad por mala praxis. En la resolución se explica que incluso cuando el médico haya suministrado alguna información pertinente, ello no excluye la cuestión de su suficiencia que ha de ser determinada mediante el estándar del médico razonable³³.

En este caso, el tribunal determinó que el mero consentimiento del paciente no excluía la responsabilidad del médico asentada en la *negligence*, incluso cuando el procedimiento médico hubiera sido correctamente realizado desde una perspectiva técnica, pues el daño deriva de un riesgo conocido e inherente al procedimiento médico practicado y no comunicado al paciente, omisión que determina la responsabilidad del profesional sanitario. Ello supuso una novedad en los supuestos de *malpractice*, a diferencia de los casos de *battery* en los que un tratamiento perfectamente administrado sin la autorización del paciente supone la responsabilidad del médico. Después de *Natanson*, *battery* y *negligence* se presentaron como virtualmente idénticas en cuanto a los requisitos de revelación de la información en materia de consentimiento informado. No obstante, la diferencia más significativa descansa en el estándar de información, pues mientras que en el caso *Natanson* se aplicó el “estándar del médico razonable” en un sentido próximo a la discrecionalidad que en el caso *Salgo* se concedió al médico, en los casos de *battery* posteriores a *Salgo* los tribunales recurrieron al “estándar de la persona razonable”.

La aplicación de la *negligence* requiere que del procedimiento médico practicado se derive un resultado lesivo. Así pues, para determinar la responsabilidad se ha de comprobar que de haberse observado el deber de información no se habría producido el

daño, en tanto que el paciente no habría consentido ni se habría sometido a la intervención médica propuesta. Por su parte, en los supuestos de *battery* el daño procede del simple contacto físico no consentido por el paciente, sin que la presencia de un resultado físico lesivo sea necesaria para la indemnización de los daños morales derivados de la propia violación de su derecho. En la práctica de los tribunales, la controvertida aplicación de la *negligence* acabó originando una teoría híbrida de la responsabilidad orientada a mitigar los problemas probatorios a los que se enfrentaba el demandante mediante la introducción de elementos más característicos de la *battery* aplicada a los supuestos de consentimiento informado.

3. El caso *Canterbury* y el desarrollo del consentimiento informado

A principios de los años 70, ya coexistían dos líneas diferenciadas en materia de consentimiento informado: aquellos supuestos en los que se seguía aplicando *battery* y los casos de *negligence* en los que regía el estándar de la práctica profesional. La elección de una u otra vía no afectó al reconocimiento de la autodeterminación como el fundamento del derecho del paciente por los tribunales, pues también en los supuestos de *negligence* se acudió al principio de autonomía para establecer la premisa fundacional de la doctrina jurídica del consentimiento informado.

En 1972, los casos *Canterbury v. Spence*³⁴, *Cobbs v. Grant*³⁵ y *Wilkinson v. Vesey*³⁶ ejemplifican el recurso a la negligencia para la resolución de las demandas fundadas en la presunta violación del consentimiento informado del paciente. Esta trilogía de decisiones llevó a muchos autores a pensar que el estándar de la práctica profesional sería rápidamente remplazado por el estándar objetivo de la persona razonable. Sin embargo, este nuevo estándar no tuvo un éxito inmediato tan rotundo, aunque supuso una importante minoría en la jurisprudencia estadounidense. En las tres decisiones mencionadas, se conservan algunas de las características propias de los supuestos de *battery*, insertas ahora en la doctrina de la *negligence*. El resultado de esta mezcla de elementos ha resultado en la aparición de una tesis híbrida o mixta.

Quizás el caso más famoso de entre los anteriormente mencionados sea *Canterbury*. En este caso, el tribunal explicó el deber de información desde

31 “Thorough-going self-determination”, *vid.* 186 Kan., 406-07, 350 P.2d, 1140.

32 *Ibid.* 354 P.2d, 672.

33 *Ibid.* 354 P.2d, 675.

34 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).

35 104 Cal. Rptr. 505, 502 P.2d 1 (1972).

36 295 A.2d 676 (R.I. 1972).

una interpretación rígida del derecho de autodeterminación, al derivar el deber de los profesionales sanitarios de suministrar una información razonable a partir del carácter fiduciario de la relación médico-paciente. Para llegar a esta conclusión, el tribunal conectó el deber de información con el deber general de cuidado recogido en el Derecho de *malpractice*, es decir, el deber de actuar en el mayor interés del paciente, fácilmente interpretable en términos de beneficencia, en tanto que proporcionar una información adecuada puede ser tan importante para el cuidado del paciente como el diagnóstico o el tratamiento. Adicionalmente, la provisión de información sobre los riesgos ayuda a maximizar el bienestar, al promocionar una conducta personal situada fuera del ámbito de la relación asistencial desde una perspectiva técnica. Sin embargo, el tribunal de *Canterbury* fue todavía más lejos al afirmar que: “el contexto en el que surge el deber de revelación de los riesgos es invariablemente la ocasión en la que se determina si un procedimiento médico será realizado (...). Para posibilitar que el paciente trace este curso de manera comprensible, es esencial familiarizarlo con las alternativas terapéuticas y sus peligros”³⁷. Este tribunal concibió el deber de información como parte del deber de cuidado debido, fusionando ambos deberes y asumiendo que las elecciones personales del paciente y las obligaciones inherentes al compromiso del médico se orientan al mismo fin, lo cual no deja de ser discutible. El tribunal de *Canterbury* fue más lejos que sus predecesores al fusionar ambos deberes y priorizar la decisión del paciente.

Aunque el estándar profesional es coherente con una causa fundada en la doctrina de la negligencia como la adoptada en *Canterbury*, el tribunal de este caso lo rechazó al negar que la causa de la acción ejercitada por el paciente dependiera de la presencia y omisión de una tradición profesional relevante. En este sentido, afirmó que “el respeto al derecho de autodeterminación del paciente requiere un estándar legalmente establecido dirigido a los médicos, pero no uno que los médicos puedan (o no) imponerse a sí mismos”³⁸. La extensión de la información requerida ha de ser exclusivamente determinada mediante un estándar objetivo relativo a la persona razonable que considere aquello que es sustancial para la decisión del paciente, pues la evaluación de riesgos y beneficios por el paciente no es una habilidad profesional conmensurable a través de estándares profesionales, ni constituye un juicio profesional concreto. El tribunal reconoció que, efectuado el juicio profesional, mostrar una mayor condescendencia con el juicio médico en el desarrollo y presentación

de la información al paciente va necesariamente en detrimento del derecho de autodeterminación del paciente³⁹.

Por lo demás, el tribunal de *Canterbury* subrayó la necesidad de demostrar una causa próxima en los casos de *negligence*. Desde una perspectiva jurídica, la causación constituye un concepto estructurado que identifica la responsabilidad por el resultado. En la *negligence theory*, se traduce en la conexión causal entre el quebrantamiento del deber del médico relativo a la adecuada revelación de la información asistencial y el daño padecido por el paciente. Ello conduce al problema de la elección de un método de prueba aceptable que permita demostrar que el paciente no habría elegido someterse al procedimiento médico si se hubiera suministrado la información de manera adecuada. En los primeros casos en materia de consentimiento informado, los tribunales estadounidenses aplicaron una regla subjetiva, examinando si el paciente concreto habría consentido o rechazado la propuesta de tratamiento o intervención en el caso de haber sido adecuadamente informado, debiendo el jurado alcanzar una conclusión mediante la evaluación de la credibilidad del testimonio del paciente. Sin embargo, casi todas las jurisdicciones que han adoptado, expresa o tácitamente, este estándar subjetivo para determinar la causación la aplican junto con el estándar de la práctica profesional. Para estos tribunales, el factor decisivo no es la causación, sino la extensión del deber de revelación de la información asistencial establecido por el testimonio pericial del médico.

La regla subjetiva de causación, junto al estándar subjetivo, han sido acusados de colocar al médico a merced de la retrospectiva de un paciente enfadado y resentido. Con la intención de proteger a los profesionales de la medicina, el tribunal de *Canterbury* regresó al estándar de causación objetivo, establecido en atención a lo que una persona razonable situada en las circunstancias concretas del paciente habría decidido en caso de que hubiera sido otorgada una información adecuada⁴⁰. Así pues, rehusó el estándar subjetivo, rechazando con ello la idea de la mera evaluación de la credibilidad del paciente, al considerar que “para resolver la cuestión de la causalidad desde una base objetiva, es necesario adoptar un criterio que considere lo que una persona prudente en la posición del paciente habría decidido si hubiera sido adecuadamente informada”⁴¹. Por consiguiente, el tribunal adoptó un estándar objetivo relativo a la persona razonable para la determinación

37 464 F.2d, 781.

38 464 F. 2d, 783, 784.

39 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, p. 136.

40 *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d, 791.

41 464 F.2d, 791.

de la causa próxima, pudiendo este ser interpretado de modo que solo las necesidades de información de una persona razonable sean merecedoras de protección legal, extremo que generó todavía más problemas⁴².

No obstante, se ha objetado que la regla de causalidad objetiva adoptada por el tribunal de *Canterbury* es incoherente con la protección del derecho de autodeterminación. Además, se ha alegado que la adopción de un estándar subjetivo no resultaría excesivamente gravosa para los profesionales sanitarios, en tanto que el mecanismo de examinación cruzada y los argumentos alegados por la defensa son suficientes para que el jurado pueda efectuar un juicio razonable de la credibilidad del paciente acerca de que bajo tales circunstancias el procedimiento médico habría sido rechazado. Sin embargo, los proponentes de la causalidad objetiva señalan que el jurado debería evaluar el testimonio a la luz de la posición concreta del paciente, pues se trata de juzgar si la disputa del paciente resulta razonable y convincente. Al margen de estas discrepancias, lo cierto es que tanto el *common law* como la legislación de los estados tienden a favorecer la aplicación del estándar objetivo⁴³.

Los casos *Cobbs v. Grant* y *Wilkinson v. Vesey* siguieron de cerca la doctrina establecida en *Canterbury*. En el caso *Wilkinson*, el tribunal se refirió a la “información material” como aquella “importante para una persona razonable, en cuya posición el médico sabe o debería saber que su paciente se sitúa, y que debería abordar la revelación de los riesgos y peligros de la decisión acerca de si someterse o no al tratamiento o cirugía propuesta”⁴⁴. En el caso *Wilkinson* se instauró la obligación del médico de “revelar todos los riesgos materiales que sean conocidos referidos al procedimiento médico propuesto”⁴⁵.

Es posible señalar ciertas diferencias importantes entre la teoría de *negligence* empleada en *Natanson* y la nueva trilogía *Canterbury-Cobbs-Wilkinson*, ya que en la trilogía de 1972 se combinan características de la *negligence* y la *battery* en el marco de una nueva aproximación que persigue un equilibrio más justo que el alcanzado en la línea jurisprudencial seguida en *Natanson* acerca del derecho de autodeterminación y las exigencias derivadas

de la relación médico-paciente, así como las complejidades propias de este escenario jurídico⁴⁶.

4. La expansión del estándar objetivo y su posterior retroceso

En el caso *Truman v. Thomas* (1980) se abordó la cuestión relativa al deber de revelación de los riesgos de no someterse al tratamiento⁴⁷, semejante al establecido para los supuestos de revelación de las alternativas disponibles al tratamiento propuesto. Con frecuencia la omisión del tratamiento constituye la única alternativa al procedimiento médico propuesto y la importancia del derecho a decidir sobre el propio cuerpo no se limita por el tipo de decisiones que se tomen. La cuestión de la omisión del tratamiento o intervención médica no es recogida por la doctrina de la *battery*, pues esta solo incluye aquellos casos en los que se ha producido una intromisión física desprovista de autorización⁴⁸, de manera que al no haberse producido una intervención, no hay acción posible con fundamento en *battery theory*. Un requisito de revelación solo basado en la *battery* debe perseguir la autorización de intervenciones que, de no contar con ella, implicarían un contacto físico injustificado.

El tribunal del caso *Truman* no consideró la existencia de una invasión en el requisito de un rechazo informado. Al margen de la naturaleza de la *battery*, la comprensión de la fundamentalidad de la autodeterminación va más allá de este requisito físico básico. Pero en tanto que por definición los supuestos de *battery* versan sobre la integridad física, dicha teoría de la responsabilidad no permite incluir la importancia y el valor de la decisión de los pacientes acerca del tratamiento médico cuando esta no permita una intromisión física, única limitación irrefutable para el uso de *battery*. Por el contrario, la *negligence* si permite reconocer el valor del derecho de decisión de los pacientes, incluso cuando la decisión preceda a la intromisión. El razonamiento efectuado en el caso *Truman* reforzó la autodeterminación como la justificación del consentimiento informado mediante la protección del derecho de

42 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, p. 137.

43 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A history and theory..., *op. cit.*, p. 35. PLANTE, M.L.: “The decline of «informed consent»”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1978, pp. 91 y ss. MEISEL, A. & KABNICK, L. D.: “Informed consent to...”, *op. cit.*, pp. 441-443.

44 295 A.2d, 689.

45 *Id.*

46 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, p. 138.

47 165 Cal. Rptr. 308, 611 P.2d 902 (Cal. 1980).

48 En el caso *Malloy v. Shanahan*, 421 A.2d 803 (Pa. Sup. Ct. 1980), el mismo tribunal que resolvió los casos *Gray v. Grunnagle* y *Cooper v. Roberts*, rechazó el empleo de la doctrina acerca del consentimiento informado en el supuesto de prescripción de medicamentos, al constatar que no se había producido contacto físico alguno. Sin embargo, otros tribunales aplicaron *battery* en supuestos de tratamientos no invasivos, en tanto que habían provocado efectos sobre los pacientes. *Vid.* FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, nota 90, pp. 138 y 148.

decisión del paciente, que no aparece comprometido por la limitación de la teoría legal empleada. Asimismo, la decisión del caso *Truman* subrayó la necesidad de desarrollar una teoría del consentimiento informado independiente de las limitaciones derivadas de la demarcación y diferenciación entre *battery* y *negligence*⁴⁹.

Tres años después de *Canterbury*, el Tribunal Supremo de Wisconsin adoptó el estándar objetivo en el caso *Scaria v. St. Paul Fire and Marine Ins. Co.* (1975)⁵⁰. Como respuesta a esta decisión, el parlamento de Wisconsin enmendó su legislación para incluir la nueva descripción de los elementos relativos al deber de información en materia de consentimiento informado⁵¹. La nueva norma también estableció algunas excepciones que ya habían sido apuntadas por dicho tribunal⁵². Este estándar requería determinar la información que un paciente objetivo querría saber, situando sobre los profesionales sanitarios la carga de evaluar la capacidad del paciente para comprender los riesgos inherentes al procedimiento y estimar qué información no sería accesible para este. Con posterioridad, la diferencia entre lo que un paciente objetivo querría saber y lo que un médico debería determinar como más allá de la comprensión del paciente se convertiría en una cuestión de litigio ante los tribunales de Wisconsin.

Una preocupación derivada de la incorporación del estándar objetivo era la posibilidad de que los litigios relativos a cuestiones de consentimiento informado desencadenaran *de facto* la responsabilidad objetiva del médico por los eventuales resultados físico-lesivos⁵³. En este sentido, aunque el testimonio experto aportado por el demandante no pudiera probar la negligencia médica derivada de la inobservancia del estándar de cuidado por el demandado, el médico podría resultar igualmente responsable si el

jurado determinase que la información suministrada no había sido la adecuada. Otra preocupación derivada de la aplicación del estándar objetivo procedía de la ausencia de aportar testimonio experto de modo necesario acerca de las especificaciones relativas a la información requerida. En su lugar, la cuestión consistía en responder a lo que el paciente objetivo habría querido saber, lo cual no requiere el juicio de un experto, sino que el estándar de información objetivo es directamente determinado por el jurado⁵⁴.

Los casos *Martin v. Richards* (1995)⁵⁵ y *Johnson v. Kokemoor* (1996)⁵⁶ ilustran la expansión del estándar objetivo en el estado de Wisconsin. En el primero de ellos, el tribunal de apelaciones amplió la cuestión de la información que debía ser proporcionada respecto del procedimiento médico propuesto a la discusión acerca de las alternativas disponibles si el diagnóstico del paciente hubiera sido distinto, en virtud de los recursos del centro médico hospitalario y su capacidad de diagnóstico derivada del equipamiento disponible⁵⁷. Por su parte, en el caso *Johnson*, el Tribunal Supremo de Wisconsin admitió el dato relativo a la experiencia del médico, cuando difiera de la de un médico promedio, como información material para la determinación del estándar objetivo, pudiendo ser considerada por el jurado la ausencia de su declaración como un indicio de consentimiento informado inadecuado. De este modo, el tribunal del caso *Johnson* amplió la información del estándar objetivo, al incluir también la experiencia del cirujano al respecto de la intervención propuesta⁵⁸. En ambos casos, *Martin* y *Johnson*, el tribunal incluyó las instalaciones médicas y la experiencia del profesional como elementos a considerar en los litigios en materia de consentimiento informado. Aunque los tribunales de otros estados adoptaron la doctrina presente en el caso *Martin* acerca de las alternativas de tratamiento, la mayoría de jurisdicciones no acogieron la doctrina del caso *Johnson* relativa al nivel de experiencia del médico⁵⁹. En este sentido, el Tribunal de Apelaciones de Connecticut rechazó en 2014 la imposición del deber de informar acerca de la experiencia del médico⁶⁰.

49 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A History and Theory..., *op. cit.*, p. 139.

50 68 Wis. 2d 1, 227 N.W. 2d 647 (1975).

51 1981 AB 941, Ch 375, Laws of 1981 (fecha publicación: 6 de mayo de 1982). *Vid.* en Wisconsin Session Laws, Volumen 2, p. 1588.

52 Excepciones referidas a pacientes incapaces para entender la información, información cuyo contenido excede lo que un médico cualificado en la misma posición debería saber, supuestos de emergencia, cuando unas probabilidades de riesgo muy bajas pudieran alarmar inadecuadamente y en perjuicio del paciente [Wis. Stat. §448.30 (1982)], excepción referida a información técnica detallada que con toda probabilidad el paciente no entendería [Wis. Stat. §448.30 (2) (1982)] y excepción referida a riesgos evidentes o que ya son conocidos por el paciente [Wis. Stat. §448.30 (3) (1982)].

53 MEISEL, A.: "The expansion of liability for medical accidents: from negligence to strict liability by way of IC", *Nebraska Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1977, pp. 51-52. Disponible en: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol56/iss1/4> (última visita 12/6/2020).

54 DERSE, A.R.: "Flying too close to the sun: lessons learned from the judicial expansion of the objective patient standard for informed consent in Wisconsin", *The Journal of Law, Medicine, and Ethics*, vol. 45, núm. 1, 2017, p. 53.

55 192 Wis. 2d 156 (1995).

56 199 Wis. 2d 615 (1996).

57 192 Wis. 2d 156, 531 N.W. 2d, 70 (1995).

58 199 Wis. 2d 615, 639, 545 N.W.2d 495 (1996).

59 FURROW, B.R., *et al.*: "IC: The physician's obligation", en FURROW, B.R., *et al.*, *Health law: cases, materials and problems*, West Publishing Co., St. Paul: Minn., 2013, nota 4, p. 232.

60 *Torres v. Carrese*, 149 Conn. App. 596 (Conn. App. Ct. 2014).

También el caso *Moore v. Regents of the University of California* (1990)⁶¹ muestra la expansión del estándar objetivo. En este caso, el tribunal sostuvo que el profesional sanitario incumple su deber fiduciario con los pacientes al no informarles acerca de los incentivos económicos que pueden afectar a su juicio médico. Lo cierto es que, con posterioridad, cada vez más pacientes han denunciado la propuesta de tratamientos innecesarios por sus médicos⁶² o, incluso, la omisión de tratamientos disponibles debido a incentivos económicos⁶³.

En el caso *Bubb v. Brusky* (2009)⁶⁴, el Tribunal Supremo de Wisconsin sostuvo que la legislación de Wisconsin imponía a los profesionales sanitarios el deber de informar a los pacientes de todas “las modalidades de tratamiento alternativas y viables”, incluidos los medios alternativos de diagnóstico y la descripción de los beneficios y los riesgos derivados de las diversas opciones disponibles, tales como la hospitalización, interpretada por el tribunal como una alternativa de tratamiento⁶⁵. Más significativa fue la ampliación jurisprudencial de la información abarcada por el estándar objetivo, que ya no solo incluía las diversas formas de tratamiento, sino también los medios alternativos de diagnóstico, debiéndose determinar qué medios de diagnóstico escogería el paciente objetivo. En el caso *Jandre v. Wisconsin Injured Patients and Families Compensation Fund, Physicians Ins. Co. of Wis. and Therese J. Bullis, M.D.* (2012)⁶⁶, el tribunal amplió la información que ha de revelarse con vistas a la obtención del consentimiento informado de los pacientes acerca de los “beneficios, riesgos, alternativas disponibles y la posibilidad de no tratamiento”, incluyendo también otras posibilidades de diagnóstico, el análisis que condujo al médico al diagnóstico final y las pruebas diagnósticas no realizadas por el médico que excluirían tales posibilidades. A partir de la necesidad de diagnóstico como fase previa al tratamiento, el Tribunal Supremo de Wisconsin equiparó conceptualmente diagnóstico y tratamiento, de lo que derivó la necesidad de que el consentimiento informado también incluya la revelación de las alternativas de diagnóstico consideradas por los profesionales de la medicina, aun cuando en última instancia no hayan

sido elegidas. Asimismo, los profesionales deben revelar las alternativas referidas a los medios de diagnóstico que podrían descartar ulteriores alternativas disponibles. Interpretando la legislación de Wisconsin⁶⁷, el tribunal del caso *Jandre* afirmó que “es prudente requerir la revelación de las técnicas de diagnóstico bajo ciertos hechos y circunstancias, pues la diagnosis constituye un componente esencial de las formas de tratamiento y los medios de diagnóstico son importantes para proceso decisorio de los pacientes”⁶⁸. El amplio alcance de esta decisión fue objetado a través de un voto disidente apuntado en la idea de que el consentimiento informado debería basarse en lo que el médico recomienda que se haga al paciente y no en los elementos de diagnóstico estimados por el médico⁶⁹. En suma, en estos casos el Tribunal Supremo de Wisconsin consideró como información material para el estándar objetivo no solo los elementos clásicos acerca de los beneficios, riesgos, alternativas y no tratamiento, sino también las opciones relativas a los medios diagnósticos considerados por los profesionales antes de alcanzar el diagnóstico final. Además, los nuevos elementos también incluyen el empleo de medios que descartarían los diagnósticos alternativos considerados, así como las opciones de hospitalización o seguimiento ambulatorio⁷⁰.

Debido a la presión ejercida por diversas asociaciones profesionales: *the Wisconsin Hospital Association, the Wisconsin Medical Society* y *the Wisconsin Chapter of the American College of Emergency Physicians lobbied for a legislative remedy*⁷¹, en 2013 el parlamento de Wisconsin revisó su legislación en materia de consentimiento informado, abandonando el estándar del paciente objetivo y regresando al estándar profesional del médico razonable⁷². De este modo, se estableció que “el estándar profesional es el estándar para informar al paciente bajo esta sección. El estándar profesional solo requiere la revelación de la información que un médico prudente en la misma o similar especialidad médica conocería y revelaría en tales circunstancias”⁷³.

61 51 Cal.3d 120, 793 P.2d 479 (1990) (en banc).

62 *Vid.* Barton v. Tamacek, No. 11-CV-0619-CVE-TLW, 2012 WL 4735927 (N.D. Okla. 3 October 2012-N.D. Okla. 23 August 2013).

63 Saldana v. Crane, No. 12-573 DWF/TNL (D. Minn. 4 September 2013); Pagarigan v. Aetna U.S. Healthcare of California, No. B167722, 2005 WL 2742807 (Cal. App. 25 October 2005).

64 2009 WI 91 Wis. 2d.1, 768 N.W. 2d 903.

65 *Bubb*, 2009 WI 91 § 71.

66 2012 WI 39, 330 Wis. 2d 50, 792 N.W. 2d 558.

67 Wis. Stat §448.30.

68 *Jandre*, 2012 WI 39 § 87.

69 *Ibid.*, § 301, 315 (Roggensack, Ziegler, Gableman J.J., Dissenting).

70 DERSE, A.R.: “Flying too close...”, *op. cit.*, p. 56.

71 GRAPENTINE, M.: “Jandre hearings: clarifying informed consent”, Wisconsin Medical Society, 2013.

72 2013 Wis. Act 111 (fecha publicación: 13 de diciembre de 2013).

73 “The reasonable physician standard is the standard for informing a patient under this section. The reasonable physician standard requires disclosure only of information that a reasonable physician in the same or a similar medical specialty would know and disclose under the circumstances”. *Vid.* Wis. Stat. §448.30, intro. (2013).

III. FUNDAMENTOS BÁSICOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA POR INOBSERVANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

En la actualidad, la mayoría de demandas presentadas por los pacientes alegando la infracción de los deberes de los profesionales sanitarios en materia de consentimiento informado son resueltas por los tribunales estadounidenses con base en la doctrina de la negligencia (*negligence theory of liability*)⁷⁴. Sin embargo, la protección jurídica del consentimiento informado surgió y se desarrolló a partir de la teoría de la responsabilidad basada en supuestos de *battery* (*battery theory of liability*)⁷⁵. Fruto de la convivencia de ambas doctrinas ha surgido una suerte de fórmula híbrida o mixta que combina elementos de ambas doctrinas, al presentar una función compensatoria al mismo tiempo que permite el reconocimiento de ciertos daños morales⁷⁶.

1. *Battery theory of liability vs. negligence theory of liability*

En los supuestos de *battery*, el sujeto responde por cualquier acto intencional que resulte en un contacto físico no autorizado. Por el contrario, en los casos de *negligence*, la responsabilidad nace de una conducta negligente no intencional, ya sea esta activa o pasiva, que provoca la aparición de un daño económicamente cuantificable.

Puesto que la responsabilidad por *battery* se fundamenta en un contacto físico no autorizado⁷⁷, la mera ausencia del consentimiento del paciente para la práctica de un tratamiento o intervención médica se configura como un daño⁷⁸, aun cuando el sujeto responsable haya efectivamente actuado de buena fe, sin intención de provocar un daño físico, por error al

pensar que el paciente había consentido o con vistas a la obtención de un resultado beneficioso para este, ya que la aplicación de la *battery theory* presupone la intencionalidad del sujeto responsable, no siendo necesario que el demandante demuestre la intención del demandado de infringir un daño. No obstante, en tales casos el demandado tendrá la oportunidad de demostrar que el demandante consintió el contacto físico efectuado, o que no fue posible anticipar la disconformidad del demandante.

La teoría de la responsabilidad por *battery* protege el derecho a elegir acerca de la autorización o rechazo de una intromisión física por terceros apuntalado en el derecho general de autodeterminación, equivalente jurídico al principio ético de respeto a la autonomía. Así pues, un profesional sanitario que ejecuta un procedimiento invasivo sin el permiso del paciente puede ser considerado culpable en términos de *battery*, incluso en aquellos casos en los que una “persona razonable” (*reasonable person*) habría autorizado el procedimiento médico de haber sido solicitada su autorización. En estos términos, la responsabilidad surge de la ausencia absoluta de consentimiento, cuando el consentimiento fue obtenido para un ámbito o tipo diferente respecto del procedimiento médico efectivamente practicado o cuando el médico no haya informado adecuadamente al paciente sobre las consecuencias que previsiblemente se pueden derivar del tratamiento o intervención médica realizada, si bien en este último supuesto lo habitual es el recurso a la *negligence theory*. En la aplicación de la *battery theory* a los casos de presunta vulneración del consentimiento informado del paciente, la determinación de la causación se traduce en la prueba de la existencia de un consentimiento válido y efectivo, siendo necesario un consentimiento basado en el adecuado conocimiento de la naturaleza del procedimiento médico propuesto, cuya comprensión no tiene por qué ser necesariamente extensa, sino que basta con que sea suficiente⁷⁹.

Por su parte, la *negligence theory* es aplicable a aquellos supuestos en los que el daño es provocado por una acción u omisión dañina no intencional. El recurso a la *negligence* requiere la presencia los siguientes elementos básicos: a) un deber legalmente establecido en favor del demandante, b) el incumplimiento de dicho deber por el demandado, c) un daño en el demandante cuantificable en términos económicos, d) una relación causal directa y próxima entre el perjuicio y el quebrantamiento del deber por el demandado, elemento que limita la responsabilidad al excluir la responsabilidad derivada de las

74 CHAMALLAS, M.: “Do no harm: misdiagnosing informed consent (reviewing Erin L. Sheley, Rethinking injury: ‘the case of informed consent’, *BYU L. Rev.*)”, *JOTWELL*, June 11, 2014. Disponible en SSRN: <https://torts.jotwell.com/do-no-harm-misdiagnosing-informed-consent/> (última visita 12/06/2020).

75 SHELEY, E.: “Rethinking injury: the...”, *op. cit.*, pp. 73-74.

76 *Ibid.*, p. 63.

77 PLANTE, M.L.: “Some legal problems in medical treatment and research: an analysis of «informed consent»”, *Fordham Law Review*, vol. 36, 1968, pp. 639, 648 y 50. RECHER, B.C.: “Informed consent liability”, *Drake Law Review*, vol. 26, núm. 3, 1976, pp. 696 y 715.

78 La *battery theory* no aparece referida a la producción de un resultado físico lesivo, sino que el daño se vincula a una mera invasión del espacio personal protegido. SHELEY, E.: “Rethinking injury: the...”, *op. cit.*, nota 3, p. 64.

79 PLANTE, M.L.: “Some legal problems...”, *op. cit.*, p. 650; KATZ, J., “Informed consent: a fairy tale? Law’s vision”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 39, 1977, pp. 144 y 168.

causas remotas o impredecibles del daño. La infracción del deber derivado de la acción u omisión negligente se basa en el deber general de cuidado en el ejercicio razonable de las relaciones con los demás, legalmente determinado a través del estándar de la persona razonable.

Así pues, es posible afirmar la presencia de “negligencia profesional” (*professional negligence*) o la “mala praxis” (*malpractice*) cuando el profesional sanitario es condenado por la violación del deber de practicar la profesión con observancia de los requisitos de habilidad y cuidado de un profesional ordinario cualificado para el ejercicio de la profesión médica. En este sentido, existe un deber profesional de cuidado orientado a la provisión de una cantidad suficiente de información al paciente antes de la obtención de su consentimiento y como requisito previo a la práctica del tratamiento o intervención médica propuesta⁸⁰. No obstante, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo de Connecticut en 2012⁸¹, una demanda por incumplimiento del consentimiento informado no equivale a un caso de negligencia médica, si bien la condena que recae sobre el médico que no proporcionó la información asistencial adecuada se funda en la inobservancia de ambas obligaciones: el conocimiento de la información que ha de otorgarse al paciente y la ausencia de dicha provisión⁸².

2. Los estándares de información

El requisito relativo a la suficiencia y adecuación de la información asistencial que los profesionales sanitarios han de suministrar a los pacientes con ocasión de la práctica de un procedimiento médico requiere la determinación de la cantidad y contenido que dicha información ha de albergar. En el régimen estadounidense esta delimitación ha sido desarrollada en atención a un elenco de estándares de información que han ido sufriendo variaciones tanto temporal como geográficamente. A continuación, se describen estos estándares informativos, sus principales rasgos y las objeciones que presenta su respectiva adopción.

a) El estándar profesional (*professional standard*)

En el estándar profesional, tanto el deber de informar como los criterios para determinar la

adecuación de la información, es decir, las materias sobre las que ha de versar y su magnitud, se derivan de la costumbre de la práctica médica presente en una determinada comunidad profesional, ya sea esta nacional, estrictamente local o de la misma o similar comunidad⁸³. De este modo, la provisión de información constituye una tarea de los profesionales sanitarios en virtud de su pericia, rol y compromiso profesionales, estableciéndose así el estándar de información a través de la costumbre profesional. Los primeros casos de consentimiento informado basados en la *negligence* establecieron que el deber de información se limitaba a aquellas revelaciones que un médico razonable pudiera realizar bajo las mismas o similares circunstancias⁸⁴, regla que también ha sido aplicada en casos de mala praxis ordinaria para la determinación del deber de cuidado debido en la práctica médica. Actualmente, este estándar continúa siendo mayoritario para la determinación del contenido del deber de información correlativo al derecho al consentimiento informado en el ámbito asistencial.

Con todo, se ha objetado que la implementación del estándar profesional quebranta el principio de respeto a la autonomía personal, lo cual no deja de ser paradójico pues su protección constituye el principal fundamento del consentimiento informado, además de ser la justificación ética y moral de sus requisitos. En este sentido, se ha afirmado que otorgar prioridad al juicio profesional del médico concede una importancia excesiva al estándar profesional en la jurisprudencia estadounidense⁸⁵. No obstante, se ha replicado que en realidad el estándar de la práctica médica se aplica específicamente a los juicios médicos, mientras que las decisiones a favor y en contra del sometimiento al procedimiento médico propuesto permanecen en el dominio del paciente⁸⁶.

83 Respecto del “estándar local” (*locality standard*), *vid.* Nebraska Hospital-Medical Liability Act. Leg. Bill No. 434, § 16, 1976 Neb. Laws 151, en donde se establece el consentimiento a un procedimiento basado en la información que ordinariamente sería suministrada al paciente bajo tales circunstancias por un profesional sanitario dedicado a una práctica similar en la localidad o localidades similares: “consent to a procedure based on information which would ordinarily be provided to the patient under like circumstances by health care providers engaged in a similar practice in the locality or in similar localities”. Los estados de Idaho y Tennessee también suscribieron este estándar local, *vid.* Medical Malpractice Cases Act. H.B. No. 478, § 2, 1976 Idaho Sess. Laws 951. Tenn. Code Ann. § 23-3417 (Supp. 1976), respectivamente.

84 Natanson v. Kline, 186 Kan. 393, 409 (1960).

85 *Vid.* Canterbury v. Spence, 464 F. 2d, 772, 785 (D.C. Cir. 1972). Wilkinson v. Vesey, 295 A. 2d, 676, 688 (R.I. 1972). Cobbs v. Grant, 8 Cal. 3d, 229, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P. 2d 1 (1972).

86 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, p. 31.

80 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, p. 29.

81 Downs v. Trias, 49 A.3d 180, 185 (Conn. 2012).

82 *Ibid.*, 187-88.

b) El estándar objetivo o de la persona razonable (*reasonable person standard*)

Con la intención de sortear las deficiencias del estándar profesional, algunas jurisdicciones estadounidenses implementaron el denominado estándar objetivo o de la persona razonable. Este estándar se centra en la información que una “persona razonable” necesitaría conocer acerca de los riesgos, alternativas y consecuencias derivadas del sometimiento o rechazo al procedimiento médico propuesto⁸⁷. En este caso, la cuestión principal reside en la consideración de la “materialidad” o importancia de la información para el proceso decisorio⁸⁸, cuestión que es determinada por el propio paciente, quien valora si la información es o no sustancial para el caso concreto, trasladándose así la decisión sobre la adecuación de la información asistencial del médico al paciente. Con todo, en última instancia la aplicabilidad y el ámbito del deber fiduciario de revelación de la información asistencial son determinados por el tribunal y el jurado. Estas precisiones ponen en la pista de que este estándar de la persona razonable es el propio de los casos de *battery*, si bien su aplicación ha originado una causa de acción híbrida, que combina elementos de la *negligence* y la *battery*⁸⁹.

A pesar de las objeciones alegadas en contra del estándar profesional y la articulación de este nuevo estándar, muchos de los tribunales que habían adoptado el estándar profesional rechazaron cambiar su postura al respecto y numerosas legislaturas han invalidado el nuevo estándar⁹⁰. También el estándar de

la persona razonable ha sido sometido a una dura crítica. En este sentido, se ha afirmado su ineptitud para amparar tanto los intereses del paciente como los de los profesionales sanitarios, además de resultar prácticamente imposible de satisfacer⁹¹, pues al basarse en un ideal inexistente: la “persona razonable”, conduce a soluciones connaturalmente controvertibles. Además, el concepto de persona razonable no ha sido suficientemente definido por la jurisprudencia y su interpretación y alcance todavía siguen siendo objeto de discusión. El concepto de materialidad tampoco resulta del todo claro y tan solo ha sido ambiguamente definido por el tribunal de *Canterbury* y otros casos relacionados. En definitiva, si se acepta que el estándar de la persona razonable no permite derivar ningún deber específico de los profesionales sanitarios, entonces su adopción solo proporciona una falsa sensación de mejora respecto del estándar profesional, ya que en realidad tampoco es capaz de promover la autonomía del paciente. Por lo demás, la variedad de procedimientos médicos existentes no permite derivar ninguna diferencia que implique que el deber de revelación de información deba situarse bajo el estándar profesional o el estándar de la persona razonable según los casos, sino que las necesidades de la persona razonable dependen de las circunstancias del contexto, lo cual hace imposible predecir el modo en el que cada tribunal tratará los hechos específicos de cada caso⁹², generándose con ello una considerable incertidumbre e inseguridad.

c) El estándar subjetivo (*subjective standard*)

El estándar de información subjetivo va todavía más lejos al requerir que los profesionales de la salud revelen cualquier información que sea material para el paciente concreto⁹³. Los detractores de este estándar lo han acusado de imponer una carga excesiva e injusta sobre los profesionales sanitarios, quienes deberán intuir los valores idiosincráticos e intereses de sus pacientes. Este estándar subjetivo constituye una creación más doctrinal que jurisprudencial, aunque el Tribunal Supremo de California parece haberlo adoptado de un modo un tanto opaco

87 En este sentido, el tribunal de *Canterbury* definió los “riesgos materiales” como aquellos que una persona razonable en la posición del paciente probablemente consideraría significativos: “those which a reasonable person in the patient’s position would be likely to consider significant”, *vid. Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), 787.

88 A los efectos de concretar este “estándar de materialidad” (*material standard*), la doctrina ha señalado que es aplicable cuando el riesgo no comunicado habría supuesto el rechazo del tratamiento por el paciente. NOTE: “The evolution of the doctrine of informed consent”, *Georgia Law Review*, vol. 12, 1978, nota 69, p. 592.

89 MCCOID, A.: “A reappraisal of liability for unauthorized medical treatment”, *Minnesota Law Review*, vol. 41, núm. 4, 1957, pp. 381-434. PLANTE, M.L.: “Some legal problems...”, *op. cit.*, pp. 639 y 650-656. No obstante, tal y como ha sido señalado por la doctrina, algunos autores no han visto incoherencia alguna en el empleo del estándar de la persona razonable en el marco de una causa de la acción basada en la *negligence theory*. En este sentido, *vid. KESSENICK, L.W. & MANKIN, P.A.*: “Medical malpractice: the right to be informed”, *University of San Francisco Law Review*, 1973, p. 261. FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, notas 12 y 23, pp. 32, 44-45.

90 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A history and theory...*, *op. cit.*, p. 32. PLANTE, M.L.: “The decline of...”, pp. 91 y ss. MEISEL, A. & KABNICK, L.D.: “Informed consent to medical treatment: an analysis of recent legislation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 41, núm. 3, 1980, pp. 423-426. MEISEL, A.: “The law of informed consent”, en

AA. VV.: *Making health care decisions: a report on the ethical and legal implications of informed consent in the patient-practitioner relationship*, vol. 3, Washington DC, U.S. Government Printing Office [GPO], 1982, pp. 206-245. *Vid.* también en *Bioethics Reporter*, vol. 2, 1983, pp. 1127-1132.

91 PLANTE, M.L.: “The decline of...”, *op. cit.*, pp. 91 y ss. FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A history and theory...*, *op. cit.*, *ibid.*

92 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A history and theory...*, *op. cit.*, pp. 32-33.

93 *Wilkinson v. Vesey*, 295 A. 2d, 687.

en el caso *Cobbs v. Grant*^{94,95}, si bien este tribunal rechazó la continuidad del precedente en sus decisiones posteriores⁹⁶. También se ha apuntado la presencia del estándar subjetivo en la resolución del caso *Scott v. Bradford*⁹⁷. Sin embargo, dicha afirmación resulta discutible pues en este último caso, al igual que ocurrió en *Wilkinson v. Vesey*⁹⁸, el tribunal más bien parece haber suscrito un test de causación subjetivo combinado con un estándar de información objetivo. Algunos autores han alegado que esta combinación socava el valor del test subjetivo casi tanto como combinándolo con el estándar profesional, pues aunque el criterio de estos tribunales permite a los pacientes realizar una decisión de acuerdo con su idiosincrasia, sostienen que la única información que los profesionales sanitarios están obligados a suministrar es aquella considerada material por una persona razonable, en lugar de la información realmente deseada por el paciente concreto⁹⁹. Posiblemente, el defensor más importante del estándar objetivo, en detrimento del subjetivo, ha sido el tribunal del caso *Canterbury*¹⁰⁰.

Los defensores del estándar subjetivo aseguran que solo este protege adecuadamente el derecho de los pacientes a decidir con base en razones de índole personal, ya que pacientes concretos pueden necesitar información no considerada material en virtud de los estándares profesional o de la persona razonable, aun cuando reconocen que el estándar objetivo permite una mayor consideración de las circunstancias personales del paciente. En la línea de este argumento, se ha discutido que el potencial para considerar las circunstancias personales del paciente también está presente en el estándar objetivo, en tanto que solo se requiere un proceso decisorio racional. La dificultad reside en determinar qué circunstancias del paciente han de ser consideradas en atención al estándar suscrito, ya sea este objetivo o subjetivo. Adicionalmente, surgen dudas acerca de la flexibilidad del estándar objetivo en la práctica,

aunque también se ha apuntado la posibilidad de desarrollar vías alternativas para una determinación individualizada a partir de cualquiera de los estándares señalados¹⁰¹. Además, los riesgos de colocar a los profesionales sanitarios en una situación injusta pueden ser minimizados mediante la evaluación del jurado acerca de la credibilidad del paciente, que sirve como referencia en contra del testimonio interesado. Los defensores del estándar subjetivo, por su parte, señalan que los profesionales sanitarios solo tendrían que hacer un esfuerzo razonable para determinar los deseos de sus pacientes, aunque es verdaderamente difícil precisar cuánto esfuerzo ha de ser considerado razonable en atención a las circunstancias concretas de cada caso¹⁰².

3. Límites al consentimiento informado del paciente

La jurisprudencia norteamericana ha reconocido en múltiples ocasiones que el derecho de autodeterminación que fundamenta el consentimiento del paciente no es absoluto, al no prevalecer incondicionalmente frente al resto de pretensiones con las que puede colisionar. En este sentido, existen una serie de excepciones que justifican la inobservancia de los deberes correlativos. En términos generales, de la negación del carácter absoluto de los derechos jurídicamente protegidos y de los deberes correlativos se ha derivado su valor *prima facie*. De este modo, bajo determinadas circunstancias se plantean excepciones al derecho de autodeterminación orientadas a la mejor promoción de un interés, ya sea este individual o colectivo.

Estas excepciones al consentimiento informado del paciente son¹⁰³: las situaciones de riesgo para la salud pública¹⁰⁴; las situaciones de emergencia médica¹⁰⁵, en las que los tribunales tienden a aplicar el estándar de la persona razonable; los supuestos de incapacidad del paciente para otorgar consentimiento, en los que entra en juego la representación del

94 8 Cal. 3d 229, 104 Cal. Rptr. 505, 502 P.2d 1 (1972).

95 CAPRON, A.M.: "Informed consent in catastrophic disease research and treatment", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 123, 1974, pp. 406-407.

96 *Vid.* *Truman v. Thomas*, 611 P.2d, 902, 905. El tribunal de *Truman* cita expresamente los casos *Sard v. Hardy* [281 Md. 432, 444, 379 A.2d 1014 (1977)] y *Wilkinson v. Vesey* (295 A.2d, 676), con ocasión de la justificación de la aplicación del estándar objetivo o del paciente razonable.

97 606 P.2d 554, 556 (Okla. 1980). *Vid.* MEISEL, A.: "The law of...", *op. cit.*, nota 9, p. 195.

98 295 A.2d 676 (1972).

99 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A history and theory..., *op. cit.*, nota 41, p. 47.

100 *Canterbury v. Spence* 464 F. 2d, 787. En donde se cita a WALTZ, J. & SCHEUNEMAN, T.: "Informed consent to therapy", *Northwestern University Law Review*, vol. 64, 1970, pp. 639-640).

101 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A history and theory..., *op. cit.*, nota 36, p. 47.

102 *Ibid.*, p. 34.

103 *Ibid.*, pp. 35-39.

104 BERG, J.: "All for one and one for all: informed consent and public health", *Hous. L. Rev.*, vol. 50 núm. 1, 2012, pp. 1-40.

105 Esta excepción de emergencia fue tratada por los tribunales de los casos *Mohr* (95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 1905, 15), *Pratt* (224 Ill. 300, 79 N.E. 564, 1906) y *Schloendorff* (211 N.Y. 125, 129-30, 105 N.E. 92, 93, 1914). En ellos, los tribunales reconocieron que en aquellos supuestos de emergencia en los que el paciente ingresa inconsciente o presenta lesiones tan graves que necesitan asistencia inmediata existe un consentimiento implícito.

paciente¹⁰⁶; el supuesto conocido como “privilegio terapéutico” (*therapeutic privilege*)¹⁰⁷, cuando la revelación de determinada información pueda suponer un perjuicio grave para la salud del paciente o influir negativamente en su proceso de curación, si bien su formulación varía en atención a la jurisdicción del estado de que se trate; por último, la renuncia del paciente a su derecho a la información asistencial privilegia los deberes de los profesionales sanitarios que quedan en suspenso, pudiendo el paciente recobrarlo con la simple revocación de su renuncia¹⁰⁸.

IV. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LOS MALPRACTICE STATUTES

A principios de los años 70, tanto el número de demandas por *malpractice* en el ámbito sanitario como la cuantía de las indemnizaciones concedidas experimentaron un notable incremento en sede de los tribunales estadounidenses. Este escenario condujo al país norteamericano a una grave crisis en materia de seguros de responsabilidad médica, cuyas consecuencias han puesto de manifiesto las carencias del sistema sanitario norteamericano¹⁰⁹.

Como respuesta al problema, las legislaturas de diversos estados han establecido cláusulas de limitación de la responsabilidad. Algunos autores han acusado a estas disposiciones de suponer una disminución de la protección otorgada por el *common law* en los supuestos de vulneración del derecho de los pacientes al consentimiento informado¹¹⁰. Indudablemente, esta sustitución del *common law* por la

legislación en materia de consentimiento informado experimentada en numerosos estados refleja la sorprendente visibilidad social de la doctrina en los Estados Unidos, así como la innegable influencia política de los *lobbies* profesionales.

Mayoritariamente, estas reformas legislativas acogieron la teoría tradicional de la *negligence*, el estándar profesional y la causación objetiva. A pesar de las reticencias frente a dichos cambios, el flujo de actividad legislativa en esta área no supuso un recorte significativo en la doctrina del consentimiento informado, ya que la codificación de los estándares relativos al deber de revelación y la causación a partir de la tradicional *negligence* tan solo representaría un cambio respecto del *common law* en una minoría de jurisdicciones. En general, el número de jurisdicciones adheridas a las diferentes formulaciones posibles del consentimiento informado permanecieron inalteradas tras estas reformas, manteniéndose en gran medida la senda trazada por el *common law*¹¹¹. Estas leyes especiales en materia de consentimiento informado se han dirigido fundamentalmente a asegurar que el paciente reciba la información con carácter previo a la toma de decisión y presentan posiciones similares respecto de la consideración del derecho de autodeterminación como fundamento del consentimiento informado.

No obstante, la promulgación de algunas de estas leyes no solo perseguía asegurar la provisión de la información asistencial, sino también disuadir a los pacientes de la aceptación del tratamiento o intervención médica, como estrategia de economía sanitaria frente a la crisis de los servicios sanitarios en los Estados Unidos¹¹².

V. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DEL PACIENTE EN LOS ESTADOS UNIDOS

Desde principios del s. xx, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha recurrido a la *privacy* para fundamentar la protección de una esfera individual libre de la injerencia de los poderes públicos, para paulatinamente ampliar su espectro a la garantía de la autonomía y la libertad decisoria¹¹³. Ello ha

106 La doctrina ha clasificado una variedad de incapacidades que han de ser valoradas en atención al caso concreto. BERG, J.W., APPELBAUM, P.S. & GRISSO, T.: “Constructing competence: formulating standards of legal competence to make medical decisions”, *Rutgers L. Rev.*, vol. 48, 1996, pp. 345-351.

107 Esta excepción aparece en el caso *Canterbury* (464 F.2d 772, 788-89 - D.C. Cir. 1972), si bien el tribunal de Salgo ya había reconocido de manera implícita la necesidad de considerar el privilegio terapéutico como una excepción al consentimiento informado (317 P.2d 181 - Cal. App. 1957).

108 En el caso *Stover* (1993), el Tribunal Supremo de Pennsylvania afirmó que el paciente puede renunciar a su derecho a la información asistencial relativa a un procedimiento sanitario que afecta a su salud, de modo que cuando tal renuncia tenga lugar, el deber del médico de proporcionar la información relevante decaerá. No obstante, en el caso mencionado, el Tribunal no encontró evidencia de que dicha renuncia se hubiera producido. *Vid. Stover v. Association of Thoracic and Cardiovascular Surgeons*, 635 A.2d 1047 (Pa. Super. 1993).

109 PRIEST, G.L.: “The current insurance crisis and modern tort law”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 1521. ROTH, N.A.: “The medical malpractice insurance crisis: its causes, the effects, and proposed solutions”, *Insurance Counsel Journal*, vol. 44, 1977, p. 469.

110 MEISEL, A.: “The law of...”, *op. cit.*, pp. 204-245.

111 KABNICK, L.D.: “Informed consent to medical treatment: an analysis of recent legislation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 41, 1980.

112 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, pp. 139-140.

113 *United States of America, Appellee, v. Charles Thomas Sell, Appellant, association of American Physicians & Surgeons, Inc. Amicus on Behalf of Appellant*, 282 F.3d 560 (8th

permitido el establecimiento de un vínculo entre el consentimiento informado y la *privacy*¹¹⁴. No obstante, el principal inconveniente de recurrir a este concepto de *privacy* proviene de su gran amplitud. A su formulación clásica como “derecho a no ser molestado” (*right to be let alone*)¹¹⁵ se le han añadido además los significados de limitación de acceso a la esfera individual, garantía del secreto, control sobre la información personal, protección del libre desarrollo de la personalidad y de la intimidad¹¹⁶.

El derecho a la *privacy* no aparece expresamente mencionado en *the Bill of Rights*, equivalente a las primeras diez enmiendas realizadas en 1791 a la Constitución estadounidense, si bien emerge de la “penumbra” de la primera, novena y decimocuarta enmiendas. Este derecho constitucional persigue la protección de la autonomía individual y trata de evitar la interferencia de los poderes públicos en la vida privada de los ciudadanos. No obstante, no solo implica un deber de abstención del Estado y del resto de poderes públicos, sino que también exige la articulación de medios orientados a la protección y promoción de la autonomía. Con todo, en virtud de la conocida como *state action doctrine*, su reconocimiento constitucional concede al titular un derecho frente al Estado y el resto de entes, autoridades e individuos que actúan en representación del Estado, pero no frente a los demás individuos privados o las entidades no gubernamentales, lo que *a priori* supone un escollo a su aplicación al consentimiento informado, especialmente si se considera la estructura eminentemente privada de la sanidad en el país norteamericano.

En ocasiones, los pacientes han intentado alegar su derecho a la autonomía de un modo prospectivo,

Cir. 2002); *Riggins v. Nevada*, 504 U.S. 127 (1992); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992); *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 497 U.S. 261 (1990); *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988); *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985); *Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984); *United States v. Place* 462 U.S. 696 (1983); *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1968); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

114 TARODO SORIA, S.: “La doctrina del cometimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *DS*, vol. 14, núm. 1, 2006, pp. 241, 245-246. SEOANE, J.A. “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON*, vol. 39, 2013, p. 18.

115 WARREN, S.D. & BRANDEIS, L.D.: “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220.

116 SOLOVE, D.: “Conceptualizing Privacy”, *Cal. L. Rev.*, vol. 90, 2002, pp. 1099-1123.

pero el *common law* carece de mecanismos más allá de la compensación y resarcimiento de los daños acaecidos, por lo que esta protección prospectiva ha tenido que articularse a partir de las previsiones de la Constitución. En 1965, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos resolvió un caso de acceso a métodos de contracepción (anticoncepción) en el histórico caso *Griswold v. Connecticut*¹¹⁷, en el que el derecho a la *privacy* se presentó por primera vez no solo como un instrumento para proteger la información personal del titular frente a los demás, sino como la construcción de un espacio de protección en el que el individuo puede actuar libre de cualquier injerencia de los poderes públicos, configurándose como una manifestación de la libertad general, protegida mediante la delimitación de una zona de privacidad dentro de la que los individuos son libres para elegir y actuar en consecuencia¹¹⁸.

En este sentido, concebir el derecho al consentimiento informado del paciente como una manifestación de la *privacy* permitiría configurarlo como un derecho a mantener determinadas actividades fuera del control e intromisión de los poderes públicos. El derecho a la *privacy* configurado por la tradición jurídica del *common law* también protege el derecho del individuo a limitar su flujo de información personal frente a intromisiones procedentes de cualquier parte interesada en dicha información, pero no incluye la protección frente a intromisiones en los procesos de decisión, lo cual dificulta su empleo como fundamento para la resolución de los casos relativos al consentimiento informado del paciente¹¹⁹. No obstante, el conjunto de derechos orientados a la protección de la libertad individual en el que el derecho a la *privacy* se asienta podría tener importantes implicaciones para la articulación de una protección constitucional del consentimiento informado¹²⁰. Algunos procesos decisorios acerca de cuestiones relativas a la intimidad personal similares a los abordados por los requisitos del consentimiento informado están protegidos a través del derecho constitucional a la *privacy* y se configuran como cuestiones relativas a la protección de la autodeterminación¹²¹.

117 381 U.S. 479 (1965).

118 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

119 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A history and theory...*, *op. cit.*, nota 55, p. 48.

120 *Ibid.*, p. 40.

121 Algunos ejemplos de ello son la decisión concurrente del juez Douglas en el caso *Doe v. Bolton*, quien enumera tipos de actividades que caen dentro del derecho a la *privacy*; y el caso *Whalen v. Roe*, en donde se afirma que el derecho a la *privacy* protege un “interés en la toma de decisiones importantes de manera independiente”. *Vid.* también *Karen Quinlan case* (70 N.J. 10, 355 A 2d 647, 1976) y *Superintendent of Belcher-town State School v. Saikewicz*, 370 N.E. 2d 417 (Mass. 1977),

No obstante, el derecho a la *privacy* tampoco es absoluto, sino que puede ser limitado en atención a razones lo suficientemente fuertes como para justificar la suspensión del derecho bajo determinadas circunstancias. Estas razones implican condicionantes referidos a intereses públicos que prevalecen frente a determinados derechos constitucionales considerados fundamentales, como es el caso de la *privacy*. En este sentido, se podría afirmar que los derechos constitucionales son derechos *prima facie*, al poder ser válidamente anulados en casos concretos. Por lo que se refiere a las razones que habitualmente justifican la inobservancia de tales derechos, estas pueden reconducirse a la protección de los intereses de determinados grupos y a la salud, la seguridad y el bienestar públicos.

La escasez de casos en los que se aborden problemas relativos a la toma de decisiones en el ámbito de la medicina asistencial basados en el derecho a la *privacy* seguramente se debe a que la Constitución estadounidense solo protege a los individuos de las intromisiones procedentes de los poderes públicos o frente a “actos del Estado”. Por consiguiente, *a priori* quienes no sean agentes del Estado no podrán ser compelidos a obtener el consentimiento informado de sus pacientes con base en los fundamentos constitucionales disponibles. Sin embargo, Stephen Gardbaum ha rechazado el efecto vertical habitualmente atribuido a la Constitución estadounidense, al concebirlo como una comprensión incompleta e inexacta del alcance de los derechos constitucionales en la esfera privada, ya que la autonomía individual perjudicada por un acto privado puede ser constitucionalmente protegida mediante el “efecto horizontal indirecto fuerte” (*strong indirect horizontal effect*) de la Constitución estadounidense y ello en virtud de la “cláusula de supremacía” (*supremacy clause*)¹²². En definitiva, esta protección indirecta se articula mediante el impedimento de que el actor privado trasgresor de la autonomía de otro individuo invoque una ley inconstitucional en defensa de su acción instigadora¹²³.

Por lo que se refiere al requisito del resultado lesivo o daño, la teoría de la responsabilidad presente en el *common law* parte de la premisa fundamental

424, en cuya resolución se afirma que: “una persona tiene un interés fuerte en ser libre de una invasión no consensuada en su integridad física” y “el derecho del paciente a preservar su derecho a la *privacy* frente injerencias indeseadas de su integridad corporal en determinadas circunstancias”.

122 “This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. *Vid.* U.S. CONST. art. VI.

123 GARDBAUM, S.: “The «horizontal effect» of constitutional rights”, *Michigan Law Review*, vol. 102, núm. 3, 2003, p. 459.

de que los daños han de ser económicamente compensados, por lo que los pacientes solo podrán demandar a los profesionales sanitarios en virtud del padecimiento de un resultado lesivo causalmente relacionado con la omisión de cierta información asistencial y cuando ello haya afectado a la decisión acerca de un curso de acción que afecta a su salud. Sin embargo, la teoría constitucional ordena a las partes a actuar en un determinado sentido o, alternativamente, abstenerse. Por consiguiente, una posible vía de protección constitucional del consentimiento informado se presenta como más garantista de la autonomía del paciente y menos problemática ante la ausencia de un resultado físico lesivo.

Por lo demás, las acciones constitucionales derivadas del derecho a la *privacy* y dirigidas a la protección de la libertad individual a actuar sin la obstaculización de los poderes públicos son esencialmente prospectivas. Ello constituye un axioma de la teoría constitucional, al darse preferencia a la elusión de las violaciones de las normas de la Constitución, frente a la evaluación de los daños derivados de dicha violación. De este modo, el paciente podría requerir a los profesionales sanitarios que satisfagan los criterios jurisprudenciales referidos al cumplimiento de los requisitos del consentimiento informado con carácter previo a la realización del procedimiento médico propuesto, en virtud de las disposiciones de la Constitución. En esta línea, y a pesar de los inconvenientes planteados, algunos autores han visto en la protección constitucional de la *privacy* una fuente adecuada para la protección jurídica del consentimiento informado del paciente¹²⁴.

VI. BREVE COMPARACIÓN CRÍTICA CON EL MODELO ESPAÑOL DE PROTECCIÓN

No resulta en absoluto sorprendente que la explicación del derecho al consentimiento informado del paciente sea similar no solo en los Estados Unidos y España, sino en la mayoría de países que lo han reconocido en sus ordenamientos jurídicos, a salvo de aquellas diferencias que en esencia responden a razones de política jurídica y económica. Estas similitudes radicales residen en que el consentimiento informado se ha consolidado y desarrollado en el país norteamericano para, posteriormente y de manera paulatina, exportarse al resto del mundo, y ello no solo respecto de los países pertenecientes a la cultura occidental, sino que desde hace ya algún

124 FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: *A History and Theory...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

tiempo también se observa una creciente preocupación en países asiáticos¹²⁵.

Desde una perspectiva ética, los puntos comunes pasan por la consideración del principio de autonomía y la autodeterminación del paciente en la explicación del consentimiento informado¹²⁶. En cuanto al ámbito jurídico, su descripción conceptual como un derecho subjetivo del paciente, correlativo a los deberes de los profesionales sanitarios relativos al suministro de la información asistencial y la obtención de la aquiescencia del paciente con carácter previo a la práctica del procedimiento médico propuesto, es coincidente en los Estados Unidos y España¹²⁷.

Pese a estos paralelismos, pueden señalarse algunas diferencias respecto de la carga de la prueba, la provisión de información y la indemnización de los daños morales. En líneas generales, ha de reiterarse que en las distintas jurisdicciones estadounidenses predomina una tendencia en favor de la aplicación del estándar profesional para la determinación del contenido y la cantidad de información que ha de ser suministrada al paciente¹²⁸. A consecuencia

de la adopción de dicho estándar, la carga de la prueba recae sobre el paciente-demandante, quien ha de aportar el testimonio pericial de un profesional de la medicina que avale su postura procesal. El hecho de que la prueba de la inadecuación de la información asistencial efectivamente revelada recaiga sobre el paciente ha sido tachado de demasiado gravoso y excesivo, especialmente si se considera la baja probabilidad de que un profesional sanitario testifique en contra de un colega de su misma comunidad y a la vista del corporativismo profesional existente. Además, los detractores de este estándar de información lo han acusado de no considerar adecuadamente el principio de respeto a la autonomía del paciente, al hacer depender el contenido y la cantidad de información de los usos y costumbres de la práctica profesional¹²⁹, ya sea nacional, estrictamente local o de la misma o similar comunidad. Sin embargo, con independencia del estándar de protección suscrito, en los Estados Unidos es el demandante quien debe probar la infracción del deber de información, mientras que, por el contrario, en España es el propio médico, centro privado o Administración Sanitaria demandados quienes han de probar que la intervención fue realizada contando con el consentimiento informado del paciente¹³⁰.

Por lo que se refiere a la cuestión de la cantidad y el contenido de la información asistencial que el profesional sanitario debe proporcionar al paciente, su determinación es muy variable en el caso estadounidense, al depender del estándar de información adoptado por los tribunales de los diferentes estados, en aquellos casos en los que no se disponga de legislación específica en la materia, lo cual no ha dejado de generar incertidumbre e inseguridad jurídica entre los profesionales sanitarios. De hecho, en los últimos años se ha abierto el debate acerca de la consideración de ciertos elementos altamente polémicos como “información material”. En este sentido, se ha planteado la posibilidad de incluir entre los deberes de los profesionales sanitarios informar acerca de las alternativas de diagnosis, el nivel de

125 Por ejemplo, en 1990 la Asociación Médica de Japón (*Japan Medical Association/Nihon Kai Ishi* o 日本医師会) declaró oficialmente el deber de los profesionales sanitarios japoneses de obtener el consentimiento informado de sus pacientes antes de la realización de los procedimientos médicos indicados, abordando la importancia de la autodeterminación del paciente. Además, cabe señalar que la definición del consentimiento informado en Japón es idéntica a la empleada en los Estados Unidos. ASAI, A.: “Barriers to informed consent in Japan”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, vol. 6, 1996, pp. 91-93. RUHNKE, G.W., *et al.*: “Ethical decision making and patient autonomy: a comparison of physicians and patients in Japan and the United States”, *Chest*, vol. 118, núm. 4, 2000, pp. 1172-1182. LEFLAR, R.B.: “Informed consent and patients’ rights in Japan”, *Houston Law Review*, vol. 33, núm. 1, 1996, pp. 1-112.

126 Para una crítica acerca de la concepción de la autonomía como fundamento del consentimiento informado, *vid.* PEREIRA SÁEZ, C.: “Constitución y consentimiento informado: España. Reflexiones sobre el fundamento constitucional del consentimiento informado en España a la luz de la STC 37/2011, de 28 de marzo”, *Julgar*, núm. especial consentimiento informado, 2014, pp. 47-65.

127 Respecto del caso norteamericano, *vid.* WILL, J.F.: “A brief historical and theoretical perspective on patient autonomy and medical decision making. Part II: the autonomy model”, *Chest*, vol. 139, núm. 6, 2011, pp. 1495-1496. En cuanto a España, la jurisprudencia ha configurado el consentimiento informado del paciente como la “consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”. *Vid.* STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez). Ello ha sido confirmado por la STC 37/2011, de 28 de marzo («BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011).

128 Esta generalización atiende a la complejidad del sistema jurídico norteamericano en materia de consentimiento informado, pues cada estado presenta particularidades en cuanto a las líneas jurisprudenciales seguidas por los diversos tribunales,

así como respecto de la presencia o ausencia de *informed consent statutes*. Con todo, resulta posible apuntar que, en 2014, 25 estados se regían por el estándar profesional (*malpractice standard*); mientras que 22 estados, más el distrito de Columbia, suscribían el estándar del paciente (*material risk standard*); y tan solo 2 estados, Oklahoma y Oregón, siguen el estándar del paciente concreto (*subjective standard*). No obstante, cabe reiterar una tendencia al retorno del estándar profesional, como se ha mostrado respecto del caso de Wisconsin. *Vid.* MASON POPE, T. & HEXUM, M.: “Legal briefing: informed...”, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

129 *Vid.* NOTE: “The evolution of the doctrine of informed consent”, *Georgia Law Review*, vol. 12, 1978, pp. 589, 607-608.

130 BUSTO LAGO, J.M.: “Consentimiento informado y responsabilidad civil”, *Julgar*, núm. especial consentimiento informado, 2014, p. 174.

experiencia profesional del médico respecto del procedimiento propuesto e incluso los hábitos personales y el estado de salud del profesional que practicará la intervención, así como cuestiones relativas a la institución médico-hospitalaria y su equipamiento¹³¹. Elementos informativos estos últimos que, al menos por el momento, no han sido objeto de preocupación por parte de la jurisprudencia española.

En el ordenamiento jurídico español, el contenido de la información asistencial figura en el artículo 4.1 *in fine* de 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 clínica¹³², en donde se establece que “la información (...) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. Asimismo, el médico responsable ha de otorgar al paciente la información asistencial verdadera, comprensible y adecuada a sus necesidades, orientada a asistir la libertad decisoria del paciente (artículo 4.2 LBAP). Por lo que se refiere a la extensión de la información que ha de ser suministrada en aquellos supuestos en los que el consentimiento ha de ser prestado por escrito, el artículo 10.1 del mismo cuerpo normativo establece la información básica que el facultativo ha de proporcionar al paciente, que comprende: aquellas consecuencias relevantes derivadas con seguridad de la intervención, los riesgos relativos a las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones¹³³.

Dado que los resultados de un tratamiento o intervención médica dependen en gran medida de condicionantes que escapan al control y previsión de los profesionales sanitarios, la medicina no puede ser considerada una ciencia exacta. En este contexto, los riesgos constituyen el elemento más controvertido del deber de información, lo cual presenta una especial repercusión en el régimen de responsabilidad médica. En materia de información de los riesgos

derivados de la intervención propuesta, la jurisprudencia española ha diferenciado entre los supuestos de medicina curativa y satisfactiva. Así, mientras que la medicina curativa, necesaria, asistencial o terapéutica se orienta a la conservación, recuperación o incremento de la salud de un paciente que sufre algún trastorno anómalo en su cuerpo¹³⁴; en la medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva el paciente persigue “una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional”¹³⁵. Al respecto de esta última modalidad, el Tribunal Supremo ha requerido un ensanchamiento de los deberes de información del profesional¹³⁶, lo cual se traduce en que la información ha de alcanzar tanto a todos los riesgos previsibles derivados de la intervención, incluyendo los riesgos atípicos independientemente de la frecuencia con la que concurren, como a la posibilidad de que no se obtenga el resultado perseguido¹³⁷. En cuanto a la medicina curativa, la información acerca de los riesgos comprende tanto los típicos de la intervención¹³⁸, que no sean remotos o excepcionales, como los riesgos atípicos¹³⁹, cuando su materialización presente una

134 GALÁN CORTÉS, J.C.: “1922 Sentencia de 21 de octubre de 2005: Responsabilidad médica. Medicina voluntaria. Doctrina de la imputación objetiva. Consentimiento informado en cirugía estética. Incumplimiento del deber de información: daño y nexa causal”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 72, 2006, p. 1442.

135 STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García). En palabras de Galán Cortés, la finalidad de la medicina satisfactiva “no es curar propiamente, sino que actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético (...) o para anular su capacidad reproductora (...)”. GALÁN CORTÉS, J.C.: “1922 Sentencia de...”, *ibid.*

136 CADENAS OSUNA, D.: “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, vol. 4, 2016, p. 13.

137 SSTS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Margarita Robles Fernández); 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez) y 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

138 Son riesgos típicos aquellos directamente vinculados a la intervención o tratamiento propuesto y cuya producción es independiente del cumplimiento de los deberes de diligencia del médico en el desempeño de la asistencia sanitaria en atención a las exigencias de la *lex artis ad hoc*. *Vid.* STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez). Galán Cortés ha definido los riesgos típicos como “aquellos directamente relacionados con el tipo de intervención, esto es, con los específicos de la actuación concreta a desarrollar, aunque su cuantificación estadística sea muy poco frecuente o casi excepcional, pues el hecho de que determinados sucesos se produzcan de manera típica no implica que sucedan con una frecuencia numérica”, *vid.* GALÁN CORTÉS, J.C.: “El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 47, 2009, p. 27.

139 Constituyen riesgos atípicos aquellos sin vinculación directa con la intervención y, consiguientemente, imprevisibles, de nuevo con independencia de la frecuencia estadística con la

131 SLOVENKO, R.: “Informed consent: information about the physician”, *Medicine & Law*, vol. 13, núms. 5-6, 1994, pp. 467-472.

132 «BOE» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188.

133 A juicio de Galán Cortés “sería preferible utilizar en su redacción la conjunción copulativa, en lugar de la disyuntiva, estableciendo, de esta forma, la obligación de informar sobre «los riesgos probables (...) y los directamente relacionados con el tipo de intervención»”. GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad civil médica*, 5.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 732. Cadenas Osuna también recoge también esta observación, *vid.* CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018, pp. 150-151.

gravedad extraordinaria y no sean excepcionales¹⁴⁰. En cambio, el profesional sanitario no está obligado a informar acerca de los riesgos atípicos¹⁴¹, salvo cuando su materialización ocurra con frecuencia o implique un perjuicio grave para el paciente¹⁴².

Un punto bastante dudoso se refiere a la determinación de los daños morales y a su cuantía indemnizatoria, debido a la gran subjetividad que alberga su prueba y cuantificación. La doctrina ha señalado el origen del concepto de daño moral en el *pretium doloris* del antiguo Derecho común y en el *Schmerzengeld* del Derecho germánico¹⁴³. Algunos autores han propuesto una definición negativa del daño moral por contraposición al concepto de daño patrimonial¹⁴⁴. No obstante, un concepto estricto de daño moral ha de circunscribirse a la idea de *pretium doloris*, de manera que exigiría necesariamente la constatación de un dolor, sufrimiento, padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado. Por el contrario, una definición amplia alcanzaría también a las lesiones de la personalidad, es decir, de la integridad física, el honor, el buen nombre, la libertad, etc., con independencia de la efectiva materialización de consecuencias desfavorables o trastornos de ánimo. En el Derecho español, el resarcimiento de los daños requiere la prueba de un daño esencialmente distinto a la mera infracción de la norma, pues en otro caso se estaría abandonando la función resarcitoria propia del Derecho de daños y albergando una función punitiva, mayoritariamente rechazada por la doctrina civilista española¹⁴⁵. Sin embargo, en la jurisprudencia norteamericana es posible reconvenir los denominados “daños punitivos” (*punitive damages*) cuando la causa de la acción esté basada en un supuesto de *battery*¹⁴⁶.

que se materializan en la práctica. Vid. CADENAS OSUNA, D.: “El estándar de...”, *op. cit.*, pp. 10-13.

140 En este sentido, *vid.* STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).

141 *Vid.* STS de 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).

142 *Vid.* STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

143 DÍEZ-PICAZO, L.: Derecho de daños, *op. cit.*, p. 326.

144 ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, 1966, p. 81.

145 En este sentido, la concepción estricta de daños morales propuesta por DÍEZ-PICAZO rechaza la mera presunción por los tribunales ante la constatación de ciertas lesiones y no admite una indemnización estándar igual para todos, debiendo en todo caso ser objeto de algún tipo de prueba. Por lo demás, la indemnización no puede presentar un carácter punitivo, sino que ha de consistir en la provisión de las “atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación”. DÍEZ-PICAZO, L.: Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999, p. 329.

146 *Gill v. Selling*, 125 Ore. 587, 267 P. 812, off’d on rehearing, 126 Ore. 584, 270 P. 411 (1928); *Butler v. Molinski*, 198 Tenn. 124, 277 S.W.2d 448 (1955).

En líneas generales, las soluciones otorgadas por la jurisprudencia norteamericana se pueden reconducir a dos bloques. El primero aparece integrado por aquellos casos en los que el médico realizó la intervención sin contar siquiera con el consentimiento básico del paciente. En estos supuestos, la causa de la acción se fundamentará en la doctrina de la *battery*, no siendo necesario que el paciente pruebe que la ausencia de consentimiento es la causa próxima del resultado lesivo, sino que basta con que muestre que el procedimiento médico practicado no fue consentido o fue distinto al efectivamente consentido¹⁴⁷. El segundo bloque recoge aquellos casos en los que el paciente otorgó un consentimiento básico, pero la información proporcionada fue inadecuada o defectuosa en atención al estándar de información aplicable. En este segundo grupo, la cuestión caerá bajo la doctrina de la *negligence*, constituyendo la prueba del daño físico-lesivo en el paciente-demandante un requisito esencial para el buen fin de su pretensión. Por consiguiente, cuando exista un consentimiento básico emitido por el paciente, esto es, con ausencia de un consentimiento adecuadamente informado, pero sin la presencia de un resultado físico-lesivo, el paciente no podrá obtener la protección que lógicamente debería derivarse del reconocimiento de su derecho de libre decisión, lo cual resulta inquietante. De estas apreciaciones parece desprenderse que en realidad se está protegiendo la integridad física del paciente, pero no así su autonomía, lo cual resulta contradictorio con la explicación del consentimiento informado como manifestación del respeto a la autonomía decisoria y la autodeterminación del paciente, así como con el fundamento constitucional de la *privacy* en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad¹⁴⁸.

De este modo, en el sistema estadounidense la indemnización de los daños morales se ve impedida en los supuestos de consentimiento informado defectuoso sin presencia de un resultado físico-lesivo económicamente cuantificable¹⁴⁹. En España, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que la omisión de información y la obtención de consentimiento informado constituye un daño resarcible por vía de la responsabilidad extracontractual, con independencia de la concurrencia de lesiones y daños corporales en la persona del paciente-demandante¹⁵⁰, lo cual devuelve a la cuestión de la función punitiva

147 PLANTE, M.L.: “Some legal problems...”, *op. cit.*, p. 666.

148 REIMAN, J.H.: “Privacy, Intimacy and Personhood”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 38-39.

149 SHELEY, E.: “Rethinking injury: the...”, *op. cit.*, *ibid.*

150 SSTs de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana) y de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\456; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).

y la determinación del *quantum respondatur*. Si se acepta que la indemnización no puede presentar un carácter punitivo, entonces la consideración de la existencia de un daño moral del paciente por incumplimiento de los deberes correlativos a su consentimiento informado requiere verificar la existencia de un daño psicosomático, además de la infracción de sus derechos de información o/y libre decisión o elección. Aunque en la práctica alguna jurisprudencia ha considerado la existencia de un daño moral autónomo independiente de los daños corporales sufridos¹⁵¹, se observa una tendencia a definir el *quantum respondatur* en función del resultado lesivo corporal (físico o psíquico) en el paciente¹⁵². En otras ocasiones, sin embargo, los tribunales han establecido una suma moderada en caso de vulneraciones de derechos de la personalidad¹⁵³, lo cual podría hacer pensar que la mera infracción de la norma que reconoce el derecho provoca una suerte de daño moral, desnaturalizándose por lo tanto el concepto mismo de daño. Otra tendencia consiste en equiparar los daños morales a los daños psíquicos o psicosomáticos. No obstante, en tanto que estos últimos constituyen una modalidad de los daños corporales, surge la objeción de la superfluidad, pues en definitiva se estarían reconduciendo los daños morales a los corporales.

Una última diferencia procede del fundamento constitucional que el consentimiento informado del paciente presenta en España, adscrito por el propio Tribunal Constitucional español al derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE, en su STC 37/2011, de 28 de marzo¹⁵⁴, en la que

151 STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos). resolución que, como ha apuntado Cadenas Osuna, ha sido “pionera en el reconocimiento (si bien *obiter dicta*) de la omisión del consentimiento informado como un daño moral autónomo, individualizado e indemnizable, al margen de secuelas corporales que para el paciente puedan derivarse de la realización del procedimiento médico no legitimado por su previo consentimiento”. Vid. CADENAS OSUNA, D.: El consentimiento informado..., *op. cit.*, nota 1197, p. 486.

152 ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008, pp. 108-109.

153 En este sentido, en la STS de 23 de septiembre de 1992, sobre un proceso de reclamación de daños y perjuicios por el funcionamiento anormal del servicio público municipal de cementerios, solicitándose la indemnización correspondiente por pérdida de los restos del hermano difunto de la apelante y en todo caso por los daños morales sufridos por esta, el TS ha afirmado que “puesto que efectivamente es muy difícil evaluar las consecuencias del daño moral infligido, la Sala no puede atenerse a un criterio automático para fijar la indemnización en casos como el presente. No obstante, habida cuenta de que los daños son exclusivamente de carácter moral se entiende que una indemnización de cuantía moderada es suficiente para el resarcimiento que conduzca a restablecer la justicia material quebrantada por el defectuoso funcionamiento del servicio” (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar).

154 «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011, pp. 46-58. Referencia: BOE-A-2011-7626.

se ocupa por primera vez del consentimiento informado en el marco de una relación de prestación de servicios sanitarios¹⁵⁵ y que permite definir el consentimiento informado del paciente descrito en las normas de la LBAP como una “norma adscrita de derecho fundamental” y la manifestación de una “norma de derecho fundamental directamente estatuida”, en la terminología empleada por el profesor alemán Robert Alexy¹⁵⁶.

En su STC 37/2011, el TC otorga el amparo solicitado por un paciente quien, además de no haber sido informado con anterioridad a una intervención quirúrgica, sufre a consecuencia de la misma la incapacidad funcional total de su mano derecha. Dicha demanda de amparo se dirige contra las sentencias de primera instancia y apelación que desestimaban las pretensiones del paciente-demandante respecto de una reclamación de responsabilidad civil derivada de la asistencia sanitaria. En este caso concreto el amparo es concedido en virtud de la apreciación de una vulneración del derecho a la integridad física (15 CE) y, consecuentemente, a la tutela judicial efectiva (24.1 CE), tal y como se desprende del fallo de dicha decisión. En su fundamentación jurídica, el TC descarta la invocación de la libertad física o deambulatoria, reconocida en el artículo 17 CE, como fundamento del consentimiento informado del paciente, al señalar que esta no puede ser interpretada como una “libertad general de actuación” o de “autodeterminación individual” vinculada a la noción de “libre desarrollo de la personalidad” (10.1 CE), que tan solo gozará de la protección otorgada por el recurso de amparo en caso de aquellas manifestaciones que la Constitución reconoce como derechos fundamentales¹⁵⁷.

155 No obstante, con anterioridad el TC ya se había pronunciado acerca de la impronta del consentimiento en supuestos en los que la vida de una persona se encontraba en peligro, bien ante una colisión con otro derecho fundamental, como es el caso del derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE (STC 154/2002, de 18 de julio), bien en casos de huelga de hambre donde los huelguistas en peligro de muerte por inanición se encontraban en una relación de sujeción especial respecto de la Administración penitenciaria en la que cumplían condena (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio).

156 ALEXY, R.: Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, [1985] 2012, p. 52.

157 A pesar de lo establecido por la jurisprudencia constitucional, no resultaría descabellado afirmar la afectación de la libertad garantizada en el 17 CE en aquellos supuestos de asistencia médica coactiva, pues en tales casos, además de la restricción del derecho al consentimiento informado del paciente, se estaría también limitando la libertad de movimientos de este, en tanto que se le sometiera a una intervención que implique, por ejemplo, su ingreso hospitalario, y cuando ello tenga lugar sin contar con su autorización o incluso en contra de su voluntad y no medie justificación constitucional alguna. Con todo, este supuesto no es el de la STC 37/2011, pues como ha señalado el propio TC en el F.J. 3 de dicha decisión: “en el presente caso no nos encontramos propiamente ante una asistencia médica coactiva, en el sentido de que haya sido desarrollada en

Por lo que se refiere a la invocación del artículo 15 CE como fundamento del consentimiento informado, el TC ha reiterado en varias ocasiones que dicho precepto protege “la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular”¹⁵⁸, en donde se incluye también la protección “frente a los riesgos que puedan surgir de una sociedad tecnológicamente avanzada”¹⁵⁹. Aquí el TC se refiere a aquellos derechos orientados a proteger tanto la “incolumidad corporal” como el “libre desarrollo de la personalidad”, no siendo necesaria la consumación de una lesión de la integridad, sino que es suficiente la existencia de un riesgo relevante, si bien “no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración de un derecho fundamental, sino tan solo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”¹⁶⁰. De estas afirmaciones podría concluirse una suerte de unidad en la comprensión de la integridad física y moral de la persona, lo cual vendría avalado por el empleo del concepto de “integridad personal” a lo largo de la fundamentación jurídica de la STC objeto de análisis¹⁶¹, si bien lejos de ser este un criterio estable, se constata una evidente vacilación terminológica en la resolución objeto de análisis, empleando el TC además del concepto de “integridad personal”, las expresiones “integridad física y moral” o “integridad física y psíquica”, mientras que en otras ocasiones emplea “integridad física” a secas.

Así pues, en el fallo de la STC 37/2011 solo se menciona la “integridad física”, omitiéndose cualquier referencia a la “integridad moral” del paciente, lo cual podría sugerir la importancia que la constatación del daño o resultado lesivo para la salud presenta en los supuestos en los que se incumplen los deberes correlativos al consentimiento informado del paciente, especialmente a los efectos de determinar el fundamento indemnizatorio, si bien con ello se estaría contradiciendo el criterio de la suficiencia de un “peligro grave y cierto”. Además, en la citada sentencia, el TC no matiza suficientemente la incidencia que la constatación del daño presenta en consideración de la estructura del consentimiento informado, ya que previsiblemente no será lo mismo

contra de la voluntad del paciente, sino frente a una intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información”.

158 SSTC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 8º; 119/2001, de 24 de mayo, F.J. 5º; y 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 3º.

159 STC 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 3º.

160 SSTC 119/2001, de 24 de mayo, F.J. 6º; 5/2002, de 14 de enero, F.J. 4º; 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 3º.

161 STC 37/2011, de 28 de marzo, FF.JJ. 3º y 4º.

proceder a la intervención sin la información adecuada o incompleta que proceder a la intervención sin consentimiento alguno del paciente, pues en el segundo caso la intromisión en la integridad personal es objetivamente mayor. Resulta sorprendente que, a lo largo de su argumentación, el TC emplee indistintamente las expresiones “integridad física y moral” (FF.JJ. 3º, 4º, 5º y 7º), “integridad física” a secas (F.J. 5º y en el fallo) e “integridad personal” (FF.JJ. 3º y 4º), refiriéndose incluso en el F.J. 4º a la “integridad física y psíquica”, pudiendo parecer que el TC concibe la integridad psíquica y la integridad moral como una misma realidad, lo cual no deja de ser conceptualmente confuso. Además, resultaría paradójico, e incluso contradictorio, afirmar que el fundamento del consentimiento informado sea la “integridad física” mientras que su explicación aparezca referida a la autonomía y autodeterminación del paciente, conceptos que por definición tienen un componente más moral que corporal (ya sea físico o psíquico), aunque indudablemente su ejercicio pueda acarrear consecuencias para la salud del paciente.

Asimismo, el TC ha reconocido el carácter negativo del deber de abstención del médico frente al rechazo efectuado por el paciente del tratamiento o intervención prescrita, a salvo de aquellos casos en los que exista una justificación constitucional¹⁶². Correlativamente, el paciente ostenta una “facultad de oposición a la asistencia médica”¹⁶³, quedando afectado su derecho a la integridad física y moral en aquellos casos de asistencia médica coactiva. Sin embargo, una vez más el TC no es constante al respecto de la inclusión del concepto de integridad moral en tales supuestos, pues a continuación afirma que una “asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho a la integridad física”¹⁶⁴.

Al margen de estas y otras dudas que exceden el propósito del presente análisis, el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral como el fundamento constitucional del consentimiento informado del paciente por la jurisprudencia constitucional española, junto con el efecto horizontal de los derechos fundamentales propio de la tradición continental y la posibilidad otorgada a los ciudadanos para recurrir en amparo ante el TC, en virtud de lo establecido en los arts. 53, 161 y 162 CE, supone una protección adicional todavía por desarrollar en el país norteamericano en materia de consentimiento informado. Con todo, la

162 STC 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 6º.

163 STC 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 3º.

164 STC 37/2011, de 28 de marzo, F.J. 3º. También en SSTC 120/1990, de 27 de junio, F.J. 8º; y 137/1990, de 19 de julio, F.J. 6º.

formidable amplitud del concepto de *privacy* hace posible atribuirle un contenido de indemnidad corporal próximo a aquel arrogado a la integridad física por la jurisprudencia constitucional española, si bien entrelazado con elementos propios de la intimidad personal y familiar y la protección de los datos personales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- ALEXY, R.: Teoría de los derechos fundamentales, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, [1985] 2012.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad por daño moral”, Anuario de Derecho Civil, vol. 1, 1966, pp. 69-108.
- ASAI, A.: “Barriers to informed consent in Japan”, Eubios Journal of Asian and International Bioethics, vol. 6, 1996, pp. 91-93.
- ASÚA GONZÁLEZ, C.I.: Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- BERG, J.W.: “All for one and one for all: informed consent and public health”, Hous. L. Rev., vol. 50 núm. 1, 2012, pp. 1-40.
- BERG, J.W., APPELBAUM, P.S. & GRISSO, T.: “Constructing competence: formulating standards of legal competence to make medical decisions”, Rutgers L. Rev., vol. 48, 1996, pp. 345-396.
- BUSTO LAGO, J.M.: “Consentimiento informado y responsabilidad civil”, Julgar, núm. especial consentimiento informado, 2014, pp. 157-182.
- CADENAS OSUNA, D.: El consentimiento informado y la responsabilidad médica, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- “El estándar de información sanitaria sobre riesgos de los tratamientos e intervenciones médicas en España y el common law: una visión panorámica”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, vol. 4, 2016, pp. 1-42.
- CAPRON, A.M.: “Informed consent in catastrophic disease research and treatment”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 123, 1974, pp. 340-438.
- CHAMALLAS, M.: “Do no harm: misdiagnosing informed consent (reviewing Erin L. Shelley, Rethinking injury: ‘the case of informed consent’, BYU L. Rev.)”, JOTWELL, June 11, 2014. Disponible en SSRN: <https://torts.jotwell.com/do-no-harm-misdiagnosing-informed-consent/> (última visita 12/06/2020).
- COFFEY, P.V.: “Assault on informed consent”, New York State Bar Journal, vol. 48, núm. 6, 1976, pp. 447-449.
- DERSE, A.R.: “Flying too close to the sun: lessons learned from the judicial expansion of the objective patient standard for informed consent in Wisconsin”, The Journal of Law, Medicine, and Ethics, vol. 45, núm. 1, 2017, pp. 51-59.
- DÍEZ-PICAZO, L.: Derecho de daños, Civitas, Madrid, 1999.
- FADEN, R., BEAUCHAMP, T.L. & KING, N.: A history and theory of informed consent, Oxford University Press, New York, 1986.
- FURROW, B.R., *et. al.*: Health law: cases, materials and problems, West Publishing Co., St. Paul: Minn., 2013.
- GALÁN CORTÉS, J.C.: Responsabilidad civil médica, 7.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- “El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha”, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, n. 47, 2009, pp. 9-43.
 - “1922 Sentencia de 21 de octubre de 2005: Responsabilidad médica. Medicina voluntaria. Doctrina de la imputación objetiva. Consentimiento informado en cirugía estética. Incumplimiento del deber de información: daño y nexos causal”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 72, 2006, pp. 1435-1450.
- GARCÍA LLERENA, V.M.: Una concepción iusfundamental del consentimiento informado: la integridad física en investigación y medicina, Madrid, Sociedad Internacional de Bioética (SIBI)-Junta General del Principado de Asturias, 2012.
- GARDBAUM, S.: “The «horizontal effect» of constitutional rights”, Michigan Law Review, vol. 102, núm. 3, 2003, pp. 387-459.
- GRAPENTINE, M.: “Jandre hearings: clarifying informed consent,” Wisconsin Medical Society, 2013.

- KABNICK, L.D.: “Informed consent to medical treatment: an analysis of recent legislation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 41, 1980, pp. 407-564.
- KATZ, J.: *The silent world of doctor and patient*, New York, Free Press, 1984.
- “Informed consent: a fairy tale? Law’s vision”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 39, 1977, pp. 137-174.
- KESSENICK, L.W. & MANKIN, P.A.: “Medical malpractice: the right to be informed”, *University of San Francisco Law Review*, 1973, pp. 261-281.
- LEFLAR, R.B.: “Informed consent and patients’ rights in Japan”, *Houston Law Review*, vol. 33, núm. 1, 1996, pp. 1-112.
- LUDLAM, J.E.: *Informed consent*, Chicago, American Hospital Association, 1978.
- MASON POPE, T. & HEXUM, M.: “Legal Briefing: Informed Consent in the Clinical Context,” *The Journal of Clinical Ethics*, vol. 2, núm. 2, Summer 2014, pp. 152-175.
- MCCOID, A.: “A reappraisal of liability for unauthorized medical treatment”, *Minnesota Law Review*, vol. 41, núm. 4, 1957, pp. 381-434.
- MEISEL, A.: “The law of informed consent”, en AA. VV.: *Making health care decisions: a report on the ethical and legal implications of informed consent in the patient-practitioner relationship*, vol. 3, Washington DC, U.S. Government Printing Office [GPO], 1982, pp. 206-245. *Vid.* también en *Bioethics Reporter*, vol. 2, 1983, pp. 1127-1132.
- “The expansion of liability for medical accidents: from negligence to strict liability by way of IC”, *Nebraska Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1977, pp. 51-152.
- MEISEL, A. & KABNICK, L.D.: “Informed consent to medical treatment: an analysis of recent legislation”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 41, núm. 3, 1980, pp. 407-564.
- MORRIS, G.H.: “Dissing disclosure: just what the doctor ordered”, *Arizona Law Review*, vol. 44, 2002, 110 pp. Disponible en SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=309641 (última visita 12/06/2020).
- NOTE: “The evolution of the doctrine of informed consent”, *Georgia Law Review*, vol. 12, 1978, pp. 581-611.
- PEREIRA SÁEZ, C.: “Constitución y consentimiento informado: España. Reflexiones sobre el fundamento constitucional del consentimiento informado en España a la luz de la STC 37/2011, de 28 de marzo”, *Julgar*, núm. especial, 2014, pp. 47-65.
- PLANTE, M.L.: “The decline of «informed consent»”, *Washington and Lee Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1978, pp. 91-105.
- “Some legal problems in medical treatment and research: an analysis of «informed consent»”, *Fordham Law Review*, vol. 36, 1968, pp. 639-672.
- PRIEST, G.L.: “The current insurance crisis and modern tort law”, *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 1521-1590.
- RECHER, B.C.: “Informed consent liability”, *Drake Law Review*, vol. 26, núm. 3, 1976, pp. 696-716.
- REIMAN, J.H.: “Privacy, Intimacy and Personhood”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 26-44.
- ROTH, N.A.: “The medical malpractice insurance crisis: its causes, the effects, and proposed solutions”, *Insurance Counsel Journal*, vol. 44, 1977, p. 469-501.
- RUHNKE, G.W., *et al.*: “Ethical decision making and patient autonomy: a comparison of physicians and patients in Japan and the United States”, *Chest*, vol. 118, núm. 4, 2000, pp. 1172-1182.
- SCHUCK, P.H.: “Rethinking informed consent”, *The Yale Law Journal*, vol. 103, 1994, pp. 899-959.
- SEOANE, J.A.: “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON*, vol. 39, 2013, pp. 13-34.
- SHELEY, E.: “Rethinking injury: the case of informed consent”, *Brigham Young University Law Review*, núm. 1, 2015, pp. 63-119.
- SOLOVE, D.: “Conceptualizing Privacy”, *Cal. L. Rev.*, vol. 90, 2002, pp. 1087-1155.

- SLOVENKO, R.: “Informed consent: information about the physician”, *Medicine & Law*, vol. 13, núms. 5-6, 1994, pp. 467-472.
- TARODO SORIA, S.: “La doctrina del cometimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *DS*, vol. 14, núm. 1, 2006, pp. 229-249.
- WALTZ, J. & SCHEUNEMAN, T.: “Informed consent to therapy”, *Northwestern University Law Review*, vol. 64, 1970, pp. 628-650.
- WARREN; S.D. & BRANDEIS, L.D.: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. 4, núm. 5, 1890, pp. 193-220.
- WILL, J.F.: “A brief historical and theoretical perspective on patient autonomy & medical decision making. Part II: the autonomy model”, *Chest*, vol. 139, núm. 6, 2011, pp. 1491-1497.
- ZIPURSKY, B.C. & GOLDBERG, J.C.P.: “Torts as wrongs”, *Texas Law Review*, vol. 88, núm. 5, 2010, pp. 917-986.
- Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey 505 U.S. 833 (1992).
- Washington v. Harper, 494 U.S. 210 (1990).
- Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).
- Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).
- California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).
- New Jersey v. T.L.O., 469 U.S. 325 (1985).
- Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983).
- United States v. Place 462 U.S. 696 (1983).
- Whalen v. Roe, 429 U.S. 589 (1977).
- Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).
- Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).
- Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1968).
- Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).
- Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944).
- Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).
- Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927).
- Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925).
- Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11 (1905).

2. Normativa

a) Estados Unidos

— Legislación

- U.S. Constitution.
- 2017 Wisconsin Statutes & Annotations § 448. Medical practice.
- 2013 Wisconsin Act 111 (fecha publicación: 13 de diciembre de 2013).
- 1981 AB 941, Ch 375, Laws of 1981 (fecha publicación: 6 de mayo de 1982).
- 1976 Nebraska Hospital-Medical Liability Act.
- 1976 Idaho Medical Malpractice Cases Act.
- 1976 Tennessee Code Annotated § 23-3417.

— Jurisprudencia del Tribunal Supremo

- Pagarigan v. Aetna U.S. Healthcare of California, No. B167722, 2005 WL 2742807 (Cal. App. 25 October 2005).
- Riggins v. Nevada, 504 U.S. 127 (1992).

— Jurisprudencia de los estados

- Torres v. Carrese, 149 Conn. App. 596 (Conn. App. Ct. 2014).
- Barton v. Tamacek, No. 11-CV-0619-CVE-TLW, 2012 WL 4735927 (N.D. Okla. 3 October 2012 - N.D. Okla. 23 August 2013).
- Saldana v. Crane, No. 12-573 DWF/TNL (D. Minn. 4 September 2013).
- Downs v. Trias, 49 A.3d 180, 185 (Conn. 2012).
- Jandre v. Wisconsin Injured Patients & Families Compensation Fund, 813 N.W.2d 627 (Wis. 2012).

- Ray v. Kapiolani Medical Specialists, 259 P.3d 569, 572-73 (Haw. 2011).
- Bubb v. Brusky, No. 2007AP619 (Wis. 2009).
- United States of America, Appellee, v. Charles Thomas Sell, Appellant, association of American Physicians & Surgeons, Inc. Amicus on Behalf of Appellant, 282 F.3d 560 (8th Cir. 2002).
- Johnson v. Kokemoor, 545 N.W.2d 495 (Wis. 1996).
- Martin v. Richards, 192 Wis. 2d 156 (Wis. 1995).
- Stover v. Association of Thoracic and Cardiovascular Surgeons, 635 A.2d 1047 (Pa. Super. 1993).
- Moore v. Regents of the University of California, 51 Cal.3d 120 (Cal. 1990).
- Bee v. Greaves, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984).
- Malloy v. Shanahan, 421 A.2d 803 (Super. 1980).
- Truman v. Thomas, 611 P.2d 902 (Cal. 1980).
- Sard v. Hardy, 281 Md. 432 (Md. 1977).
- Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E.2d 417, 420 (Mass. 1977)
- In Re Quinlan, 355 A.2d 647 (N.J. 1976).
- Scaria v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co., 227 N.W.2d 647 (Wis. 1975).
- Canterbury v. Spence, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972).
- Cobbs v. Grant, 8 Cal.3d 229 (Cal. 1972)
- Wilkinson v. Vesey, 295 A.2d 676 (R.I. 1972).
- Cooper v. Roberts, 220 Pa. Super. 260 (Pa. Super. Ct. 1971).
- Berkey v. Anderson, 1 Cal.App.3d 790 (Cal. Ct. App. 1969).
- Gray v. Grunnagle, 423 Pa. 144 (Pa. 1966).
- Natanson v. Kline, 187 Kan. 186 (Kan. 1960).
- Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 154 Cal.App.2d 560 (Cal. Ct. App. 1957).
- Butler v. Molinski, 277 S.W.2d 448 (Tenn. 1955).
- Gill v. Selling, 267 P. 812 (Or. 1928).
- Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125 (N.Y. 1914).
- Rolater v. Strain, 39 Okla. 572 (Okla. 1913).
- Mohr v. Williams, 104 N.W. 12 (Minn. 1905).

b) España

— Legislación

- Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. Referencia: BOE-A-1978-31229.
- 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» núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. Referencia: BOE-A-2002-22188.

— Jurisprudencia

- STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016\5649; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).
- STS de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199; Ponente: Excmo. Sr. Santiago Martínez-Vares García).
- STS de 30 de enero de 2012 (RJ 2012\3238; Ponente: Excmo. Sr. Enrique Lecumberri Martí).
- STS 22 de noviembre de 2011 (RJ 2012\2373; Ponente: Excmo. Sr. Segundo Menéndez Pérez).
- STS de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011\3279; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).
- STS de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902; Ponente: Excmo. Margarita Robles Fernández).
- STS de 10 de febrero de 2004 (RJ 2004\456; Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana).
- STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001\3; Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).

- STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258; Ponente: Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS de 23 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7007; Ponente: Excmo. Sr. Mariano Baena del Alcázar).
- STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991\2209; Ponente: Excmo. Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

— *Jurisprudencia constitucional*

- STC 37/2011, de 28 de marzo. «BOE» núm. 101, de 28 de abril de 2011, pp. 46-58. Referencia: BOE-A-2011-7626.
- STC 154/2002, de 18 de julio. «BOE» núm. 188, de 7 de agosto de 2002, pp. 51-63. Referencia: BOE-T-2002-15992.
- STC 5/2002, de 14 de enero. «BOE» núm. 34, de 8 de febrero de 2002, pp. 25-32. Referencia: BOE-T-2002-2499.
- STC 119/2001, de 24 de mayo. «BOE» núm. 137, de 8 de junio de 2001, pp. 56-66. Referencia: BOE-T-2001-10938.
- STC 137/1990, de 19 de julio. «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 1990, pp. 61-67. Referencia: BOE-T-1990-18331.
- STC 120/1990, de 27 de junio. «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 1990, pp. 2-10. Referencia: BOE-T-1990-18314.

c) *Otros*

- Slater v. Baker & Stapleton, 95 Eng. 860, 2 Wils. KB 359 (1767).

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. UNA VISIÓN COMPARADA ENTRE URUGUAY Y ESPAÑA

FECHA DE ENVÍO: 27 DE AGOSTO DE 2020 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 17 DE OCTUBRE DE 2020

**Agustín
Marchesano Sarries**

*Abogado. Universidad de la República, Uruguay
Máster en Derecho Sanitario y Bioética. Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La relación médico-paciente: del paternalismo médico a la autonomía del paciente. 2.1 El modelo paternalista tradicional. 2.2 El modelo autonomista actual. 2.3 ¿Qué es la relación médico-paciente? **3. El consentimiento informado como expresión de autonomía de paciente.** 3.1 Regulación del consentimiento informado en Uruguay y España. 3.2 Concepto y naturaleza jurídica del consentimiento informado. 3.3 ¿Consentimiento o asentimiento? 3.4 El alcance del deber de informar. 3.5 Dispensa o excepciones a la prestación del consentimiento informado. **4. Consentimiento informado y responsabilidad médica.** 4.1 ¿Cómo se configura el incumplimiento del deber de informar? 4.2 ¿Cómo se indemniza el incumplimiento del deber de informar? **5. Conclusión. 6. Bibliografía.**

RESUMEN

El consentimiento informado del paciente, su origen, su naturaleza jurídica, las exigencias para su validez, su contenido y la responsabilidad civil por su incumplimiento, son analizados desde una perspectiva de derecho comparado, observando las regulaciones vigentes y los criterios doctrinarios y jurisprudenciales en Uruguay y España.

PALABRAS CLAVE

Consentimiento informado; deber de informar; responsabilidad médica; Uruguay; España.

ABSTRACT

The informed consent of the patient, its origin, its legal status, the requirements for its validity, its content and the civil liability for its breach, are analyzed in a comparative law perspective, considering the regulations in force and the doctrinal and judicial rules in Uruguay and Spain.

KEYWORDS

Informed consent; duty to inform; medical liability; Uruguay; Spain.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando los profesionales del derecho nos enfocamos en el estudio del derecho de la salud, derecho médico o derecho sanitario, la denominada responsabilidad médica ocupa un sitio especial en dicha disciplina. Y en sede de responsabilidad médica, los supuestos de responsabilidad civil por ausencia o defecto del consentimiento informado del paciente requieren especial atención.

El consentimiento informado es una construcción jurídica al servicio de la medicina, como resultado de una necesidad impuesta por los parámetros éticos, de indispensable cumplimiento por los médicos para proteger la dignidad, libertad y autonomía de los pacientes. Su elaboración y aparición como doctrina jurídica ha sido primero tarea de la jurisprudencia, para luego ser recogida por los diferentes derechos positivos.

El presente trabajo presenta dos objetivos principales. Por un lado, analizar los orígenes, características e implicancias de este instrumento jurídico desde una perspectiva de derecho comparado, analizando las regulaciones vigentes en Uruguay

y España. Por otro lado, investigar, a partir de la jurisprudencia y doctrina uruguaya y española, los diferentes escenarios que se presentan ante el incumplimiento en la prestación del consentimiento informado, es decir, aquellas hipótesis de responsabilidad civil médica por la ausencia o defecto en el cumplimiento de este deber ético-jurídico.

Como el consentimiento informado es una conquista histórica de la sociedad moderna y su exigencia no ha estado siempre presente, el trabajo comienza con una contextualización del mismo, lo que hace necesario brindar una descripción con perspectiva histórica del vínculo que une al médico con el paciente, comúnmente conocido como relación médico-paciente.

Una vez inmersos en este universo médico legal, centraremos la siguiente sección del trabajo en el análisis a partir del derecho comparado de la regulación del consentimiento informado. Esto implica observar su definición, naturaleza, exigencias para su validez, contenido y excepciones a la obligatoriedad de su prestación en los dos ordenamientos jurídicos.

La última parte del trabajo versará sobre los diferentes supuestos de responsabilidad civil médica por la ausencia o defecto del consentimiento informado, así como las formas de indemnizar el daño causado, lo que hemos construido a partir de una revisión y análisis de la jurisprudencia y doctrina uruguayas y españolas en la materia.

Lejos está este trabajo de abarcar todos los asuntos relativos al consentimiento informado. Pretendemos abordar aquellos que entendemos de mayor interés a partir de la comparación de su tratamiento jurídico en Uruguay y España. Esperamos sea de agrado y utilidad para el lector.

2. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE: DEL PATERNALISMO MÉDICO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

El vínculo existente entre el médico y el paciente es lo que se conoce como relación médico-paciente (RMP). Sin embargo, este vínculo no siempre ha sido tal y como lo conocemos hoy en día, sino que sus características han ido mutando a lo largo del tiempo, sufriendo sus mayores cambios en el último tercio del siglo XX.

A grandes rasgos, podemos afirmar que a lo largo de la historia la RMP ha transcurrido desde un modelo paternalista a un modelo autonomista;

desde una relación autoritaria y vertical a una democrática y horizontal. Este pasaje de un modelo a otro de la RMP tiene una estrecha relación con la evolución que ha tenido la medicina y su ejercicio a lo largo del tiempo, la que podemos sintetizar en las siguientes etapas¹:

- Médico-sacerdote: en los orígenes de la medicina, en las culturas primitivas y arcaicas, la figura del médico se confundía con la del chamán o sacerdote. La medicina estaba ligada a lo espiritual, a lo sobre natural; el médico era un sujeto privilegiado, respetado e impune ante la ley.
- Médico-artesano: en la antigüedad también aparece esta figura, con una formación puramente empírica, como un simple práctico que curaba heridas, reducía fracturas o administraba hierbas.
- Médico-filósofo: con el paso del tiempo se produce una evolución desde la situación típicamente artesanal para ascender a una intelectual, social y profesional. Esta clase de médico, si bien es heredero del médico-sacerdote (porque no está sometido al derecho ordinario), se separa de éste, en la medida que no considera ni pretende utilizar fuerzas sobrenaturales, sino que elabora una teoría lógica y natural de la salud y la enfermedad, aplicándola en su práctica.
- Medicina monástica: en la Alta Edad Media la medicina y la religión vuelven a cruzarse. Los saberes médicos se encontraban plasmados en escritos que conservaban los monjes, quienes también se encargaban del cuidado de los enfermos en las enfermerías anexas a los monasterios. Pero con la entrada de la Baja Edad Media, la Iglesia fue restringiendo las prácticas clínicas a los clérigos, principalmente para evitar que éstos se vieran involucrados en intervenciones quirúrgicas con alto riesgo de muerte.
- Secularización de la medicina: la finalización de la etapa anterior llevó a la secularización de la práctica clínica, favorecida por la inclusión de la enseñanza médica en las nacientes universidades y la promulgación de normas que regulan la práctica profesional. En el siglo XIX, los médicos se integran a la clase burguesa y la medicina ya no aparece como una ocupación más, sino que tiene sus propios códigos de ética profesional y un rígido monopolio (es decir, los médicos son profesionales liberales y no están sometidos

1 LÁZARO, J.; GARCÍA, D.: "La relación médico enfermo a través de la historia", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Pamplona, 2006, vol. XXIX, sup. III, pp. 7-17.

a un régimen de asalariados o funcionarios). A su vez, en 1803 fue publicado el primer gran código de ética médica (Medical Ethics de Thomas Percival), que inspiró la elaboración de los demás códigos de ética médica por parte de los colegios y asociaciones profesionales.

- Medicina comunitaria: en el siglo XX, con la aparición, primero, de las sociedades de socorros mutuos y, luego, de los seguros sanitarios de carácter público, los médicos debieron abandonar su profesión liberal e integrarse a estos sistemas como funcionarios o asalariados distinguidos. Esta forma de ejercicio de la medicina se mantiene hasta hoy en día; incluso el médico ha dejado de ser una figura socialmente privilegiada para pasar a ser un profesional más entre otros, que ha dejado de gozar de impunidad jurídica, y es cada vez más frecuente que tenga que responder por su práctica profesional ante los tribunales.

- Colectivización de la medicina: la aparición de enfermedades muy específicas de las que el médico general ya no puede hacerse cargo, generó la aparición de especialistas. Consecuentemente, la proliferación de especialidades impulsó la necesidad del trabajo en equipos sanitarios. Se va estructurando así un sistema de atención en tres niveles: un nivel primario, de medicina general, higiene y prevención sanitaria; un nivel secundario, de consultas especializadas en régimen ambulatorio; y un nivel terciario, correspondiente a grandes centros hospitalarios.

Pero la evolución en la RMP también ha estado influenciada por los cambios que se han producido en el otro polo de la relación, el paciente. Esto porque la transformación de la práctica clínica deriva, en gran medida, de la evolución del sujeto como paciente:

- El paciente como un niño incapaz: desde tiempos remotos se ha pensado que el enfermo está incapacitado desde el punto de vista biológico, porque la enfermedad lo pone en una situación de sufrimiento e invalidez; incluso se pensaba que el enfermo era sometido a una situación de infantilización, volviéndose un niño incapaz. En la antigüedad se sostenía que la enfermedad no sólo afectaba al cuerpo sino también al alma, a la voluntad y al sentido moral. Por tanto, el enfermo no podía tomar decisiones complejas, al igual que un niño; como el niño confía en su padre -porque siempre elegirá lo mejor para él-, el enfermo confiaba en su médico, que con su sabiduría, rectitud moral y benevolencia elegiría siempre lo mejor para él. Para esta concepción,

un buen paciente es un enfermo sumiso, confiado, respetuoso y dócil, que obedece las indicaciones de su médico y no hace demasiadas preguntas.

- La revolución industrial y la lucha por mejores condiciones de vida: a raíz de este acontecimiento histórico, el proletariado luchó contra las condiciones miserables en que se desarrollaba su vida, lo que también se produjo en el ámbito sanitario, ya que las pésimas condiciones de vida suponían una distancia abismal entre la “medicina para ricos” y la “medicina para pobres”. Como resultado de esa lucha, se instaló la idea de que la salud es un derecho exigible por razones de justicia y se impulsó la aparición y desarrollo de sistemas colectivos de asistencia sanitaria de carácter público. Paralelamente, en la intimidad de los consultorios, el paciente quiere ser reconocido por su condición de sujeto personal, ser escuchado y comprendido.

- La rebelión de los pacientes: a fines del siglo XVIII las revoluciones democráticas en el mundo moderno generaron la emancipación del ciudadano del absolutismo y le proporcionaron derechos civiles y políticos fundamentales (vida, integridad física, libertad y propiedad). Pero recién doscientos años después, en 1973, con la aprobación de la Primera Carta de Derechos del Paciente, aprobada por la Asociación Americana de Hospitales, se reconoció el derecho del paciente a recibir completa información sobre su situación clínica y decidir entre los posibles tratamientos, como ser autónomo y libre. Esta época coincide con el desarrollo de nuevas técnicas sanitarias (diálisis renal, unidades de cuidado intensivo, técnicas de soporte vital, trasplantes, etc.), por lo que la decisión sobre cuándo y a quién aplicarlas era compleja y trascendental, queriendo los interesados participar en ella. A partir de ese momento, empieza a obtener predominancia la mentalidad autonomista y el paciente deja de ser un sujeto pasivo para transformarse en un sujeto activo; pasa de ser un paciente a ser un agente.

Se ha dicho que “*los niños creen en su médico, los adultos en la Medicina. El adulto cree en una ciencia sabia, segura y aseguradora. El adulto cree menos en el médico*”². Esto resume la evolución que ha tenido el paciente a lo largo de la historia, desde su consideración como un niño incapaz de tomar decisiones a un sujeto maduro y autónomo. Así, la práctica clínica

2 BERRO ROVIRA, G.: “La relación médico-paciente (RMP) y su actual encuadre legal”, *Revista Biomedicina - Medicina Familiar y Comunitaria*, Montevideo, 2006, vol. IV, núm. 1, p. 16.

debió adaptarse, pasando el médico de ser un padre sacerdotal a ser un asesor democrático. Habiendo mutado las dos partes de la RMP, indudablemente este vínculo ha ido evolucionando. Así, paulatinamente, la RMP ha pasado de un modelo paternalista a un modelo autonomista³, proceso al que algunos autores han denominado “transición bioética”⁴.

2.1 El modelo paternalista o tradicional

Este modelo se sustentaba en la idea de que el enfermo era una ser incapacitado física y espiritualmente, imposibilitado de tomar decisiones en forma libre y clara. Se basaba esencialmente en el principio de beneficencia (actuar en bien del enfermo), sostenido en el conocimiento y valores del médico, lo que implicaba un esquema autoritario y vertical, donde el médico decidía en forma aislada el mejor tratamiento para el paciente.

Su nombre se debe a que -como explica LÓPEZ CALERA- “paternalismo significa negativamente coaccionar o limitar la libertad de una persona en razón de su propio bien, interés o bienestar. Positivamente el paternalismo es un modo de intervención sobre la libertad ajena para evitar el daño a otros”⁵.

LÁZARO y GRACIA definen a la RMP del modelo paternalista como “una relación vertical y asimétrica en la que el médico ordena como un padre benévolo y el paciente se deja llevar hacia el bien (que él no ha elegido) como un niño sumiso”⁶. Sin embargo, en este modelo, se ha visto como el principio de beneficencia es ejercido por el médico, a veces en forma benevolente y otras veces en forma autoritaria, pudiéndose llegar a incurrir en situaciones de omnipotencia médica, es decir, en la idea que el médico todo lo puede⁷.

3 Hay quienes sostienen que el pasaje del modelo paternalista al modelo autonomista admite variantes o etapas intermedias. Así, podemos mencionar que, con la aparición de las especializaciones en la medicina y el trabajo en equipo entre los profesionales de cada rama de la medicina -pero antes del reconocimiento de la autonomía del paciente-, la RMP estuvo encuadrada dentro del denominado modelo oligárquico, con las mismas características de verticalidad y autoritarismo del modelo paternalista pero con la diferencia que el paciente ya no está sometido a un solo médico que decide por sí solo, sino a un equipo sanitario que toma las decisiones en conjunto, aunque aún sin importar la opinión del enfermo.

4 RODRÍGUEZ ALMADA, H.: “Consentimiento informado en la práctica clínica”, *Anales de la Facultad de Medicina*, Universidad de la República, 2017, N° 4 (Sup. 2), p. 22.

5 LÓPEZ CALERA, N. M.: “La vida y la muerte ante la ética y el Derecho. Paternalismo médico y desarrollo científico”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, N° 15-16, Vol. II (1994), p. 718.

6 LÁZARO, J.; GARCÍA, D. Ob. Cit., p. 15.

7 CAL LIGGIARDI, M.: “Aspectos jurídicos de la relación médico paciente”, *Régimen Jurídico de la Asistencia a la*

En este sentido, BERRO⁸ sintetiza las características de este modelo de la siguiente manera: el paciente es pasivo, acrítico, sumiso, obediente y disciplinado; deposita su confianza absoluta en el médico; no tiene capacidad de decidir por falta de conocimientos o por la propia enfermedad, ni cuestiona nada de lo que el médico decide; mientras tanto el médico es benefactor, paternalista, capaz de ejercer autoridad y frecuentemente represivo aunque a favor de la salud del enfermo.

Este modelo tradicional se encuentra hoy superado -al menos en la teoría-, dando paso al modelo autonomista. Esta transición bioética es resultado de la evolución de la visión que se tiene del paciente; la protección de las creencias y valores del enfermo obligan al médico a respetar su libertad y autodeterminación.

2.2 El modelo autonomista actual

En cuanto al modelo autonomista, PELLEGRINO nos explica que “la relación entre el médico y el paciente es ahora más franca y abierta, y en ella se respeta más la dignidad de los pacientes”⁹.

Asimismo, MONTANO señala que en este modelo “las relaciones médico-paciente discurren por otros senderos más orientados hacia la humanización de la práctica médica y a la valorización del trato humano con el enfermo y sus familiares”¹⁰.

Entonces, en el modelo actual es esencial el reconocimiento del derecho a la autonomía y libertad del paciente, pero también de derechos personalísimos como son el derecho a la información y a participar de las decisiones.

La RMP del modelo autonomista implica necesariamente que el médico debe brindar al paciente toda la información pertinente que posee, para que el paciente tome sus decisiones en función de las alternativas que se le ofrecen. Así, la RMP muta de un vínculo donde el médico era el sujeto activo y el paciente el sujeto pasivo (modelo paternalista) a uno en el que ambos son sujetos activos y se relacionan en un esquema de cooperación, participación, confianza, respeto y cuidado (modelo autonomista). La RMP es ahora democrática y horizontal.

Salud, Montevideo, 2018, p. 274.

8 BERRO ROVIRA, G. Ob. Cit., pp. 18-19.

9 PELLEGRINO, E. D.: “La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica”, *Boletín de Oficina Sanitaria Panamericana* 108, 1990, p. 379.

10 MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, P. J. *Derecho Médico Uruguayo*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2005, p. 133.

No obstante, cabe destacar que, aunque el modelo autonomista es altamente evolucionado en comparación con el modelo tradicional, igualmente enfrenta hoy en día varios desafíos. Por un lado, el paciente tiene comportamientos de consumidor, es decir, selecciona ofertas, busca paquetes, compara precios y elige libremente el médico y la institución de salud de la cual es usuario. Por otro lado, la existencia de centros o instituciones de salud generan un sistema burocrático –en ocasiones, excesivo– que no es del todo deseable. A su vez, interfieren en la RMP otros sujetos, como terceras personas vinculadas y/o familiares del paciente o distintos funcionarios de las instituciones de salud que cumplen tareas distintas a las de los médicos pero no por ello menos importantes. También, como resultado de la evolución tecnológica, las máquinas y estudios cumplen un rol importante en el desarrollo de la práctica clínica.

2.3 ¿Qué es la relación médico-paciente?

Desde una perspectiva histórico evolutiva hemos intentado clarificar qué se entiende actualmente por RMP, a la que, siguiendo a BERRO, podemos definir sintéticamente como *“el vínculo interpersonal, entre el paciente: “que padece” y el médico (de: “mederi”): “que cuida, remedia. (...) verdadero relacionamiento, que hoy en día incluye al equipo de salud, institución y sus funcionarios, familiares y allegados del paciente. Que implica: conocimiento mutuo y vínculo más o menos permanente, duradero”*¹¹.

Por último, entendemos importante destacar que la denominación precisa de este vínculo comúnmente conocido como relación médico-paciente, también ha sufrido alteraciones. Al principio se hablaba de “relación médico-enfermo”, pero con la aparición de centros sanitarios, hay quienes prefirieron llamarle “relación sanitario-enfermo”. Sin embargo, es discutible que dicho término sea el más adecuado, en la medida que no todas las personas que acuden al centro sanitario están enfermas, sino que lo hacen muchas veces para prevenir enfermedades; entonces, sería preferible la denominación “relación sanitario-paciente”. Pero el término “paciente” es también pasible de críticas, porque refiere a un sujeto pasivo característico del modelo tradicional, que se contraponen con el modelo actual de un sujeto activo y participativo; por tanto, se ha sugerido denominar al vínculo como “relación usuario-sanitario” o “RUS”¹².

11 BERRO ROVIRA, G. Ob. Cit., p. 16.

12 Aunque compartimos esta apreciación, igualmente a lo largo de este trabajo utilizamos la común denominación de “relación médico-paciente” (RMP).

3. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO EXPRESIÓN DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

El respeto a la autonomía del paciente que caracteriza al modelo actual de RMP, en palabras de LÁZARO y GRACIA *“es una conquista histórica de las sociedades más avanzadas”*¹³.

Autonomía significa, según su etimología, la *“facultad para gobernarse a sí mismo”* y –siguiendo a PELLEGRINO– es *“la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar de forma razonada, sobre la base de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas en función de sus propios sistemas de valores (...) emana de la capacidad de los seres humanos para pensar, sentir y emitir juicios sobre lo que consideran bueno”*¹⁴.

A decir de LÓPEZ CALERA, *“actualmente se entiende que la autodeterminación individual del paciente es un valor importante que condiciona la toma de decisiones o que exige su participación en los tratamientos médicos”*¹⁵. Así, el reconocimiento de la autonomía del paciente encuentra su máxima expresión en el consentimiento informado, un instrumento que implica que el médico deba informar al paciente con el objetivo que éste decida (acepte o rechace) sobre la intervención o tratamiento médico propuesto. Tal como sostiene BERRO, *“la teoría del consentimiento informado es el corazón mismo del nuevo modelo que pone acento en la autonomía del paciente y dice del derecho que el paciente tiene a decidir lo que puede o no puede hacerse sobre sí”*¹⁶.

GALÁN CORTÉS¹⁷ enseña que, en el campo del derecho, se comenzó a hablar del deber de información del médico y el derecho a decidir del paciente a fines del siglo XIX, aunque la primera sentencia en la materia data del siglo XVIII¹⁸.

13 LÁZARO, J. GARCÍA, D. Ob. Cit., p. 16.

14 PELLEGRINO, E. D. Ob. Cit., p. 380.

15 LÓPEZ CALERA, N. M. Ob. Cit., p. 719.

16 BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento informado”, *Revista Uruguaya de Cardiología*, 2013, Vol. 28, p. 19.

17 GALÁN CORTÉS, J.C.: “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Revista Médica del Uruguay*, 1999, Vol. 15, N° 1, p. 6.

18 La primera sentencia tuvo lugar en Inglaterra en 1767, en el Caso *Slater versus Baker & Stapleton*. Se sostuvo la responsabilidad de dos médicos al haber desunido una fractura parcialmente consolidada sin el consentimiento del enfermo, conducta que constituía ignorancia y falta de diligencia al contrariar la regla de la profesión, realizando lo que ningún cirujano hubiera debido hacer. Asimismo, se consideró que, en el marco de la RMP, era ciertamente razonable que se comunicara al paciente sobre el procedimiento a ser sometido para que pudiera tomar coraje y se preparara para sobrellevar la intervención.

La problemática del consentimiento informado tuvo, desde sus inicios, gran desarrollo en la jurisprudencia de Inglaterra, Alemania, Francia y Estados Unidos de América¹⁹.

Este mismo autor plantea que este concepto jurídico ha ido evolucionando, presentándose las siguientes etapas: consentimiento voluntario²⁰ (1947), se reconoce que el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial; consentimiento informado²¹ (1957), se considera que el médico debe informar al paciente todo lo relacionado con el procedimiento a realizar, las implicaciones futuras y todo lo que permita al paciente dar su consentimiento personal; consentimiento válido²² (1982), se advierte que el consentimiento informado puede no valer si interfieren en la decisión distintos mecanismos psíquicos de defensa; consentimiento auténtico, se exige para que la decisión del paciente sea auténtica, que ésta se encuentre plenamente conforme con el sistema de valores del individuo. Según LÓPEZ CALERA²³, ésta etapa iniciada en la década de los noventa, se extiende hasta la actualidad.

Hoy es unánimemente admitido por la doctrina y la jurisprudencia que el consentimiento informado constituye una regla jurídica y ética que efectiviza el principio de autonomía del paciente y garantiza su libertad. En otras palabras, existe acuerdo en que informar al paciente de manera exacta y completa es una de las obligaciones principales asumidas por el equipo médico, siendo necesariamente previo a todo consentimiento que otorgue el paciente. Es ésta la única forma de que el paciente pueda decidir en forma libre, respetándose su autonomía y dignidad humana.

19 A modo de ejemplo, mencionamos algunos de los primeros y más emblemáticos casos: en 1906 el Tribunal Supremo de Illinois (caso *Pratt versus Davis*) limitó la aceptación del consentimiento implícito a los supuestos de urgencia vital y aquellos en que el paciente, en uso de sus facultades intelectuales y volitivas, libre y conscientemente, deje en manos del médicos para que éste tome las decisiones que pudieren afectar; en 1914 el Tribunal del New York (caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*) consideró que “todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención si el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”. Este último es considerado el “leading case” en el que se basó la doctrina para el posterior desarrollo de este concepto.

20 Surgida en 1947 en Alemania como consecuencia de los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene racial y de los campos de concentración de la Alemania nazi

21 Caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board Trustees*.

22 Caso *Culver*.

23 LÓPEZ CALERA, N. Ob. Cit., p. 724.

3.1 Regulación del consentimiento informado en Uruguay y España

El consentimiento informado tiene su origen en principios éticos (autonomía, libertad, derecho del paciente a decidir y ejercer un control sobre su propio cuerpo) pero encontró su consolidación en una doctrina jurídica. El consentimiento informado es fruto de una construcción jurídica al servicio de la medicina. Como señala GALÁN CORTÉS, “*el consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho a realizado a la medicina en los últimos siglos*”²⁴.

Primero, la jurisprudencia adoptó la noción y exigencia del consentimiento informado; luego, ha sido objeto de expreso reconocimiento y regulación por el derecho positivo. Sin embargo, debe tenerse presente que aunque no existiera la obligación jurídica de obtener un consentimiento informado, igual existiría un deber ético de informar al paciente por parte de los médicos y un derecho de los pacientes a decidir en base a esa información, porque es la esencia misma del actual modelo de RMP.

En ocasión de este trabajo, referiremos a la regulación del consentimiento informado en Uruguay y España. Sin perjuicio de ello, debemos destacar que a nivel internacional existe un importante instrumento que reconoce a la autonomía y el consentimiento informado. Éste es la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que establece en su art. 5 “Autonomía y responsabilidad individual” que “*se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses*”, y en su art. 6 “Consentimiento” que “*Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno*”.

3.1.1 Uruguay

El consentimiento informado, como obligación deontológica de los médicos, se encuentra

24 GALÁN CORTÉS, J.C. Ob. Cit., p. 5.

expresamente establecido en la **Ley 19.286 “Código de Ética Médica”**, obligatoria para todos los integrantes del Colegio Médico del Uruguay.

De acuerdo al art. 13 de esta ley, el médico tiene el deber de:

- Dar una información completa, veraz y oportuna sobre las conductas diagnósticas o terapéuticas que se le propongan al paciente, incluyendo las alternativas disponibles en el medio.
- Comunicar los beneficios y los riesgos que ofrecen tales procedimientos, en un lenguaje comprensible, suficiente y adecuado para ese determinado paciente. En los casos excepcionales en que la información pudiese ocasionar efectos nocivos en la salud física o psíquica del paciente, podrá limitarla o retrasarla.
- Respetar la libre decisión del paciente, incluido el rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto. En ese caso le informará sobre los riesgos o inconvenientes de su decisión, pudiendo solicitarle al paciente o a sus responsables, firmar un documento escrito en el que conste ese rechazo o, en caso que no se lograra, dejar constancia en la historia clínica.
- Mantener informado al paciente de los cambios eventuales en el plan diagnóstico o terapéutico y en caso de su traslado a otro servicio o centro asistencial, informarle de los motivos del mismo.

Otras disposiciones de esta ley también refieren expresamente al deber de contar con consentimiento informado para determinadas intervenciones, como ser la esterilización de mujeres u hombres (art. 41), extracción órganos, celular y tejidos de sujetos vivos (art. 51), cualquier tipo de investigación científica (art. 61), y en relación al final de la vida humana, respecto al rechazo por parte del paciente de los tratamientos que se le indiquen (art. 49).

No obstante, el **Decreto 258/992 “Doctores en Medicina. Reglamentación sobre la Conducta Médica y Derecho del Paciente”**, ya contenía el deber del médico de informar adecuadamente al enfermo con veracidad y objetividad, así como de procurar la obtención del “libre consentimiento informado” (art. 5).

Por otro lado, se destaca especialmente la **Ley 18.335 “Derecho y Obligaciones de Pacientes y Usuarios de los Servicios de Salud”**, reglamentada por el **Decreto 274/010**.

Esta ley establece, en su art. 11, que todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente (o su representante) y el profesional de salud, luego de recibir información adecuada, suficiente y continua. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa, el que puede ser revocado en cualquier momento. El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

A su vez, se prevé la dispensa a la prestación del consentimiento informado cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra.

Adicionalmente, se establece la obligatoriedad del consentimiento informado para todo procedimiento de investigación médica (art 12) y se prevé el derecho del paciente negarse a que su patología se utilice con fines docentes cuando esto conlleve pérdida en su intimidad, molestias físicas, acentuación del dolor o reiteración de procedimientos (art. 17).

En cuanto al Decreto, éste reglamenta lo referente al consentimiento informado en los arts. 16 a 26, disponiendo expresamente que es un derecho del paciente y un deber del profesional de la salud (art. 16). De acuerdo a esta norma, el consentimiento informado es aplicable a todo procedimiento de atención a la salud (procedimientos diagnósticos o terapéuticos) y se requiere dejar constancia del mismo en la historia clínica del paciente²⁵.

Asimismo, se prevé: el derecho a no saber del paciente (art. 19); la posibilidad de establecer restricciones al derecho del paciente a conocer el curso de su enfermedad en situaciones excepcionales (art. 21); el derecho del paciente a revocar el consentimiento en cualquier momento y a negarse a recibir atención médica, explicándole las consecuencias negativas para su salud (art. 20); las excepciones al otorgamiento del consentimiento informado (art. 22).

También se reglamenta la forma en que debe prestarse el consentimiento informado y su

²⁵ Art. 17 de la Ley 18.335: “*todo procedimiento de atención a la salud será acordado entre el paciente o su representante y el profesional de salud, previa información adecuada, suficiente, continua y en lenguaje comprensible para dicho paciente, debiendo dejar constancia en la historia clínica del consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos*”.

contenido (arts. 23 a 26), así como la situación de los menores incapaces frente al consentimiento informado (arts. 18 y 24).

La **Ley 14.005 “Donación para uso con fines científicos y terapéuticos del cuerpo u órgano y tejidos. Registro Nacional de Donantes de órganos y tejidos”** es la primera norma nacional que impuso el consentimiento informado en Uruguay dentro del ámbito de la salud, específicamente para la donación de órganos y tejidos, así como para la realización de autopsias clínicas. También la donación de sangre Uruguay cuenta con normativa que exige el consentimiento informado, a través del **Decreto 81/999 “Reglamento de Medicina Transfusional”** y el **Decreto 385/000 que aprueba el “Reglamento Técnico Mercosur de Medicina Transfusional” (Resolución Grupo Mercado Común 42/00)**.

Respecto a la investigación en seres humanos, el **Decreto 158/019**—cuyo antecedente es el Decreto N° 379/008—, aprobado en atención a lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, exige el consentimiento previo, libre e informado del sujeto que participe en una investigación, siendo ésta la forma de ejercer el respeto debido a la dignidad humana²⁶. Asimismo, establece que el consentimiento informado debe estar libre de vicios (simulación, fraude o error), dependencia, subordinación o intimidación²⁷.

En el año 2012, Uruguay sancionó la **Ley 18.987 sobre “Interrupción voluntaria del embarazo”**, mediante la que se exige el previo consentimiento informado de la mujer (o su representante) a la que se le va a practicar el procedimiento de aborto (art. 3). Esta ley se encuentra reglamentada por el **Decreto 375/012**, el que regula qué debe contener dicho consentimiento informado y hace hincapié en el respecto de la autonomía de la voluntad y la libertad de la mujer para tomar sus decisiones²⁸.

26 El Decreto 158/019 sobre Investigación en Seres Humanos dispone que “el respeto debido a la dignidad humana exige que la investigación se procese después del consentimiento libre e informado de sujetos, que manifiesten su anuencia a la participación en la investigación, de conformidad con las normas legales vigentes”.

27 A texto expreso el Decreto 158/019 define al consentimiento informado como la “*anuencia del sujeto de investigación y/o de su representante legal, libre de vicios (simulación, fraude o error), dependencia, subordinación o intimidación. Debe ser precedido por la explicación completa y pormenorizada sobre la naturaleza de la investigación, sus objetivos, métodos, beneficios previstos, potenciales riesgos y/o incomodidades que ésta pueda acarrear. La aceptación debe ser formulada en término de consentimiento, autorizando su participación voluntaria en la investigación*”.

28 El art. 2 del Decreto 375/012 establece que “*toda decisión deberá ser antecedida de un correcto consentimiento informado (...) específico en el que se detallará la información*

También la **Ley 19.167 “Regulación de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida”**, establece como requisito para la realización de técnicas de reproducción humana asistida el “*consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso*” (art. 7). A su vez, exige el consentimiento para realizar fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido (art. 9) y para la donación de gametos (art. 12).

Por último, recientemente el Parlamento uruguayo sancionó la **Ley 19.869 de “Telemedicina”**, la que también prevé el deber de recabar el consentimiento informado del paciente en el ámbito de la telemedicina²⁹.

3.1.2 España

El consentimiento informado se encuentra regulado por la **Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**, vigente para todo el Estado español. La misma tiene su antecedente en la Ley 14/1986 General de Sanidad y viene a completar sus previsiones, reforzando y dando un trato especial al derecho a la autonomía privada.

Esta ley establece que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario de éste, una vez que, recibida la información sobre la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias, haya valorado las opciones propias del caso (art. 8).

recibida, el asesoramiento brindado, los derechos que le otorga la ley y las obligaciones que contrae así como los riesgos y beneficios de los procedimientos para llevar adelante la interrupción del embarazo”. Asimismo, dispone que “*se deberá promover el respeto por la autonomía de la voluntad de la mujer y el ejercicio de la misma de tal manera que la mujer pueda tomar decisiones personales libres, conscientes e informadas en todo proceso de atención. Esto implica que el personal de la salud interviniente debe abstenerse de imponer sus valores y creencias, así como sus visiones filosóficas personales, debiendo actuar e informar a la mujer que proceda a interrumpir un embarazo de acuerdo a la evidencia científica disponible, con profesionalismo, calidad técnica y humana*”.

29 Concretamente, la ley de telemedicina establece que “*para brindar servicios de telemedicina, los servicios de salud deberán recabar el consentimiento expreso del paciente por cada acto médico a realizarse (...). El paciente deberá otorgar consentimiento expreso para la realización de tratamientos, procedimientos, diagnósticos, así como la transmisión e intercambio de la información personal que se desprenda de su historia clínica (...). El consentimiento a que refiere este artículo puede ser revocado por el paciente en cualquier momento. La revocación surtirá efectos desde su comunicación fehaciente al servicio de salud. En el caso de que el paciente sea menor de edad o persona declarada legalmente incapaz, el artículo será aplicable a su tutor o representante legal*”.

Se prevé que los pacientes tienen derecho a (art 4):

- Conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley, la que deberá ser verdadera, comprensible y adecuada.
- Que se respete su voluntad de no ser informado.
- Tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

De acuerdo a esta disposición, son responsables de garantizar el derecho a la información el médico responsable del paciente y todos los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto.

Asimismo, la ley define al consentimiento informado (art. 3), regula la forma en que debe otorgarse (art. 8), contenido y el alcance de este derecho del paciente (art 10), el derecho a la revocación del consentimiento informado (art. 8) y el derecho del paciente a no ser informado (art. 9). También se establecen las situaciones que configuran excepciones a la obligación de recabar el consentimiento informado, y el otorgamiento del consentimiento por representación y la situación de los menores frente al ejercicio de este derecho (art. 9).

Por otra parte, la **Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida** exige la prestación del consentimiento escrito por parte de la mujer que vaya a ser receptora o usuaria de técnicas de reproducción humana asistida³⁰. También la **Ley 30/1979 sobre extracción y trasplante de órganos** establece como requisito que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y por escrito. (Artículo Cuarto).

Como en España la sanidad es competencia de las Comunidades Autónomas, éstas pueden tener su propia regulación en la materia, incluso con mayor detalle que la ley estatal, pero siempre respetando su contenido esencial acerca del derecho a la autonomía del paciente. Así, se encuentran vigentes la **Ley 21/2000 en Cataluña**, la **Ley 3/2001 en Galicia**, la **Ley 7/2002 de Sanidad en Cantabria**, la **Ley 7/2002 en País Vasco**, la **Ley 8/2003 en Castilla y León**, la **Ley 5/2003 de Salud en Islas Baleares**, la **Ley 3/2005 de Información Sanitaria y**

Autonomía del Paciente en Extremadura, la **Ley 3/2009 de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitaria en Murcia**, la **Ley Foral 17/2010 de Derechos y Deberes de las personas en materia de salud en Navarra**, la **Ley 1/2003 de Derecho e Información del Paciente** y la **Ley 10/2014 de Salud en Valencia** y la **Ley 5/2010 sobre derecho y deberes en salud en Castilla-La Mancha**.

Por último, debe destacarse la existencia convenios internacionales en la materia, que han sido suscritos y ratificados por España. Éstos son el **Convenio del Consejo de Europa suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997** y la **Carta Europea de Derechos Humanos**.

3.2 Concepto y naturaleza jurídica del consentimiento informado

Hasta ahora hemos visto como la RMP ha mutado con el paso del tiempo, hasta obtener un modelo que reconoce el derecho a la autodeterminación y libertad del paciente, el derecho a la información y a participar de las decisiones; esto se materializa mediante la exigencia del consentimiento informado. Habiendo brindado una breve explicación acerca de los instrumentos normativos que lo regulan en Uruguay y España, corresponde ahora centrarnos en la noción, naturaleza y elementos del consentimiento informado, para luego analizar las implicancias que conlleva su aplicación en la práctica clínica.

La regulación uruguaya no contiene expresamente una definición de consentimiento informado, aunque puede inferirse de sus disposiciones. En cambio, en España el art. 3 de la Ley 41/2002 lo define como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”.

Esta noción de consentimiento informado es general y, por tanto, es coherente con la legislación uruguaya. La misma incluye los dos elementos de este concepto jurídico: consentimiento e información, los cuales están íntimamente ligados, siendo inseparables el uno del otro. En otras palabras, no es concebible el consentimiento sin información previa, son ambos elementos indispensables de este concepto ético-jurídico; incluso, autores como CORBELLA I DUCH³¹ cuestionan que la expresión

30 Art. 6.1. de la Ley 14/2006: “*toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa*”.

31 CORBERLLA I DUCH, J.: “*Reflexiones en torno a los derechos de los enfermos. Con referencias a la ley española 41/02*”, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 434.

“consentimiento informado” –proveniente de la doctrina anglosajona- sea la más acertada, en la medida que parecería dar a entender que puede existir un consentimiento sin información previa, lo cual, por definición no es posible.

Veamos cuál es la naturaleza jurídica del consentimiento informado, respecto a lo cual existen diferentes opiniones.

3.2.1 El consentimiento informado como derecho humano fundamental

El consentimiento informado así concebido constituye un derecho humano fundamental, en tanto encuentra su fundamento en el reconocimiento y respeto a la dignidad, libertad y autonomía del paciente.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español, al sostener que el consentimiento informado es “*un derecho humano fundamental (...) Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*”. Y entiende que es “*consecuencia necesaria y explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*”³².

En igual sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia uruguaya, al entender que “*la autorización del paciente es la concreción, en el ámbito de la asistencia sanitaria, de su derecho fundamental de libertad (art. 7 de la Carta) de autodeterminación y de decidir libre y autónomamente sobre su propio cuerpo, su integridad corporal y su futuro vital*”³³.

Sin embargo, hay quienes prefieren precisar esta afirmación, diciendo que el consentimiento informado no es un derecho fundamental, sino que “*es garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral*”³⁴ o “*un acto de ejercicio de los derechos fundamentales del paciente*”³⁵, lo que técnicamente sería correcto. La vida, la integridad física,

la dignidad humana, la libertad y la autonomía son en realidad los derechos fundamentales; el consentimiento informado es el instrumento que permite garantizar, proteger y ejercer esos derechos.

Cabe aclarar que, en realidad, el consentimiento informado importa dos derechos fundamentales: derecho a la información y derecho a decidir (aceptar o rechazar).

Por supuesto que el consentimiento informado, además de constituir un derecho fundamental para el paciente, implica correlativamente un deber jurídico y ético para el médico, quien se encuentra obligado, en primer lugar, a informar al paciente y, luego de ello, a recabar su consentimiento (aceptación o rechazo). Así se encuentra expresamente establecido en la legislación uruguaya y española.

3.2.2 El consentimiento informado como acto médico

Autores como BERRO³⁶ y RODRÍGUEZ ALMADA³⁷ nos dicen que el consentimiento informado es un acto médico. Se entiende por acto médico toda conducta del médico en el desempeño de su profesión frente al paciente y la sociedad, ya sea en el proceso diagnóstico, tratamiento y pronóstico, así como los que se deriven directamente de éstos³⁸.

Esta naturaleza a la que refieren BERRO y RODRÍGUEZ ALMADA, deriva más de una noción bioética que de un concepto jurídico aplicado a la medicina. No por ello es equivocada, por el contrario, compartimos que el consentimiento informado es un acto médico, en la medida que debe encontrarse sometido a los principios de la ética médica. Sin perjuicio de ello, destinaremos nuestro esfuerzo en encontrar el instituto jurídico en el cual pueda encuadrarse el consentimiento informado.

3.2.3 El consentimiento informado es un negocio jurídico

Para CAUMONT³⁹ el consentimiento informado es un negocio jurídico, específicamente un negocio

32 Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197), Sala 1ª.

33 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013), 14 de febrero de 2008 (Sent. 11/2008) y 20 de octubre de 2004 (Sent. 321/2004).

34 GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad medicosanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad”, *Responsabilidad civil y seguro*, Cuestiones actuales, Barcelona: Ediciones Francis y Taylor, 2018, pp. 361-455.

35 LÓPEZ CARMONA, V.: “Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactoria”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, Extraordinario XXII Congreso 2013, p. 185.

36 BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento”, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, p. 364.

37 RODRÍGUEZ ALMADA, H. Ob. Cit., p. 27.

38 VERA CARRASCO, O.: “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, *Revista Médica de La Paz*, Vol. 19, N° 2, 2013, p. 73.

39 CAUMONT, A.: “El denominado consentimiento informado: negocio jurídico de fijación de la ejecución de la prestación médica”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 407-412.

jurídico de fijación de la ejecución de la prestación médica.

Este autor uruguayo, en primer lugar calificó al consentimiento informado como un negocio jurídico médico, por ser una declaración de voluntad tendiente a la producción de efectos jurídicos, característica propia del negocio jurídico. A esta explicación agrega que, mediante este negocio jurídico, “*facultativo y paciente convienen la constitución de un área delimitante de la actuación profesional en el ejercicio de la medicina*”, razón por la cual le asigna la naturaleza de médico a dicho negocio jurídico.

Posteriormente, especificó su naturaleza dentro del género negocio jurídico médico en un negocio jurídico de fijación de cumplimiento o ejecución de una prestación médica, en el entendido que el consentimiento informado tiene la función de delimitar el ámbito y alcance de la prestación médica, porque la prestación del servicio médico (sin estar delimitado aún su alcance) fue acordada por las partes mediante un negocio anterior.

En la misma línea, el italiano PARADISO naturaliza al consentimiento informado como un negocio jurídico, particularmente como un contrato, al expresar que “*el consentimiento se torna propiamente contractual tanto porque, cuando es debidamente “informado”, se hace idóneo para asignar (o para transferir) al paciente el riesgo de resultados infaustos, como porque concurre a definir el objeto de las obligaciones del médico y de la estructura sanitaria, contribuyendo así a delinear el ámbito de la responsabilidad y los intereses relevantes al momento de definir el tipo y entidad del resarcimiento*”⁴⁰.

También el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno de Uruguay ha asemejado al consentimiento informado a un contrato⁴¹.

3.2.4 El consentimiento informado: un procedimiento

Por último, hay quienes al referirse al consentimiento informado lo definen como un procedimiento o proceso.

En este sentido, GALÁN CORTÉS nos dice que “*el consentimiento informado es un procedimiento*

40 PARADISO, M.: “La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”, *La responsabilidad civil. Estudios italianos contemporáneos*, Ediciones Olejnik, 2015, p. 325

41 Sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno de 17 de octubre de 2012 (Sent. 265/2012) y de 20 de marzo de 2013 (Sent. 32/2013)

gradual”⁴². También PELLEGRINO, nos habla de “*los procedimientos relativos al consentimiento informado*”⁴³.

PARADISO señala también que “*parece delinarse una nueva configuración del consentimiento, visto ya no como mero acto, instrumental a la instauración válida de una terapia, sino como un proceso dirigido a garantizar los diversos intereses en juego*”⁴⁴.

También el Tribunal Supremo español ha naturalizado al consentimiento informado como un procedimiento que se caracteriza como gradual⁴⁵.

3.2.5 Nuestra opinión

Entendemos que es correcto sostener tanto que el consentimiento informado es un acto médico, como que es un negocio jurídico (de fijación de la ejecución de la prestación médica) —o más específicamente un contrato— o un procedimiento; ninguna de las tres naturalezas son excluyentes.

Si analizamos la naturaleza del consentimiento informado desde la bioética, es acertado afirmar que se trata de un acto médico, que el sanitario debe ejercer con profesionalismo y cumpliendo con los principios y mandatos de la ética médica.

Pero también implica una actuación en el campo del derecho, aunque más que un acto jurídico es una serie o conjunto de actos con una determinada finalidad, por lo cual resulta acertado calificarlo como un procedimiento. Este procedimiento implica informar cuánto y las veces que sea necesario —porque la información debe ser completa, oportuna, adecuada, suficiente y continua— pero también implica decidir una vez se cuente con la información y, posteriormente, consentir (aceptar o rechazar) el tratamiento o intervención médica. Con esto queremos decir que el consentimiento informado no se agota en un solo acto o en un solo momento, sino que implica un conjunto de actos tendientes a lograr un resultado.

En cuanto a la opinión de CAUMONT, no nos oponemos a que pueda ser calificado como un negocio jurídico que fije el alcance de la prestación a la que se obliga al médico y de la cual es acreedor el paciente, sin embargo, notamos que el consentimiento

42 GALÁN CORTÉS, J.C. Ob. Cit., p. 7-8.

43 PELLEGRINO, E. D. Ob. Cit., p. 382.

44 PARADISO, M. Ob. Cit., p. 321.

45 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014/266), Sala de lo Civil, Sección 1.

informado es mucho más que un instrumento con esa finalidad. Es un procedimiento tendiente a recabar el consentimiento del paciente en relación a la realización determinado tratamiento o intervención médica, para lo cual requiere que el paciente cuente en forma previa con toda la información necesaria para poder decidir (aceptar o rechazar).

3.3 ¿Consentimiento o asentimiento?

Como hemos señalado, consentimiento e información están íntimamente ligados, siendo inseparables el uno del otro. No obstante, para su mayor comprensión, analizaremos estos dos conceptos por separado.

El consentimiento informado es una construcción del derecho -fundamentada en principios y valores éticos- al servicio de la medicina, recogida específicamente del derecho civil, de donde proviene el consentimiento, integrante de la teoría de las obligaciones y los contratos. Por ello, para definir al consentimiento hemos de recurrir a autores clásicos del derecho civil como son COLIN y CAPITANT, quienes nos dicen que *“el concepto doctrinal clásico, define el consentimiento como el concursus voluntatum, el acuerdo de dos voluntades”*⁴⁶.

En esa idea del consentimiento como acuerdo de dos voluntades, el art. 1262 del Código Civil uruguayo establece: *“no habrá consentimiento obligatorio sin que la propuesta de una parte haya sido aceptada por la otra”*. En igual sentido, el art. 1262 del Código Civil español dispone: *“el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”*.

Si bien autores como CORBELLA I DUCH sostienen que esta noción de consentimiento (que implica el concurso de dos voluntades) llevada al ámbito sanitario, *“supone llegar a una coincidencia en la actuación sanitaria después de haber recibido, de forma veraz y comprensible, toda la información disponible al estado de salud del paciente y las alternativas de tratamiento existentes”*⁴⁷, cabe preguntarse si el denominado consentimiento informado implica el concurso de dos voluntades (médico y paciente) o si la única voluntad necesaria para su perfeccionamiento es la del paciente.

Debemos recordar, como explica MESSINEO, que el consentimiento *“es un hecho esencialmente*

*bilateral (...), donde se trata de una hecho unilateral, no se puede, para expresarlo, usar el término “consentimiento” (...) para indicar lo que propiamente debe decirse “asentimiento” y consiste en una declaración única de voluntad”*⁴⁸.

En esta línea de pensamiento, SZAFIR y VENTURINI en vez de hablar de consentimiento informado prefieren hablar se “asentimiento informado”, en la medida que *“estamos ante una declaración única de voluntad”*; GAMARRA nos dice que por esa razón se trata de un *“consentimiento en sentido impropio”*; y el argentino LORENZETTI entiende que *“teniendo en cuenta que con esta manifestación de voluntad el paciente permite que otra persona realice actos materiales sobre su propio cuerpo (...) la expresión más apropiada es autorización”*⁴⁹. También la Suprema Corte de Justicia uruguayo ha hecho referencia a *“la autorización del paciente”*⁵⁰.

Vale destacar que en Uruguay el Decreto 158/019 al definir al consentimiento informado refiere a “anuencia”, “aceptación” y “autorización” para la participación en investigaciones clínicas. A su vez, la Ley 41/2002 (art. 3) define al consentimiento informado como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente”* y en el art. 9.2.b refiere a la “autorización” del enfermo. Todos ellos términos que dan a entender que se requiere una única voluntad, la del paciente.

Otra de las razones que podrían dar a entender que el denominado consentimiento informado se trata de un acto unilateral es el hecho de ser esencialmente revocable por el paciente. La revocabilidad del consentimiento informado es parte esencial del mismo y así lo reconoce la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos⁵¹. En Uruguay la Ley 18.335 (art. 11) y su Decreto reglamentario 274/010 (art. 20) establecen que el consentimiento informado puede ser revocado en cualquier momento; y en España la Ley 41/2002 (art. 8.5) dispone que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

48 MESSINEO, F.: *Dottrina Generale del Contratto*, Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948 (trad. cast., *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018), p.126.

49 GAMARRA, J.: *Responsabilidad Civil Médica*, Tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 156.

50 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013), 14 de febrero de 2008 (Sent. 11/2008) y 20 de octubre de 2004 (Sent. 321/2004).

51 El art. 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos dispone sobre el consentimiento informado: *“la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno”*.

46 COLIN, A.; CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo Tercero, Madrid: Editorial Reus, 1924, p.553.

47 CORBERLLA I DUCH, J. Op. Cit., p. 434.

Cabe destacar que esto último opera solo como un indicio de la unilateralidad del consentimiento informado, pero no como un elemento que haga descartar de forma indiscutible su bilateralidad. Esto porque el derecho civil admite la revocación unilateral del contratos (actos esencialmente bilaterales)⁵² en aquellos casos en que la ley expresamente lo autoriza, como podría ser el caso del consentimiento informado.

Utilizar el término “consentimiento” no es lo más adecuado técnicamente, siendo preferibles los términos “asentimiento” o “autorización”. Sin embargo, el término “consentimiento informado” adoptado del derecho anglosajón, es el más difundido y conocido –además de ser el que utiliza la regulación uruguaya y española en la materia (salvo alguna disposición en particular)-, razón por la cual es el término que hemos utilizado hasta ahora y continuaremos utilizando a lo largo del presente trabajo.

No obstante, debe notarse que la Ley uruguaya 18.335 (art. 11) establece que “*todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante (...) y el profesional de salud*”⁵³; por lo cual, siguiendo esta disposición, podría entenderse que el consentimiento informado implica un acuerdo de voluntades entre las dos partes (médico y paciente) y, consecuentemente, sería técnicamente correcto hablar de “consentimiento”.

Por otra parte, debemos remarcar que el consentimiento tiene dos notas características esenciales; para ser considerado un acto autónomo necesariamente debe ser: libre y voluntario⁵⁴. Recordemos que el consentimiento informado es la expresión, en el ámbito sanitario, de reconocimiento y respeto pleno a la dignidad humana, la autonomía y libertad de la persona, lo que implica, -como menciona RODRÍGUEZ ALMADA- que “*se debe asegurar la ausencia de toda clase de coacción, violencia, amenaza o intimidación, que directa o indirectamente influya en la decisión*”⁵⁵. Esto se encuentra expresamente establecido en el Decreto 158/019, que regula

52 MESSINEO nos enseña que “*la revocación unilateral del contrato tomada en sí mismo, la que es una retractación autorizada por la ley y manifestada mediante una declaración*” (MESSINEO, F. Ob. Cit., p.791).

53 El subrayado nos pertenece.

54 Algunos autores como BEAUCHAMP y CHILDRESS consideran que para que una conducta sea reputada autónoma deben configurarse tres requisitos: intencionalidad (que la conducta resulte querida por el sujeto), comprensión (que la información provista al paciente sea suficientemente entendida por este) y ausencia de control externo (exenta de influencias externas indebidas que puedan mermar o anular la libertad o voluntariedad del sujeto); (CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 268).

55 RODRÍGUEZ ALMADA, H. Ob. Cit., p. 26.

la investigación en seres humanos en Uruguay, al exigir que el consentimiento informado esté “*libre de vicios (simulación, fraude o error), dependencia, subordinación o intimidación*”. Pero además es coherente con la regla de derecho civil que propugna la invalidez del consentimiento viciado, esto es, del consentimiento prestado por error, violencia o dolo⁵⁶.

Habernos referido al elemento “consentimiento” nos obliga a explicar, al menos brevemente, cómo debe prestarse el consentimiento según la regulación uruguaya y española, y quiénes tienen capacidad para hacerlo, lo que haremos a continuación.

3.3.1 El consentimiento: ¿verbal o escrito?

La obtención del consentimiento informado es un procedimiento que requiere interacción entre el médico y el paciente. En esa interacción el médico proporciona información al paciente la información necesaria para que éste pueda decidir, lo que el médico deberá adaptar según los intereses concretos del paciente y su capacidad cultural, y emocional de comprenderla.

Antes de practicarse el acto médico propuesto y después de recibida y comprendida esa información (que ha sido brindada con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente), es la oportunidad para recabar el consentimiento del paciente.

En Uruguay la regla general es que este procedimiento es esencialmente verbal. Esto significa que no existe obligación de que el paciente firme un documento prestando su consentimiento. Pero la Ley 18.335 y su Decreto reglamentario 274/010 exigen que el médico debe registrar tanto el consentimiento como el rechazo del paciente en forma expresa en su historia clínica⁵⁷. Al respecto, BERRO señala que “*una cosa es el consentimiento informado, acto médico que implica diálogo, y otra es la forma de*

56 El art. 1265 del Código Civil español establece que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”; el art. 1269 del Código Civil uruguayo establece que “el consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

57 Ley 18.335, art. 11: “*El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa*”; Decreto 274/010, art. 17: “*todo procedimiento de atención a la salud será acordado entre el paciente o su representante y el profesional de salud, previa información adecuada, suficiente, continua y en lenguaje comprensible para dicho paciente, debiendo dejar constancia en la historia clínica del consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos*”.

registrar ese acto en la historia clínica”⁵⁸, afirmación que compartimos.

Sin perjuicio de esto, es interesante destacar que el Código de Ética Médica de Colegio Médico del Uruguay (Ley 19.286), en caso de rechazo de cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico propuesto, prevé que el médico puede solicitar al paciente –o sus responsables- firmar un documento escrito en el que conste el rechazo. (art. 13). Observamos cómo, a pesar de no ser obligatorio que el paciente firme un documento dejando constancia de su negativa a realizarse el procedimiento o tratamiento propuesto, la ley estimula a que el médico intente recabar la decisión por escrito.

No obstante la regla general, existen algunas situaciones donde la norma establece expresamente que el consentimiento informado debe ser escrito y firmado:

- Intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos (Decreto 274/010⁵⁹).
- Donación de órganos, tejidos y células y autopsias clínicas (Ley 14.005⁶⁰).
- Donación de sangre (Decreto 82/999⁶¹).
- Participación en investigaciones (Decreto 158/019⁶²).
- Tratamientos financiados por el Fondo Nacional de Recursos⁶³.

58 BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento”, cit., p. 364.

59 Art. 25: “En los casos de intervenciones quirúrgicas y de procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasivos, el consentimiento informado deberá otorgarse por escrito, firmado conjuntamente por el profesional de la salud y el paciente”.

60 Art. 11: “Toda persona mayor de edad podrá consentir la remoción en vida, de órganos o tejidos en su cuerpo para ser trasplantados o injertados a otros seres humanos. Previo a la extracción un médico deberá dejar constancia escrita de los riesgos de la operación y de la disminución física que sobrevendrá como consecuencia del procedimiento. Esta advertencia quedará consignada en la historia clínica, firmada por el médico y la persona donante y archivada en la institución donde se proceda a la intervención quirúrgica” (redacción dada por la ley N° 17.688).

61 Lit. A. 8: “Previamente a cualquier donación se debe obtener un consentimiento escrito del donante”.

62 Capítulo III: “Para que el consentimiento libre e informado sea válido, deberá observar los siguientes requisitos: (...) c) ser firmado o identificado por impresión digital, por todos y cada uno de los sujetos de investigación o por sus representantes legales y por el Investigador responsable”.

63 El Fondo Nacional de Recursos es una persona pública no estatal creada y regulada por la Ley 16.343, cuya cometido es brindar cobertura financiera universal a procedimientos de alta complejidad, a dispositivos de alto costo y a medicamentos de alto costo a todas las personas radicadas en el país con

- Interrupción voluntaria del embarazo (Ley 18.987 y Decreto 275/012⁶⁴).
- Técnicas de reproducción humana asistida (Ley 19.167⁶⁵).

En España, la forma del consentimiento también es verbal por regla general, así lo establece el art. 8.2 de la Ley 41/2002. Esto es el resultado de la normativización de lo que ya sucedía en la práctica clínica⁶⁶, a pesar que la Ley General de Sanidad –antecedente de la Ley 41/2002- exigía el consentimiento en forma escrita.

La ley española establece ciertas excepciones a la regla general de la oralidad. En su art. 2.2 dispone que el consentimiento informado “se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”; estos supuestos son:

- La negativa del paciente a realizarse un tratamiento (art. 2.4)
- Intervenciones quirúrgicas (art. 8.2)
- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores (art. 8.2)
- Aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2).
- Extracción y trasplante de órganos (Ley 30/1979).

Resulta pertinente cuestionarse si la forma escrita del consentimiento informado constituye o no un requisito de validez, que de no existir lo vuelve nulo. En términos de derecho civil, vale indagar acerca de si la forma escrita constituye una solemnidad –es decir, una forma de manifestación de la voluntad impuesta por la ley, cuya inobservancia acarrea la nulidad del acto- o, por el contrario, si es un requisito “ad probationem” –es decir, que no se exige sino para la demostración de la existencia del acto-.

cobertura de salud por el Sistema Nacional Integrado de Salud.

64 Art. 9: “La ratificación de la solicitante será expresada por consentimiento informado (...), el que se extenderá por escrito, y será firmado por la mujer y se incorporará a su historia clínica”.

65 Art 7: “La realización de las técnicas de reproducción humana asistida deberá llevarse a cabo dando cumplimiento a los siguientes requisitos: (...) d) consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso”.

66 GALÁN CORTÉS, J.C.: “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, cit., p. 8.

Sobre la exigencia de la forma escrita en aquellos casos establecidos en la ley española, SANCHO GARGALLO señala que “*tiene un valor “ad probationem”, por lo que, siempre que se acredite, el consentimiento prestado de forma oral será suficiente aunque se trate de una intervención quirúrgica para las que la ley exige consentimiento por escrito*”⁶⁷.

En igual sentido, DE LORENZO Y MONTERO nos dice que “*ya desde la vigencia de la Ley General de Sanidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, habían entendido que la forma escrita del consentimiento informado no era un requisito esencial para la validez del mismo y, por ello, la regulación legal se interpretaba en el sentido de que no excluía de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito*”⁶⁸.

Asimismo, CADENAS OSUNA explica que “*se pronuncia la jurisprudencia en innumerables ocasiones proclamando el carácter meramente ad probationem del documento de consentimiento informado, de cuya falta o contenido informativo deficitario no puede colegirse automáticamente la inexistencia del consentimiento del paciente*”⁶⁹.

El Tribunal Supremo español se ha pronunciado en varias oportunidades otorgando valor “ad probationem” a la exigencia de prestar el consentimiento informado por escrito –tanto la prevista actualmente en la Ley 41/002, como anteriormente en la Ley General de Sanidad-, y entendiendo que su inobservancia no determina de por sí la ineficacia del consentimiento⁷⁰. Este entendimiento está fundado en que el consentimiento informado “*integra por su propia naturaleza un procedimiento gradual y básicamente verbal*”⁷¹; en otras palabras, es un procedimiento que requiere interacción entre el médico y el paciente con el objetivo que el paciente sea debidamente informado y pueda decidir en base a dicha información; por lo que calificar a la exigencia del consentimiento informado como un requisito de solemnidad –y no como un requisito meramente probatorio- lo desnaturalizaría, poniendo el foco más en su forma que en su contenido; porque además debemos

67 SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2004, p. 14.

68 DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derecho y Obligaciones de los Pacientes*, Galicia: Colex, 2019, p. 123.

69 CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, cit. p. 273.

70 Ejemplo de esto son las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 de noviembre de 1998, 2 de noviembre de 2000, 2 de julio de 2002, 28 de noviembre de 2007, 29 de julio de 2008, 22 de setiembre de 2010, 9 de mayo de 2014, Sala de lo Civil.

71 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2014, Sala de lo Civil.

distinguir al consentimiento informado (procedimiento verbal que implica interacción y diálogo) del documento en el que se registra (historia clínica, documento escrito, formulario⁷²).

En cuanto a Uruguay, la doctrina prácticamente no se ha pronunciado respecto a si la forma escrita constituye un requisito de validez del consentimiento informado. Únicamente RODRÍGUEZ, al referirse a los casos en que debe dejarse constancia en la historia clínica de haber recogido el consentimiento informado en la historia clínica, explica que “*estos casos no se encuentran comprendidos dentro de los casos en que el consentimiento informado debe instrumentarse por escrito. Por el contrario, el consentimiento informado podría recogerse oralmente, siendo ello válido, debiendo dejarse una constancia de tal hecho en la historia clínica*”⁷³; como la autora aclara que para esos casos con la oralidad es suficiente para que el consentimiento sea válido, podríamos decir que deja entrever que en los casos en que la norma exige consentimiento por escrito requeriría cumplirse con esta forma para lograr su validez.

Por nuestra parte, observamos que las normas uruguayas cuando refieren a la exigencia de prestar el consentimiento informado por escrito utilizan expresiones imperativas: “*deberá otorgarse por escrito*”, “*se debe obtener un consentimiento escrito*”, “*se extenderá por escrito*”, “*deberá llevarse a cabo (...) consentimiento escrito*”; incluso en relación a las investigaciones en seres humanos se establece expresamente que “*para que el consentimiento libre e informado sea válido, deberá (...) ser firmado o identificado por impresión digital*”. En este sentido, podría entenderse que la exigencia del consentimiento informado en forma escrita constituye, para los casos expresamente previstos por la ley, un requisito de validez, cuya inobservancia acarrearía su nulidad. Sin embargo, entendemos que el entendimiento de la jurisprudencia y doctrina española es completamente aplicable a Uruguay, debiendo ser entendida la forma escrita exigida en la regulación uruguaya como un requisito “ad probationem”, ya que su fundamento se encuentra en la naturaleza misma del consentimiento informado:

72 La doctrina y jurisprudencia ha venido insistiendo en la necesidad que los formularios de consentimiento informado sean específicos y personalizados (teniendo presente las circunstancias personales de cada paciente) para que el consentimiento sea válido (GALÁN CORTES, J. C.: “Consentimiento informado”, cit., p. 380-381; Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, Sala de lo Civil; Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 29 de setiembre de 2014 (Sent. 158/2014))

73 RODRÍGUEZ, C.: “El consentimiento informado del paciente. Análisis de su nuevo reglamentación”, *La Ley online Uruguay*. Disponible en la URL: www.laleyonline.com.uy, UY/DOC/513/2010 [con acceso el 30.3.2019].

un procedimiento gradual y básicamente verbal. Por tanto, en caso de no existir consentimiento escrito –aun en aquellos casos en que la ley exige su forma escrita– será tarea del facultativo probar su existencia.

3.3.2 Capacidad para prestar el consentimiento

El titular, tanto del derecho a la información como del derecho a decidir, es el propio paciente. Por ello, en principio, el consentimiento deber ser prestado por el paciente, siempre y cuando tenga capacidad suficiente. Tanto en Uruguay como en España, esta capacidad para consentir o rechazar un acto médico no es asimilable a la categorías de capacidad e incapacidad del derecho civil, sino a una capacidad de carácter natural. En otras palabras, la capacidad para prestar el consentimiento informado no coincide necesariamente con el hecho de ser mayor de edad no declarado incapaz judicialmente, como sucede con la categoría de derecho civil.

SANCHO GARGALLO define a esta capacidad natural como *“la aptitud intelectual y emotiva necesaria para comprender la enfermedad, y, en general, hacerse cargo de su situación, y al mismo tiempo para poder valorar las distintas alternativas, y optar por la opción que aprecia más conveniente. Qué duda cabe que para ello es necesario un mínimo de juicio práctico prudencial y al mismo tiempo voluntad o entereza de ánimo”*⁷⁴. En base a este concepto es que se construye la categoría de capacidad para el derecho médico. RODRÍGUEZ ALMADA lo ejemplifica diciendo que una persona mayor de edad que cursa los efectos de una intoxicación aguda por alcohol o drogas de abuso que afecte su entendimiento, no estaría en condiciones de comprender cabalmente la información y tomar una decisión razonable para sus valores o intereses, a pesar de ser civilmente capaz; igualmente una persona que no alcanzó la mayoría de edad puede tener cierto grado de madurez lo que habilite consentir o rechazar un acto médico⁷⁵.

En el caso de aquellos sujetos considerados incapaces para que el consentimiento informado sea válido opera el instituto jurídico de la representación, es decir, lo prestará por el paciente otro sujeto legitimado por la ley para hacerlo.

En Uruguay, en atención a lo establecido por el art. 18 del Decreto 274/010, observamos que, en relación a los menores de edad, se toman en cuenta distintos elementos a efectos del consentimiento

informado, como ser: la edad, evolución de las facultades del menor y su madurez⁷⁶. Según el art. 24 de dicho Decreto, son excepciones a la prestación del consentimiento informado por el propio paciente, es decir, opera el instituto de la representación en los siguientes casos:

- Niños, niñas o adolescentes no suficientemente maduros: es otorgado por sus representantes legales (padres o tutores), siempre teniendo como guía el interés superior. La madurez de los adolescentes será considerada por el profesional de la salud, informando en tal caso a los padres, tutores u otros responsables que se actúa de acuerdo al interés superior del adolescente.
- En el caso de los adultos declarados civilmente incapaces el consentimiento será otorgado por su representante legal (curador).
- Pacientes civilmente capaces pero en situación de manifiesta imposibilidad de otorgar el consentimiento informado por no encontrarse psíquicamente aptos para ello (ej. coma, intoxicación alcohólica aguda, episodio psicótico agudo: serán representados por su cónyuge o concubino o, en su defecto, por su pariente más próximo. A falta de familiares, el paciente podrá comunicar con anticipación al servicio de salud el nombre de otra persona allegada que podrá representarlo.

Asimismo, la Ley 18.987 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (art. 7) establece que en los casos de mujeres menores de 18 años no habilitadas por matrimonio, el médico ginecólogo tratante deberá recabar el consentimiento informado para realizar la interrupción del embarazo con la concurrencia de sus padres o adultos de confianza, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes⁷⁷. A nuestro criterio, tiene lugar en este caso ya no el instituto jurídico de la representación, sino que opera otro instituto de protección de los incapaces: la asistencia. Esto porque para prestarse el consentimiento se requiere de la concurrencia

⁷⁶ El art. 18 del Decreto 274/010 establece: *“todo niño, niña o adolescente tiene derecho a que se le brinde información sobre los procedimientos de atención a su salud, en términos adecuados a su edad y a la evolución de sus facultades”, y que “en todos los casos, tendrán derecho a ser oídos y a obtener respuestas a sus interrogantes y sus opiniones deberán ser debidamente tenidas en cuenta en función de su edad y madurez”*. Asimismo, dispone que *“corresponde al profesional de la salud actuante la valoración del grado de madurez y de capacidad natural del niño, niña o adolescente, considerando el tipo de procedimiento de atención a su salud de que se trate. Deberá tenerse en cuenta la competencia del niño, niña o adolescente para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles”*.

⁷⁷ Esta ley remite al art. 11 bis del Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay.

⁷⁴ SANCHO GARGALLO, I. Ob. Cit., p. 14.

⁷⁵ RODRÍGUEZ ALMADA, H. Ob. cit., p. 26.

de la voluntad de la mujer menor de edad junto a la voluntad de sus padres o adulto de confianza; en cambio, en la representación, la voluntad del representante sustituye a la del incapaz.

En España, lo referente al consentimiento por representación se encuentra regulado por los arts. 9.3 y 9.4 de la Ley 41/2002. Según esta norma, para que el paciente sea considerado capaz para prestar el consentimiento informado deben concurrir las siguientes circunstancias:

- Ser mayor de edad no incapacitado judicialmente, o menor emancipado o mayor a 16 años
- A juicio del médico, estar en condiciones de tomar decisiones o no encontrarse en un estado físico o psíquico que no permita hacerse cargo de su situación (por ejemplo, esto ocurre con muchos enfermos mentales, respecto de tratamientos farmacológicos)

En consecuencia, opera la representación en los siguientes casos:

- Menores de 16 años no emancipados, que además no sean capaces intelectual ni emotivamente de comprender el alcance de la intervención: el consentimiento deberá ser prestado por quienes ejerzan la representación legal (padres, tutor, defensor judicial o la entidad pública correspondiente –para menores declarados en desamparo-, según sea el caso).
- Mayores incapacitados o con la capacidad modificada judicialmente (declarados judicialmente incapaces): el consentimiento lo prestará su representante legal. No obstante, según el art. 5.2., el paciente incapaz debe ser informado en la medida que pueda comprender.
- Incapaces naturales, atendiendo al estado físico o psíquico del paciente que le impida hacerse cargo de la enfermedad o conveniencia del tratamiento y sus alternativas, y gozar de la mínima aptitud para tomar decisiones (lo que es evaluado por el médico): el consentimiento lo prestará su representante legal -en caso que lo tuviere- o por las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

3.4 El alcance del deber de informar

El consentimiento informado implica el derecho a ser informado y el derecho a decidir en función de dicha información. Correlativamente implica el deber del médico de informar al paciente. Ante esto nos preguntamos: ¿qué se debe informar? ¿Cuánto

se debe informar? ¿Cómo debe ser esa información? ¿Se debe informar lo mismo sin importar la intervención a la que se vaya a someter el paciente? ¿Está exceptuado el facultativo de informar en algún caso? ¿Tiene el paciente derecho a no ser informado?

Las respuestas a estas interrogantes las debemos buscar en la regulación uruguaya y española en la materia, así como en la complementación que la doctrina y jurisprudencia realizan.

En Uruguay, según la Ley 19.286 “Código de Ética Médica” (art. 13), el médico tiene el deber de:

- Dar información completa, veraz y oportuna sobre las conductas diagnósticas o terapéuticas que se le propongan al paciente, incluyendo las alternativas disponibles en el medio.
- Comunicar los beneficios y los riesgos que ofrecen tales procedimientos, en un lenguaje comprensible, suficiente y adecuado para ese determinado paciente.

Asimismo, la Ley 18.335 establece que la información a recibir el paciente debe ser “*adecuada, suficiente y continua*” (art. 11) y “*en forma clara*” (art. 12), y su Decreto reglamentario 274/010 agrega “*en lenguaje comprensible para dicho paciente*”. Este Decreto dispone, en su art. 25, que la información sobre el procedimiento médico a realizar deberá incluir: su identificación, descripción y objetivo⁷⁸; los beneficios que se esperan alcanzar⁷⁹; consecuencias probables de su realización y de su no realización; riesgos frecuentes y poco frecuentes (cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia)⁸⁰; riesgos personalizados de acuerdo con

78 BERRO entiende que esto incluye explicar si el procedimiento es diagnóstico o terapéutico, experimental o ya aprobado, si es una práctica invasiva o no, la duración del procedimiento, dónde se llevará a cabo, si requiere anestesia o no, tipo de instrumental a utilizar, partes del cuerpo afectadas y realizar una comparación con otros procedimientos conocidos (BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento informado”, cit., p.22).

79 La doctrina plantea la necesidad de realizar un balance de riesgos-beneficios. Se recomienda, cuando el procedimiento es diagnóstico y no terapéutico, aclarar al paciente que el mismo no lo va a aliviar del sufrimiento sino a suministrar información para el eventual tratamiento. Asimismo, cuando en nivel de beneficio que se espera es muy inferior a la completa mejoría del paciente, debe informarse tal limitación (BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento informado”, cit., p.23).

80 Según BERRO hay que tener en cuenta cuatro aspectos en relación a la información sobre los riesgos: naturaleza del riesgo, magnitud del riesgo, probabilidad de que ocurra (debiendo darse la información más objetiva posible en grados de probabilidad) y momento de ocurrencia (BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento informado”, cit., pp.22-23). La jurisprudencia ha entendido que “al brindar la información al paciente no hay que dictarle un curso magistral ni subrayarle todos los riesgos

la situación clínica del paciente; advertencia sobre interacciones y contraindicaciones con otros procedimientos, tratamientos y medicamentos respecto de la situación actual del paciente; advertencia sobre restricciones a su estilo de vida e incomodidades que puede aparejar; procedimientos alternativos, incluso los no disponibles en la institución pública o privada donde se realiza la atención de salud, sus riesgos y beneficios.

Adicionalmente, el Decreto 158/019 sobre investigación en seres humanos, dispone que *“la información a los sujetos deberá realizarse en lenguaje accesible”*⁸¹.

En este sentido, la jurisprudencia uruguaya ha sentado la regla acerca de que el consentimiento informado requiere la información adecuada, suficiente y continua del paciente sobre la actuación que se pretende realizar⁸².

En España, de acuerdo a la Ley 41/2002 la información que reciba el paciente debe ser *“adecuada”* (arts. 2.2, 3 y 4.2), *“comprensible”* y *“verdadera”* (art. 4.2), teniendo derecho *“a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”* (art. 4.1), comprendiendo *“como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”* (art. 4.1) y *“la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”* (art. 2.3). Concretamente, el art. 10.1 de esta ley establece que el facultativo debe proporcionar al paciente la siguiente información básica:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la

más excepcionales: es suficiente con darle una idea razonable de la situación y permitirle que se trace un juicio razonable” (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 25 de noviembre de 2013 (Sent. 571/2013).

81 Por la particularidad de las investigaciones en seres humanos, la norma establece que en la información incluirá necesariamente los siguientes aspectos: a) la justificación, los objetivos y los procedimientos que serán utilizados en la investigación; b) las molestias, los posibles riesgos y beneficios esperados; c) los métodos alternativos existentes; d) la forma de seguimiento y asistencia, sus responsables; así como la duración de su participación; e) la garantía de información, antes o durante el curso de la investigación, sobre la metodología, informando la posibilidad de su inclusión en grupo de investigación, grupo control o grupo placebo

82 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013).

ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

- Las contraindicaciones.

A esta enumeración se le debe agregar la información sobre las alternativas⁸³ al procedimiento propuesto por el facultativo, lo que resulta exigido por el art. 2.3 al referir a *“información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”*.

Asimismo, diversas normas autonómicas precisan que el paciente tiene derecho a recibir información *“razonable”* y/o *“suficiente”*⁸⁴. También el Convenio de Oviedo establece que la persona *“deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”*.

A criterio de GALÁN CORTÉS, la información básica también debe comprender *“las consecuencias que podrían derivarse para el paciente en el caso de rechazar la intervención propuesta”*⁸⁵; lo que es exigido por cierta normativa autonómica⁸⁶.

Algo en lo que han coincidido la doctrina y jurisprudencia uruguayas y españolas es que la exigencia de información varía según se trate de medicina curativa o medicina satisfactiva. La medicina curativa (también denominada necesaria, asistencial o terapéutica) es aquella en la que *“se pretende el mantenimiento, restablecimiento o mejora de la salud del paciente que sufre alguna alteración patológica en su organismo”*⁸⁷; mientras que en la medicina satisfactiva (también denominada voluntaria o perfectiva) *“el sujeto no padece una enfermedad previa, sino que acude voluntariamente al facultativo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional”*⁸⁸. Esta segunda clase de medicina exige al médico una mayor rigurosidad en la información sobre los riesgos derivados de la intervención o tratamiento. Así, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha entendido que *“si de cirugía estética se trata, la información debe*

83 La jurisprudencia entiende que la información sobre las alternativas terapéuticas existentes debe limitarse a las normales y acostumbradas (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004, Sala de lo Civil).

84 Ley N° 1/2003 de la Comunidad Valenciana (art. 11.1) y Ley N° 5/2010 de Castilla-La Mancha (art. 16.1).

85 GALÁN CORTÉS, J. C.: “Consentimiento informado”, cit., p. 386.

86 Ley 8/2003 de la Comunidad de Castilla y León (art. 34)

87 CADENAS OSUNA, D. Ob. Cit. p. 153.

88 CADENAS OSUNA, D. Ob. Cit. p. 154.

*ser completa, exhaustiva, absoluta, más detallada que en derecho común, más amplia y estricta, particularmente rigurosa. Solo así se podrá alcanzar un consentimiento perfectamente informado (...) la razón de ser de esta regla proviene de las características que separan la cirugía estética de la común. Aquí no está enfermo el sujeto que acude al cirujano, la intervención no es urgente ni necesaria. Por tanto, es conveniente describir al paciente todos los elementos negativos para que pueda contraponer un mejoramiento que se circunscriba al plano de la belleza con las consecuencias nocivas que conlleva la intervención”*⁸⁹. El Tribunal Supremo español ha sostenido que *“la información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de éste, es un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigible en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de prematura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención”*⁹⁰.

Observando ambas regulaciones y lo manifestado por doctrina y jurisprudencia de los dos países, sintéticamente podemos sostener que la información a brindarse al paciente debe ser previa (al otorgamiento del consentimiento y, por ende, a la intervención), veraz, adecuada, suficiente, completa, continua, comprensible (en forma clara y con lenguaje accesible) y particular (porque debe adaptarse a la situación e intereses concretos de cada paciente).

Si bien podemos afirmar que la regulación uruguaya es más detallista que la española, el contenido básico de la información que debe recibir el paciente coincide en ambas regulaciones.

Otras de las cuestiones que debemos tener en cuenta es que el paciente, además de tener derecho a la información, tiene derecho a no saber o a no ser informado.

Así, en Uruguay, el art. 19 del Decreto 274/010 habilita al paciente a ejercer el derecho a no saber, manifestando al profesional de la salud su voluntad de otorgar el consentimiento para la realización de los procedimientos de atención en salud sin recibir información. Se deberá dejar constancia de esto en la historia clínica, firmada por el paciente y el

profesional de la salud. Sin embargo, este derecho del paciente a no saber puede ser relevado cuando, a juicio del facultativo, la falta de conocimiento pueda constituir un riesgo para la persona o la sociedad; también deber dejarse constancia fundada de ello en la historia clínica.

Al respecto, el art. 4.1 de la Ley española 41/2002 prevé que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada y el art. 9.1 que se deberá respetar la voluntad del paciente, cuando éste manifieste expresamente su deseo de no ser informado, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención, aunque –en términos similares a la normativa uruguaya–, la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

Más allá de lo previsto expresamente por las normas, resulta interesante compartir lo manifestado por GAMARRA, quien entiende que *“no son de recibo las objeciones expuestas (...) porque, tratándose de un derecho (...), puede ser renunciado; lo que permite respetar la voluntad de quien no desea conocer una noticia desventurada o el peligro que encierra la intervención. (...) sin embargo, (...) cuando las consecuencias de una intervención son muy graves para la salud y la vida futura (p. ej. amputación de un miembro, castración, esterilización), debe informarse aunque se haya renunciado”*⁹¹.

Por último, no debemos dejar de referirnos al denominado privilegio terapéutico, definido por GAMARRA como *“el derecho del médico a ocultar información que perjudicaría al paciente, siempre que su conducta encontrara justificación en razones médicas”*⁹².

En Uruguay lo encontramos previsto en el art. 13 de la Ley 19.286, según el cual en los casos excepcionales en que la información pudiese ocasionar efectos nocivos en la salud física o psíquica del paciente, el médico podrá limitarla o retrasarla, y en el art. 21 del Decreto 274/010, que permite al médico establecer restricciones al derecho del paciente a conocer el curso de su enfermedad en situaciones excepcionales y con el único objetivo del interés del paciente, dejándose constancia en la historia clínica con firma del profesional de la salud actuante y de los familiares.

En España, el art. 5.4 de la Ley 41/2002 reconoce la posibilidad de limitar la información sanitaria

⁸⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 3 de agosto de 2001 (Sent. 148/2001).

⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, Sala de lo Civil.

⁹¹ GAMARRA, J. Ob. Cit., p. 178.

⁹² GAMARRA, J. Ob. Cit., p. 181.

de los pacientes por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiéndose por tal “la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. En estos casos, la ley obliga al médico a dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Para dar cierre a esta sección, nos parece importante citar la opinión de SZAFIR y VOELKER en cuanto a cómo debe informar el médico: “el médico deberá tener un ambiente adecuado para informar, de relativa privacidad, de entorno neutro, sin ruidos estridentes, y sin atender ninguna otra actividad paralela (teléfonos por ej.). Debe disponer de todo el tiempo necesario y el paciente lo debe percibir así. Es importante conocer la siquis del paciente, si nivel cultural, su forma de encarar la vida sus creencias religiosas, sus probables respuestas, en fin, ir modulando la información que se va entregando a medida que observamos las reacciones que produce la información ya entregada y procesada por el paciente”⁹³.

3.5 Dispensa o excepciones a la prestación del consentimiento informado

El consentimiento informado debe prestarse previo a realizar cualquier intervención médica. En algunos casos la ley exigirá su otorgamiento por escrito y en otros no, pero como regla debe ser otorgado siempre. Sin embargo, la ley, en forma taxativa, establece ciertas excepciones, es decir, situaciones en las cuales puede llevarse a cabo la intervención sin requerirse el consentimiento informado del paciente.

En Uruguay, la Ley 18.335 (art. 11) y el Decreto 274/010 (art. 22) establecen que se podrán llevar adelante los procedimientos sin requerirse consentimiento informado cuando:

- mediaren razones de urgencia o emergencia;
- razones de notoria fuerza mayor imposibiliten el acuerdo requerido;
- las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente o se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra.

93 SZAFIR, D.; VOELKER, R.: “El consumidor de servicios de salud y la información”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2000, Tomo XXX, pp. 718-719.

Al respecto, vale citar la regla que ha sentado la jurisprudencia uruguaya, al sostener que “las situaciones de emergencia descartan, en principio, cualquier ilegitimidad derivada de la ausencia o deficiencias en la obtención del consentimiento informado”⁹⁴.

En España, la Ley 41/2002 (art. 9.2) dispone que los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con consentimiento informado, cuando:

- existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En caso de disponerse el internamiento obligatorio de personas, deberá comunicarse a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24hs.
- existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Hacemos notar que ambas leyes exigen que el facultativo deje constancia fundada en la historia clínica de la situación que motivo a intervenir sin el consentimiento del paciente.

4. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD MÉDICA

Como explicamos al comienzo de este trabajo, el consentimiento informado nace como una construcción jurídica al servicio de la medicina, que resulta ser la materialización del derecho de autonomía del paciente. Este instrumento creado inicialmente por los tribunales cumple también la función de ser un legitimador de las prácticas médicas, para defender a los profesionales de la salud de las eventuales reclamaciones.

El consentimiento informado cumple así un rol muy importante en la judicialización de la medicina, insertándose en lo que se conoce como medicina defensiva, esto es, la práctica de la medicina enfocada esencialmente en evitar la responsabilidad profesional.

GALÁN CORTÉS explica que “en ocasiones la condena al médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales como por la

94 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 2 de mayo de 2011 (Sent. 1429/2011) y de 25 de noviembre de 2013 (Sent. 571/2013).

falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico (...) por lo que se hace posible la condena al médico por un defecto de información, a pesar de que su actuación profesional haya sido técnicamente irreprochable”⁹⁵.

Según el Tribunal Supremo español, el consentimiento informado es parte indiscutible de la *lex artis ad hoc*, entendida ésta como el conjunto de reglas técnicas (todo el arte médico, la aplicación de los medios necesarios y posible de acuerdos con el estado de la ciencia) –y exigibles jurídicamente– conforme a las cuales ha de comportarse el facultativo en cada acto médico concreto y teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean⁹⁶. En consecuencia, una actuación médica sin consentimiento informado, es una actuación ajena a la *lex artis ad hoc*.

Como ha sostenido consistentemente la Suprema Corte de Justicia uruguaya, sin el consentimiento informado la actividad médica es ilícita⁹⁷, salvo que estemos ante alguna de las excepciones mencionadas anteriormente. Por tanto, en el marco del ejercicio de la medicina defensiva, existe una tendencia por parte de los facultativos a ser cada vez más cuidadosos en cuanto al cumplimiento del deber de información y la obtención del consentimiento informado.

En esta sección nos enfocaremos en dos aspectos que entendemos esenciales acerca del consentimiento informado y la eventual responsabilidad médica derivada de su inobservancia: cómo se configura el incumplimiento del deber de informar, es decir, qué hipótesis pueden ser consideradas como incumplimiento a este deber; y cómo se indemniza al paciente por este incumplimiento, siendo esto último lo que ha generado las mayores discusiones a nivel doctrinario y jurisprudencial.

4.1 ¿Cómo se configura el incumplimiento del deber de informar?

Cuando se habla de incumplimiento del deber de informar en el ámbito sanitario, se lo suele asemejar a la falta de consentimiento informado, sin embargo, la falta o ausencia de consentimiento informado propiamente dicha no es la única situación que genera incumplimiento.

95 GALÁN CORTES, J. C.: “Consentimiento informado”, cit., p. 388-389.

96 Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994, Sala de lo Civil.

97 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 14 de febrero de 2008 (Sent. 11/2018) de 20 de octubre de 2004 (Sent. 321/2004) y de 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013).

En primer lugar, debemos recordar que el paciente no solo tiene derecho a decidir (aceptar o rechazar el procedimiento médico) sino también a ser debidamente informado, es decir, a recibir por parte del médico información veraz, adecuada, suficiente, completa y comprensible. Esto significa que configurará un incumplimiento al deber de informar no sólo cuando el paciente no es informado, sino también cuando dicha información no es cierta, es inadecuada, insuficiente incompleta o poco comprensible.

En segundo lugar, según las enseñanzas de GONZÁLEZ CARRASCO⁹⁸, podemos identificar al menos tres situaciones bien diferenciadas que importan el incumplimiento del deber de informar por parte del médico, a las que nos referiremos a continuación.

4.1.1 Defecto en la información terapéutica necesaria para el tratamiento de una enfermedad

Se incumple el deber de informar cuando se priva al paciente de información sobre su diagnóstico. Ejemplo de defecto en la información sobre el diagnóstico del paciente lo vemos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) en la que “*tras un hallazgo radiológico sospechoso de lesión pulmonar que se concretó en cáncer de pulmón, no se había informado al paciente, por lo que se produjo una privación de la oportunidad de adoptar las medidas precisas en un momento más temprano o incipiente del desarrollo patológico que culminó con el fallecimiento*”⁹⁹. Se ha presentado un caso de estas características en el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno de Uruguay, en el cual se omitió informar al paciente el resultado de un examen de VIH¹⁰⁰.

También configura un incumplimiento al deber de informar las situaciones en las cuales no se brinda información completa sobre el tratamiento al paciente. Sobre el procedimiento médico a realizarse debe informar al paciente claramente cuál es el procedimiento médico a realizarse, qué características tiene, su naturaleza (si es diagnóstico o terapéutico, experimental o ya aprobado, si es una práctica invasiva o no), su objetivo o finalidad, su duración, dónde se llevará a cabo, si requiere anestesia o no,

98 GONZÁLEZ CARRASCO, C. Ob. Cit., pp. 361-455.

99 GONZÁLEZ CARRASCO, C. Ob. Cit., pp. 361-455.; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) de 29 de diciembre de 2015.

100 CARNELLI, S.; SZAFIR, D.: *Responsabilidad Médica*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil N° 16, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 219; Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno de 5 de febrero de 2014 (Sent. 21/2014).

tipo de instrumental a utilizar, y partes del cuerpo afectadas. Si esto no se cumple debidamente, el médico no estaría cumpliendo con su deber ético-legal, ya que en muchas ocasiones esta información será clave para la toma de decisión por el paciente.

4.1.2 Defecto de información sobre los riesgos, beneficios o alternativas del tratamiento

Quizás la hipótesis de incumplimiento del deber de informar más frecuente tiene lugar cuando se materializan riesgos sobre los que el paciente no había sido informado. La mayoría de los casos jurisprudenciales versan sobre esta clase de situaciones.

Cabe destacar que el médico debe informar tanto los riesgos del tratamiento como los riesgos o consecuencias de su no realización, por lo que la inobservancia respecto a cualquiera de estas informaciones constituye un incumplimiento al deber de informar. Asimismo, debe prestarse especial atención si se trata de medicina curativa o medicina satisfactiva.

La Suprema Corte de Justicia Uruguaya ha sostenido que *“la información cuya omisión hace incurrir en responsabilidad al omiso, es la relativa a los riesgos que deben revelarse como normalmente previsibles, y cuyo corolario es que no existe deber de informar sobre los excepcionales. El único riesgo que no debe comunicarse sería el anormal o excepcional, o sea el que no es frecuente, aunque sea previsible”*¹⁰¹. A esto agrega que *“la información debe incluir aún los riesgos infrecuentes si se tratara de riesgos graves, que tienen tanta trascendencia para la vida futura que pueden incidir de modo decisivo para tomar resolución sobre el tratamiento”*¹⁰². En otras palabras, el máximo tribunal uruguayo nos dice que *“los riesgos que hay que informar son aquellos que el paciente hubiera querido saber antes de aceptar; o sea, los riesgos que un paciente razonable habría entendido que era importante conocer”*¹⁰³.

En España, resulta interesante citar un caso en que el Tribunal Supremo condenó a un cirujano y el servicio de salud correspondiente a indemnizar a un paciente intervenido de un osteocondroma a nivel del tercio proximal del peroné izquierdo, que

presentó tras la cirugía una lesión de nervio ciático poplíteo externo de ese mismo lado, riesgo típico de la intervención y del que no había sido informado en forma previa¹⁰⁴.

En un caso de estas características, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno de Uruguay entendió: *“el consentimiento informado no es válido pues se basó en un error, es claro que ninguna mujer con embarazo avanzado se somete a un procedimiento invasivo que tiene riesgo serio, como pérdida de embarazo o lesión del feto, si no es total y claramente indispensable. Debe concluirse, por tanto, que los actores fueron mal asesorados y en virtud de ello admitieron la realización del examen que, en definitiva, provocó la lesión”*¹⁰⁵.

El paciente también tiene derecho a que se le informe sobre los beneficios de la intervención y la probabilidad de que estos se concreten, así como de las alternativas al tratamiento propuesto (incluso si la única alternativa es el no tratamiento). Para que se cumpla debidamente con el deber de informar, el paciente tiene que contar con la información que le permita decidir realizando un balance en relación a los riesgos, beneficios y alternativas del tratamiento.

4.1.3 Ausencia de consentimiento informado

Esta situación dice relación, más que con el derecho a información del paciente, con la vulneración de su derecho a decidir. Esto porque no existe una omisión o defecto en la información que se brinda al paciente, sino que directamente se procede con la intervención o tratamiento sin su aceptación.

Como ejemplo podemos citar un caso que tuvo lugar en Uruguay ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno, en el que se resolvió el caso de un paciente afectado por cáncer pulmonar, que fue sometido a una biopsia suprarrenal, maniobra quirúrgica que provocó lesión de bazo y extirpación de glándula suprarrenal y lesión directa de páncreas que derivó en peritonitis terciaria que ocasionó la muerte del paciente. En el caso se discutió si el paciente había consentido o no la referida intervención¹⁰⁶.

Un interesante caso se planteó ante el Tribunal Supremo español, en el cual se intervino una dolencia diferente por un hallazgo quirúrgico no cubierto

101 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013) y 25 de noviembre de 2013 (Sent. 572/2013).

102 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 19 de marzo de 2003 (Sent. 82/2003), de 19 de marzo de 2010 (Sent. 52/010) y de 13 de junio de 2012 (Sent. 632/2012).

103 Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 19 de marzo de 2003 (Sent. 82/2003) y 13 de junio de 2012 (Sent. 632/2012).

104 Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006, Sala de lo Civil.

105 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno de 12 de noviembre de 2014 (Sent. 215/2014).

106 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno de 18 de octubre de 2006 (Sent. 275/2006).

por la prestación anticipada de consentimiento, a lo que el tribunal entendió que al ser una intervención no consentida, ni exigida por urgencia, ni justificada por las exigencias terapéuticas es constitutiva de daño y merecedora de reparación¹⁰⁷.

4.2 ¿Cómo se indemniza el incumplimiento del deber de informar?

Tras un análisis de las diferentes situaciones que configuran un incumplimiento al deber de informar, nos centraremos en lo referente al daño ocasionado por ese incumplimiento. Más precisamente analizaremos qué daño entienden la doctrina y jurisprudencia que se ocasiona y cómo debe indemnizarse el mismo, respecto a lo cual hay sobradas discusiones.

A grandes rasgos podemos decir que ante los tribunales se presentan dos tipos de casos: aquellos en los cuales, tras la realización de una intervención o tratamiento con falta de información y/o sin recabar el consentimiento informado, ha sobrevenido una lesión para la salud, la integridad física o la vida del paciente; y aquellos en los que ningún reproche cabe hacer a la actuación del profesional, sino solo la falta de información o consentimiento informado.

Ante estas situaciones, se han planteado diversas perspectivas de imputación de responsabilidad, identificación del daño e indemnización debida, a las que nos referiremos a continuación.

4.2.1 Atribución de responsabilidad por el daño final

Un primer grupo de daños los encontramos en aquellas situaciones en las cuales se llevó adelante un procedimiento médico -con falta de información y/o ausencia de consentimiento informado-, en el que se generó una lesión para la salud, la integridad física o la vida del paciente, y se indemniza en atención a esa lesión:

4.2.1.1 Inexistencia de conexión entre el daño y el incumplimiento de la obligación de informar

En algunos casos se procede la indemnización en los daños patrimoniales o morales derivados de la lesión a la salud, integridad física o vida del paciente sin ninguna consideración o conexión entre dicha lesión y el incumplimiento del deber de informar.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, Sala de lo Civil, Sección 1.

En estos casos, si el resultado del acto médico no consentido resulta satisfactorio para el paciente, no puede éste obtener indemnización alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo español ha dicho, en alguna ocasión, que *“cuando la intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que aun cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular; no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria”*¹⁰⁸.

4.2.1.2 La asunción o traslado del riesgo

En estos casos se establece responsabilidad por todo el daño derivado de la lesión a la salud integridad física o vida del paciente, pero ello se hace partiendo de que *“la falta de información determina que el riesgo de acaecimiento del resultado adverso recae sobre quien, debiendo hacerlo, no informó o recabó el consentimiento informado”*¹⁰⁹.

Esto es lo que se conoce como teoría del desplazamiento del riesgo, sobre lo que CADENAS OSUNA nos dice: *“un sector de nuestra jurisprudencia, estima que el galeno (...) debe responder por los daños que se derivan de la actuación médica no consentida y que dimanen de la materialización de un riesgo que, pese a integrar la información asistencial que se ha de entregar al paciente con anterioridad a la prestación de su consentimiento, no le ha sido advertido y, en consecuencia, no ha asumido”*¹¹⁰.

En otras palabras, el principio que sigue esta teoría es que cuando el sujeto que recibe la información presta el consentimiento, acepta y asume los riesgos; si no presta su consentimiento, los riesgos quedan a cargo del médico.

En Uruguay, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno entendió que *“el principio fundamental en la materia dispone que el riesgo no caerá sobre el médico; es soportado por el paciente, excepto cuando se incumple con el deber de informar”*¹¹¹.

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009, Sala de lo Civil.

¹⁰⁹ ASUA GONZÁLEZ, C.: “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, N° 8, p. 153.

¹¹⁰ CADENAS OSUNA, D. Ob. Cit. p. 342.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno de 28 de abril de 2010 (Sent. 114/2010).

En España, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra con gran claridad sentenció: “*la falta o insuficiencia de la información ofrecida al paciente o, lo que es igual, la omisión de su consentimiento previa y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención, determina la asunción de estos riesgos por el facultativo*”¹¹².

4.2.1.3 La posibilidad de no sometimiento a la intervención

En estos casos, a efectos de decidir sobre el daño indemnizable, se han introducido consideraciones sobre la posibilidad de evitar el resultado lesivo en caso de haberse informado correctamente o prestado el consentimiento informado.

En esta línea de razonamiento, no corresponde indemnización si aun habiéndose informado correctamente o prestado el consentimiento informado de todo modos se hubiera producido el daño. Por el contrario, si informándose correctamente el daño se hubiera evitado, corresponde la indemnización.

4.2.2 La doctrina de la pérdida de oportunidad o “chance”

La doctrina de la pérdida de oportunidad tiene lugar ante situaciones en las que se presentan dificultades probatorias del nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad médica. Esto se debe, muchas veces –según LUNA YERGA– a “*la multiplicidad de causas y causantes a que puede obedecer el daño sufrido por el paciente*”¹¹³.

GONZÁLEZ CARRASCO explica que la doctrina de la pérdida de oportunidad “*es una forma de gestionar la incertidumbre causal a efectos indemnizatorios y de dar relevancia a la probabilidad de cara a establecer una indemnización inferior a la cuantificación del daño final sufrido*”¹¹⁴. Según la autora, la doctrina de la pérdida de oportunidad “*no es de aplicación cuando la probabilidad que el daño pudiera haberse evitado rechazando la intervención tras una información adecuada es muy alta, supuesto en que ha de ser equiparada a la certeza en la relación causal; ni cuando la posibilidad de*

que, correctamente informado, el paciente hubiera preferido no someterse a la intervención, evitando así sus riesgos, sea muy baja, en cuyo caso se ha de absolver por falta de nexo causal”¹¹⁵.

La aplicación de esta doctrina equivale a excluir la responsabilidad civil del profesional sanitario cuando se acredite con certeza o con un grado de probabilidad cualificado que la actuación culposa del médico no ha causado daño alguno, es decir, que el paciente habría consentido igualmente la intervención médica de haber sido correctamente informado. Por el contrario, el facultativo será responsable cuando se acredite (con certeza o con un grado de probabilidad cualificado) que el paciente habría rechazado la intervención de haber recibido una información adecuada y suficiente.

Cabe destacar que, como explica CADENAS OSUNA, “*la configuración vigente que le otorga la jurisprudencia a la pérdida de oportunidad habilita la imputación del daño sufrido por el paciente, si bien solo en la proporción respecto de la cuál es posible acreditar el nexo causal (imputación parcial); esto es, en la proporción que se corresponda con la probabilidad de que el paciente hubiera rechazado la intervención de recibir una información asistencial suficiente*”¹¹⁶.

La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido muy aplicada por los tribunales en materia de responsabilidad médica, desde los años 50 en España y desde los años 80 en Uruguay. Sin embargo, no ha estado exenta de críticas y de generar ciertos peligros; como dice GAMARRA, “*el peligro de la pérdida de chance está en que promueva una extensión indebida que crezca como una bola de nieve que cae desde lo alto de la montaña*”¹¹⁷. Se ha criticado a la pérdida de oportunidad que, al dar lugar solamente a una reparación parcial desvaloriza la doctrina del consentimiento informado, otorgando un “premio consuelo”; también se ha cuestionado la dificultad que se plantea en cuanto al cálculo de probabilidad o quantum resarcitorio.

4.2.3 La lesión de la autonomía del paciente

Ante casos en los que el profesional sanitario no brinda debidamente la información al paciente o no

112 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 27 de octubre de 2001 (RJ 2002/1079).

113 Citado por ASENSI PALLARÉS, E.; CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, N° 8, p.232.

114 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. ¿Pérdida de oportunidad o lesión de la autonomía personal? Comentario a la STS 8 de abril de 2016”, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, N° 102, pp. 475-488.

115 GONZÁLEZ CARRASCO, M.C.: “Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. ¿Pérdida de oportunidad o lesión de la autonomía personal? Comentario a la STS 8 de abril de 2016”, cit., pp. 475-488.

116 CADENAS OSUNA, D. Ob. Cit. p. 362.

117 GAMARRA, J.: “Causalidad omisiva, culpa y pérdida de una probabilidad”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2001, Tomo XXXI, p. 930.

cumple con recabar el consentimiento informado, y no se genera ninguna lesión a la salud, integridad física o vida del paciente, se plantea el problema respecto a cuál es el daño a indemnizar.

Para considerar a una conducta generadora de responsabilidad es esencial la existencia de un daño; ya lo decían COLIN y CAPITANT, “*donde no hay daño no delito civil ni responsabilidad de esta índole*”¹¹⁸. Por ello, ante la necesidad de encontrar un daño indemnizable en estos casos, surgió la teoría que propugna que los casos de ausencia o defecto del consentimiento informado generar una lesión del derecho a la autonomía del paciente, considerándolo como un daño moral autónomo.

CADENAS OSUNA, partidaria de esta teoría, explica que la omisión del consentimiento informado siempre causa al paciente un daño moral por la vulneración de su derecho a la autonomía (que viene a proteger el consentimiento informado), independientemente del resultado de la actuación médica¹¹⁹.

La Suprema Corte de Justicia uruguaya ha compartido esta solución al entender que “*basta infringir la obligación de obtener el consentimiento para condenar al médico, aunque la intervención se haya desarrollado sin culpa alguna (...) Se trata de una violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad (...) Si la finalidad primera y última de la información es que el paciente tiene derecho a poner un plantillo y en el otro, las ventajas y desventajas o riesgos que implican la intervención, tal derecho –la libertad misma de decidir– no le fue concedido, constituyendo esa omisión una conducta decididamente antijurídica, que tiñe de ilicitud al acto médico*”¹²⁰.

También el Tribunal Supremo español ha adoptado esta tesis: “*la falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo (...) Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad*”¹²¹.

118 COLIN, A.; CAPITANT, H. Ob. Cit., p. 800.

119 CADENAS OSUNA, D. Ob. Cit. p. 362.

120 Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de 20 de octubre de 2004 (Sent. 321/2004), 14 de febrero de 2008 (Sent. 11/2008) y 13 de marzo de 2013 (Sent. 188/2013).

121 Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2011, Sala de lo Civil.

5. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo se ha pretendido brindar al lector una visión general, en clave de derecho comparado, de la regulación uruguaya y española en materia de consentimiento informado, así como de la doctrina y jurisprudencia de cada país en relación al tema.

Podemos afirmar que los grandes conceptos de la doctrina del consentimiento informado se encuentran contenidos en ambas regulaciones y las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales coinciden en gran medida.

Ello no significa que el contenido en las normas de ambos ordenamientos jurídicos sea exacto. Sobre algunos aspectos la normativa uruguaya es más detallista, mientras que otros la española parece dedicarle un tratamiento más concreto; por ejemplo, en cuanto a la información que debe brindarse al paciente.

Asimismo, es importante hacer notar que ciertos criterios han sido adoptados antes por la jurisprudencia española en comparación con la uruguaya, como sucede con la doctrina de la pérdida de oportunidad. Ésta ha sido aplicada en España treinta años antes que en Uruguay.

Este análisis nos ha permitido conocer los orígenes del consentimiento informado, que mucho dicen relación con su finalidad: por un lado, proteger la autonomía y dignidad del paciente, y por otro, un instrumento al servicio de la medicina defensiva. Es así, una doctrina que sirve tanto a los intereses de los pacientes como de los profesionales de la salud, por lo que es hoy el elemento principal de la relación médico-paciente.

Ha quedado demostrado que toda la regulación del consentimiento informado –tanto en Uruguay como en España–, las interpretaciones doctrinarias que la acompañan y la jurisprudencia en la materia, marcan una clara tendencia –desde sus orígenes hasta hoy en día– de consolidación y perfeccionamiento de esta doctrina jurídica al servicio de la medicina.

Quizás podríamos haber llegado a las mismas conclusiones analizando únicamente la regulación de uno de los dos países, sin embargo, somos de los que creemos que una visión comparada de los temas es siempre enriquecedora; permite visualizar las deficiencias de un ordenamiento jurídico, así como los avances del otro, de forma tal de ser usado como un instrumento de complementación.

Deseamos que este trabajo haya sido de agrado y utilidad para el lector, como lo ha sido para nosotros a lo largo de toda su realización.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ASENSI PALLARÉS, E.; CID-LUNA CLARES, I.: “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, N° 8, pp. 228-239.
- ASUA GONZÁLEZ, C.: “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, N° 8, pp. 147-161.
- BERRO ROVIRA, G.: “Consentimiento informado”, *Revista Uruguaya de Cardiología*, 2013, Vol. 28, pp. 17-31.
- “Consentimiento”, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, pp. 359-378.
 - “La relación médico-paciente (RMP) y su actual encuadre legal”, *Revista Biomedicina - Medicina Familiar y Comunitaria*, Montevideo, 2006, vol. IV, núm. 1, pp. 16-23.
- CADENAS OSUNA, D.: *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018.
- CAL LIGGIARDI, M.: “Aspectos jurídicos de la relación médico paciente”, *Régimen Jurídico de la Asistencia a la Salud*, Montevideo, 2018, pp. 269-285.
- CARNELLI, S.; SZAFIR, D.: *Responsabilidad Médica*, Cuadernos del Anuario de Derecho Civil N° 16, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.
- CAUMONT, A.: “El denominado consentimiento informado: negocio jurídico de fijación de la ejecución de la prestación médica”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, Tomo XXIX, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 407-412.
- COLIN, A.; CAPITANT, H.: *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo Tercero, Madrid: Editorial Reus, 1924.
- CORBERLLA I DUCH, J.: “Reflexiones en torno a los derechos de los enfermos. Con referencias a la ley española 41/02”, *Medicina Legal. Derecho Médico y Aspectos Bioéticos*, Fundación de Cultura Universitaria, 2013, pp. 423-439.
- DE LORENZO Y MONTERO, R.: *Derecho y Obligaciones de los Pacientes*, Galicia: Colex, 2019.
- GALÁN CORTES, J.C.: “La responsabilidad médica y el consentimiento informado”, *Revista Médica del Uruguay*, 1999, Vol. 15, N° 1, pp. 5-12.
- “Consentimiento informado”, *Derecho Sanitario y Bioética, Cuestiones actuales*, Valencia: Universidad de Castilla-La Mancha, 2011, pp. 363-405.
- GAMARRA, J.: *Responsabilidad Civil Médica*, Tomo I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- “Causalidad omisiva, culpa y pérdida de una probabilidad”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2001, Tomo XXXI, p. 927-930.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C.: “Problemas de inseguridad jurídica en responsabilidad medicosanitaria: identificación y cuantificación del daño. Relación de causalidad”, *Responsabilidad civil y seguro, Cuestiones actuales*, Barcelona: Ediciones Francis y Taylor, 2018, pp. 361-455.
- “Falta de consentimiento informado y riesgos materializados. ¿Pérdida de oportunidad o lesión de la autonomía personal? Comentario a la STS 8 de abril de 2016”, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2016, N° 102, pp. 475-488.
- LÁZARO, J.; GARCÍA, D.: “La relación médico enfermo a través de la historia”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Pamplona, 2006, vol. XXIX, sup. III, pp. 7-17.
- LÓPEZ CALERA, N. M.: “La vida y la muerte ante la ética y el Derecho. Paternalismo médico y desarrollo científico”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1994, N° 15-16, Vol. II (1994), pp. 715-729.
- LÓPEZ CARMONA, V.: “Responsabilidad civil por falta de consentimiento informado en la medicina satisfactiva”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, Extraordinario XXII Congreso 2013, pp. 178-188.
- MESSINEO, F.: *Dottrina Generale del Contratto*, Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948 (trad. cast., *Doctrina General del Contrato*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2018).

- MONTANO Y GÓMEZ DE ALÍA, P. J. *Derecho Médico Uruguayo*, Montevideo: Universidad de Montevideo, 2005.
- PARADISO, M.: “La responsabilidad civil médica entre confirmaciones jurisprudenciales y nuevos comienzos”, *La responsabilidad civil. Estudios italianos contemporáneos*, Ediciones Olejnik, 2015, pp. 302-325.
- PELLEGRINO, E. D.: “La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica”, *Boletín de Oficina Sanitaria Panamericana* 108, 1990, pp. 379-389.
- RODRÍGUEZ, C.: “El consentimiento informado del paciente. Análisis de su nueva reglamentación”, *La Ley online Uruguay*. Recuperado de www.laleyonline.com.uy, UY/DOC/513/2010 (Consultado el 30 de marzo de 2019).
- RODRÍGUEZ ALMADA, H.: “Consentimiento informado en la práctica clínica”, *Anales de la Facultad de Medicina*, Universidad de la República, 2017, N° 4 (Sup. 2), pp. 22-30.
- SANCHO GARGALLO, I.: “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”, *Revista para el Análisis del Derecho*, N° 2, 2004.
- SZAFIR, D.; VOELKER, R.: “El consumidor de servicios de salud y la información”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 2000, Tomo XXX, pp. 709-725.
- VERA CARRASCO, O.: “Aspectos éticos y legales en el acto médico”, *Revista Médica de La Paz*, Vol. 19, N° 2, 2013.

| Crónicas



SALUD DIGITAL: UN NUEVO PARADIGMA TAMBIÉN PARA EL ÁMBITO DE LA CONCILIACIÓN DE DERECHOS

**Gemma
Mota Donate**

*Letrada de Administración Sanitaria
Junta de Andalucía*

SUMARIO

I. Introducción. II. Aproximación a la situación de la salud digital en nuestro entorno. III. Implicaciones de la salud digital: transformación digital en salud y tratamiento de datos, influencia de la salud digital en la relación médico-paciente y acceso a las prestaciones sanitarias. 3.1. Transformación digital en salud y ejes clave en el tratamiento de datos personales. 3.2. Influencia de la salud digital en la relación médico-paciente. 3.3. Garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad. **IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

RESUMEN

La presente comunicación versa sobre la irrupción de la salud digital en el ámbito sanitario. Pretende realizar un acercamiento a la situación general del contexto que nos rodea y un análisis de algunas de las implicaciones más importantes para mundo del Derecho Sanitario.

PALABRAS CLAVE

Salud digital, implicaciones en salud, retos de la salud digital.

ABSTRACT

This work is about the emergence of e-Health. It aims to make an approach to the general situation and an analysis of some of the most important implications for the world of Health Law.

KEYWORDS

e-Health, health implications, e-Health challenges.

I. INTRODUCCIÓN

Proporcionar una definición de salud digital puede parecer una cuestión sencilla, sin embargo, nada más lejos de la realidad. La salud digital como concepto constituye un fenómeno en el cual convergen un gran número de factores y elementos en constante evolución que van determinando, a su vez, el nacimiento de otros subconceptos dentro del mundo de la salud digital que fácilmente inducen a confusión.

La existencia de este maremágnum en lo que a terminología relacionada con la salud digital se refiere (eSalud, salud electrónica, cibersalud, telesalud, telemedicina, salud 2.0...) se debe a que, en los últimos años, la misma ha experimentado una convergencia sin precedentes en cuanto a vocabulario compartido, a herramientas comunes y, lo que es más importante, principios para guiar la selección, implementación y evaluación de innovaciones digitales¹. Resulta, por ello, importante aportar en

¹ LABRIQUE A, VASUDEVAN L, MEHL G, ROSSKAM

primer término y como punto de partida una definición de salud digital, para luego hablar del inmenso alcance de la misma.

Pese a la falta de consenso a la hora de definir qué se entiende por salud digital, es frecuente el recurso a la que en su día aportase Eysenbach²:

“La eSalud es un campo emergente en la intersección de la informática médica, la salud pública y los negocios, referido a los servicios sanitarios y la información transmitida o mejorada a través de Internet y las tecnologías relacionadas. En un sentido más amplio, el término representa no sólo un desarrollo técnico, sino también un estado mental, una forma de pensar, una actitud, y un compromiso con un pensamiento conectado, global, para mejorar la sanidad local, regional y globalmente a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación”.

Se recurre también con frecuencia, a la definición de la Organización Mundial de la Salud³ (OMS), que define el concepto *e-Health*, refiriéndose en español a él como Ciber salud, entendiendo por tal: *“el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) para la salud”.*

Además, es preciso subrayar que la OMS también se refiere a la ciber salud como: *“la transferencia de recursos y cuidados de salud por medios electrónicos”.* No obstante, en una de las definiciones más recientes aportadas por la OMS⁴ conceptualiza la salud digital como: *“el campo del conocimiento y la práctica relacionado con el desarrollo y la utilización de las tecnologías digitales para mejorar la salud. La salud digital amplía el concepto de ciber salud para incluir a los consumidores digitales, con una gama más amplia de dispositivos inteligentes y equipos conectados. También abarca otros usos de las tecnologías digitales para la salud, como la Internet de las cosas, la inteligencia artificial, los macrodatos y la robótica”.*

E, HYDER AA. Digital health and health systems of the future. *Global Health: Science and Practice*. October 2018, vol. 6, (Supplement 1): S1-S4. Disponible en la URL: <https://doi.org/10.9745/GHSP-D-18-00342> (con acceso el 25 de octubre de 2020).

2 EYSENBAACH, G. What is e-health?. *Journal of Medical Internet Research* Junio 2001, vol.3, nº 2, e20. Disponible en la URL: <https://doi.org/10.2196/jmir.3.2.e20> (Con acceso 23 de octubre de 2020).

3 58ª Asamblea Mundial de la Salud A58/21, Punto 13.17 del orden del día provisional 7 de abril de 2005 y en (*Global Observatory for eHealth – a WHO initiative*).

4 En el Proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020-2024, Organización Mundial de la Salud.

Así, podemos considerar que el término salud digital es más amplio que el de ciber salud y que abarca fundamentalmente tres grandes áreas⁵:

- Manejo y entrega de información y datos de carácter sanitario por parte de profesionales sanitarios y pacientes o consumidores a través de Internet y telecomunicaciones.
- Uso de la capacidad de las tecnologías de la información y comunicación para mejorar los servicios sanitarios y de salud pública.
- Uso de prácticas relacionadas con el comercio electrónico en gestión de servicios sanitarios.

En cualquier caso, lo que resulta evidente es que entendemos y podemos considerar, a grandes rasgos, que la salud digital, eSalud o ciber salud consiste en la práctica y en el fenómeno basado en la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación a los sistemas de salud.

Supone ésta una de las áreas en el ámbito sanitario que más ha evolucionado en los últimos años debido al gran impulso de las tecnologías, constituyendo dicha evolución solo la punta del iceberg de lo que queda por venir, pues es posible afirmar que la aplicación de la tecnología a la sanidad se encuentra hoy en la “línea de partida” de la gran carrera que ha de recorrer.

Las implicaciones de la salud digital resultan innumerables e inabarcables en una comunicación de esta entidad, y suponen grandes retos para la salud del futuro. En cambio, merecen ser destacadas debido a la trascendencia que tienen por su incidencia - cuando no colisión- en determinados derechos: la influencia o afectación de la salud digital en el ámbito de la relación médico-paciente, en lo que al tratamiento de datos de carácter personal se refiere y en el acceso a las prestaciones de carácter sanitario en condiciones de equidad. Puesto que, si bien resultan incuestionables los grandes beneficios de la salud digital y sus aplicaciones a través de la robótica, del big data y del gran salto cualitativo de las tecnologías de la información y la comunicación; también resulta incuestionable que constituye éste un campo lleno de incertidumbre no sólo para mundo sanitario sino también para el mundo jurídico.

Las dificultades existentes se ponen de manifiesto por cuanto se trata de un terreno claramente interdisciplinar, en el que para responder a muchas de las cuestiones que se plantean, es necesaria la

5 DE LIMA, Daniel: “Informe ASD sobre Transformación Digital en Salud en España: compromisos vs. Realidades”, Asociación de Salud Digital, Madrid, 2018, p. 12.

interrelación de varias ramas como son las Ciencias de la Salud, las Ingenierías y el Derecho⁶. Por ello, abordar esta cuestión desde el punto de vista jurídico constituye un auténtico desafío, no sólo por la ausencia de normativa al respecto que lleva a una gran inseguridad jurídica en la materia, sino también porque la rápida evolución de la salud digital y sus aplicaciones dificultan en gran medida la posibilidad de ofrecer un marco jurídico estable a la disciplina.

Por tanto, el objeto de la presente comunicación, a partir de la conceptualización de lo que se entiende por salud digital, lo constituye una aproximación a la situación de la misma en nuestro país y fundamentalmente las implicaciones de la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en el ámbito sanitario. Implicaciones que, como ya se ha señalado, afectan a ámbitos tan fundamentales y básicos en sanidad como son la protección de datos, la relación médico-paciente y a la conciliación de derechos ampliamente consolidados en nuestro entorno y que aparecen contemplados, entre otras, en 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 (LAP) y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS).

II. APROXIMACIÓN A LA SITUACIÓN DE LA SALUD DIGITAL EN NUESTRO ENTORNO.

La Organización Mundial de la Salud instó a los Estados Miembros a través de la Resolución WHA 58.28⁷, a partir del Informe de la Secretaría sobre ciberseguridad⁸, entre otras, a las siguientes actuaciones: a plantear la elaboración de planes estratégicos a largo plazo para implantar la ciberseguridad en distintos sectores del mundo sanitario, a dotar de las infraestructuras y marco jurídico apropiado, a fomentar la colaboración multisectorial para definir criterios y normas de ciberseguridad sobre modelos rentables que garanticen la disponibilidad de normas en materia de calidad, seguridad y ética, y el respeto de los principios de confidencialidad de la información, privacidad, equidad e igualdad, etc.

6 BURKHARDT PÉREZ, Inmaculada Gemma: "Salud electrónica en situaciones de emergencia, catástrofes y el tercer mundo" en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.187.

7 58ª Asamblea Mundial de la Salud, (Novena sesión plenaria, 25 de mayo de 2005 - Comisión A, séptimo informe).

8 58ª Asamblea Mundial de la Salud A58/21, Punto 13.17 del orden del día provisional 7 de abril de 2005.

De este modo, se fija así la estrategia a seguir en el desarrollo de la salud digital y se crea además, en 2005, el Observatorio Global sobre ciberseguridad o salud digital de la Organización Mundial de la Salud (Global Observatory for eHealth), como iniciativa dedicada al estudio de la salud digital, su desarrollo e impacto en los distintos países. En este sentido, y continuando con la implantación de la salud digital, se ha desarrollado por parte de la OMS el Proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020-2024, que define cuatro grandes objetivos en la materia: promover la colaboración en el plano mundial y fomentar la transferencia de conocimientos de salud digital; impulsar la ejecución de estrategias nacionales de salud digital; fortalecer la gobernanza en pro de la salud digital en los planos mundial, regional y nacional, y, finalmente, propugnar sistemas de salud centrados en las personas y facilitados por medio de la salud digital. Estos cuatro objetivos estratégicos, tienen como finalidad, según señala el propio Proyecto de Estrategia Mundial sobre salud digital 2020-2024, proporcionar orientaciones y coordinación sobre la transformación de la salud digital a nivel mundial y reforzar las sinergias entre las iniciativas y las partes interesadas para mejorar los resultados sanitarios y mitigar los riesgos conexos a todos los niveles.

En el ámbito de la Unión Europea, podemos decir que se avanza también en este sentido. Pese a que la Unión Europea no define las políticas sanitarias de los Estados Miembros, de conformidad con los Tratados de la Unión, sí constituye un elemento fundamental por cuanto desarrolla acciones complementarias a las de los Estados Miembros, concretamente en relación a las principales amenazas para la salud pública, en cuestiones con repercusiones transfronterizas o internacionales y en las relativas a la libre circulación de bienes, servicios y personas⁹, en este sentido se pronuncia el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, aunque existen también previsiones en materia de salud pública recogidas en el Tratado de Lisboa, lo importante es que la acción de la Unión Europea en esta materia "respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica"¹⁰.

9 MONTEAGUDO PEÑA, José Luis. La e-Salud en los marcos de la Unión Europea Aspectos organizativos, legislativos y operacionales. *Innovación y tecnología para la gestión sanitaria* [online]. Septiembre 2019, p.4-5. Disponible en la URL: <https://www.clubgertech.com/wp-content/uploads/2019/09/La-e-Salud-en-el-marco-de-la-UE.pdf> [Con acceso el 28 de octubre de 2020].

10 Art.127 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Por tanto, la acción en materia de sanidad de la Unión Europea se basa en mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades y los peligros para la salud y fomentar la investigación. El más reciente ejemplo de esta acción cooperativa lo constituyen las medidas adoptadas por las Instituciones europeas en los últimos meses en la lucha frente a la pandemia ocasionada por el virus SARS-Cov-2 (facilitando la obtención de equipos médicos, fomento de investigación, acciones para disminuir sus propagación...¹¹).

En lo que aquí nos ocupa, podemos decir que, si bien la Unión Europea no ha establecido unas bases comunes que marquen una tipología y requisitos fundamentales sobre salud electrónica y sus modalidades, lo cual resulta como señala Pérez Gálvez, difícilmente justificable en el siglo XXI¹², sí que se está avanzando en materia de transformación digital en salud, sobre todo a partir de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza¹³. También existe regulación que, a pesar

11 En este sentido, como ejemplo también citar que CE pretende establecer los elementos clave que deben tener en cuenta los Estados miembros en sus estrategias de vacunación contra la COVID-19, en consonancia con las competencias establecidas en los Tratados de la UE así como fijar estrategias de vacunación y Covid en desarrollo de los acuerdos de adquisición temprana de vacunas de la Comisión y su articulación con los Estados miembros adheridos. <http://www.obcp.es> (con acceso octubre de 2020).

12 PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: "Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes" en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.19.

13 En concreto su art. 14 sobre sanidad electrónica:

1. *La Unión apoyará y facilitará la cooperación y el intercambio de información entre los Estados miembros dentro de una red voluntaria que conecte a las autoridades nacionales encargadas de la sanidad electrónica que designen los Estados miembros.*

2. *Los objetivos de la red de la sanidad electrónica son los siguientes:*

a) *esforzarse para conseguir unos beneficios económicos y sociales sostenibles merced a sistemas y servicios europeos de sanidad electrónica y a aplicaciones interoperables que permitan alcanzar un alto grado de confianza y seguridad, mejorar la continuidad de los cuidados y garantizar el acceso a una asistencia sanitaria segura y de calidad;*

b) *elaborar directrices en relación con:*

i) *una lista no exhaustiva de datos que deberán incluirse en el historial de los pacientes y podrán ser compartidos por los profesionales sanitarios para propiciar una continuidad en los cuidados y la seguridad de los pacientes a través de las fronteras, y*

ii) *unos métodos eficaces que permitan utilizar los datos médicos en beneficio de la salud pública y la investigación;*

c) *apoyar a los Estados miembros para que impulsen medidas comunes de identificación y autenticación para facilitar la transferibilidad de los datos en la asistencia sanitaria transfronteriza.*

Los objetivos contemplados en las letras b) y c) se perseguirán con la debida observancia de los principios de pro-

de no estar prevista específicamente para la salud digital, resulta especialmente trascendente pues incide

tección de datos tal y como se encuentran establecidos en las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE.

3. *De conformidad con el procedimiento de reglamentación al que se refiere el artículo 16, apartado 2, la Comisión adoptará las medidas necesarias para el establecimiento, la gestión y el funcionamiento transparente de esta red.*

Y el art. 15, en materia de cooperación en la evaluación de tecnologías sanitarias:

1. *La Unión apoyará y facilitará la cooperación y el intercambio de información científica entre los Estados miembros dentro de una red voluntaria formada por las autoridades u organismos nacionales encargados de la evaluación de las tecnologías sanitarias que designen los Estados miembros. Los Estados miembros comunicarán sus nombres y datos de contacto a la Comisión. Los miembros de la red de evaluación de las tecnologías sanitarias participarán y harán contribuciones a ella de conformidad con la legislación del Estado miembro en que estén establecidos. Dicha red se basará en los principios de buena gobernanza, incluidas la transparencia, la objetividad, la independencia de los conocimientos, la equidad de los procedimientos y consultas oportunas de las partes interesadas.*

2. *El objetivo de la red de evaluación de las tecnologías sanitarias será:*

a) *apoyar la cooperación entre las autoridades u organismos nacionales;*

b) *apoyar a los Estados miembros en la comunicación de información objetiva, fiable, oportuna, transparente, comparable y transferible sobre la eficacia relativa, así como sobre la eficacia a corto y largo plazo, cuando proceda, de las tecnologías sanitarias y permitir un intercambio eficaz de dicha información entre las autoridades u organismos nacionales;*

c) *respaldar el análisis de la naturaleza y el tipo de informaciones que pueden intercambiarse;*

d) *evitar la duplicación de las evaluaciones.*

3. *Para alcanzar los objetivos establecidos en el apartado 2, la red sobre evaluación de las tecnologías sanitarias podrá recibir ayuda de la Unión. La ayuda podrá concederse para:*

a) *contribuir a la financiación del apoyo técnico y administrativo;*

b) *apoyar la colaboración entre Estados miembros para concebir y compartir métodos de evaluación de las tecnologías sanitarias, incluida la evaluación de su eficacia relativa;*

c) *contribuir a la financiación de la comunicación de información científica transferible para su uso en la presentación de informes nacionales y en los estudios de casos encargados por la red;*

d) *facilitar la cooperación entre la red y otras instituciones u organismos pertinentes de la Unión;*

e) *facilitar la consulta de los participantes en la labor de la red.*

4. *De conformidad con el procedimiento de reglamentación al que se refiere el artículo 16, apartado 2, la Comisión adoptará las medidas necesarias para el establecimiento, la gestión y el funcionamiento transparente de esta red.*

5. *Las disposiciones para la concesión de la ayuda, las condiciones a que puede estar sujeta y su importe, se determinarán de acuerdo con el procedimiento de reglamentación a que se refiere el artículo 16, apartado 2. Solo las autoridades y organismos de la red que hayan sido designados como beneficiarios por los Estados miembros participantes podrán optar a la ayuda de la Unión.*

6. *El importe de los créditos necesarios para las medidas previstas en el presente artículo se fijará cada año en el marco del procedimiento presupuestario.*

7. *Las medidas adoptadas de conformidad con el presente artículo no interferirán con la competencia de los Estados miembros para decidir sobre la aplicación de las conclusiones de la evaluación de las tecnologías sanitarias ni armonizará disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros y respetará plenamente las competencias de estos en cuanto a la organización y prestación de asistencia sanitaria y atención médica.*

en ella de manera indirecta¹⁴. En cuanto a políticas de actuación, aunque se pueden encontrar un gran número de documentos, declaraciones y comunicaciones por parte de la Comisión¹⁵ es preciso destacar el “Plan de Acción de eSalud 2012-2020: Sanidad innovadora para el siglo 21” con el que se pretende hacer frente a los grandes retos de salud del S.XXI¹⁶ y la “Estrategia de Mercado Único Digital¹⁷”. Así mismo, de especial alcance político es la Conferencia anual de eHealth, a la que acuden responsables del más alto grado de los Estados Miembros con competencias en Salud y en materia de Información.

Lo que es cierto y resulta incuestionable es que dentro de los distintos Estados Miembros existen un amplio abanico de desigualdades, y que el acceso a la salud digital se ve limitado por muchas cuestiones. El acceso a los servicios se restringe por razones económicas, geográficas e incluso culturales¹⁸. Por ello, el desarrollo de planes y políticas en el marco de la Unión Europea para reducir dichas desigualdades sigue siendo de gran transcendencia.

Ahora bien, descendiendo a nuestro país, cabe preguntarse ¿Cuál es la situación de la salud digital en España? Para responder a esta cuestión, parece especialmente interesante traer a colación la recentísima publicación del Índice FENIN de Madurez Digital en Salud¹⁹.

14 Según MONTEAGUDO PEÑA, José Luis, *op cit.*, p.4-5. Disponible en la URL: <https://www.clubgertech.com/wp-content/uploads/2019/09/La-e-Salud-en-el-marco-de-la-UE.pdf> [Con acceso el 28 de octubre de 2020]; destacan: Directivas en aspectos tales como la de Dispositivos Médicos y la de dispositivos de diagnóstico in vitro. La Regulación (EU) N°910/2014 sobre identificación electrónica y servicios de confianza sobre identificación electrónica en el Mercado Único (eIDAS Regulation). Sobre la seguridad digital “EU Cybersecurity Act” incluye la propuesta por un nuevo mandato para la Agencia de Ciberseguridad (ENISA) y el establecimiento de un marco de certificación de seguridad TIC en la UE y ligado a ello la Comisión ha creado una Recomendación sobre la respuesta coordinada a incidentes y crisis de ciberseguridad a gran escala, así como una Comunicación sobre la implementación de la Directiva (EU) 2016/1148. Otra Directiva a tener en cuenta es la que se refiere a la reutilización de los datos del sector público, destacando además, el marco legislativo europeo sobre la protección de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Otras Directivas relevantes se refieren a Compras Públicas, Comercio electrónico, Interoperabilidad, Seguridad, Protección de Datos y Telecomunicaciones.

15 Según MONTEAGUDO PEÑA, José Luis, *op cit.* p.7 y ss.

16 https://ec.europa.eu/health/funding/programme_es (con acceso el 20 de octubre de 2020).

17 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192> (con acceso el 29 de octubre de 2020).

18 RUIZ LÓPEZ, F. “La salud electrónica como medio para mejorar la igualdad en el acceso al sistema de salud” en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectivas y realidad*, Valencia, 2016, p.174.

19 FEDERACION DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA

Dicho informe constituye un estudio que permite una aproximación objetiva al conocimiento del grado de desarrollo e implantación de los modelos digitales en el ámbito de los Servicios de Salud de las distintas CC.AA, analizando cuatro perspectivas²⁰:

- El empoderamiento de la ciudadanía/paciente (Servicios digitales para pacientes): Procesos administrativos, Acceso a la Historia de Salud Digital y actualización de la misma, comunicación no presencial paciente-profesional, herramientas colaborativas entre pacientes, planes asistenciales y tele monitorización.
- La disponibilidad de herramientas/servicios de salud digital para el profesional clínico (Servicios digitales para profesionales): Acceso a la Historia Clínica Electrónica y su actualización, sistemas de ayuda a la decisión, planes asistenciales e integración de dispositivos.
- La evaluación del avance tecnológico de la infraestructura IT de las organizaciones sanitarias para desarrollar nuevos servicios de salud digital (Infraestructura IT de salud digital): Interoperabilidad, Seguridad, aplicaciones, persistencia de datos, gestión de procesos IT, despliegue IT y Data Center.
- Las herramientas de análisis de datos para la toma de decisiones aplicado a la gestión sanitaria/planificación, gestión de la salud poblacional, salud pública-epidemiología e investigación (Sistemas Analíticos): planificación y gestión, gestión poblacional, Salud Pública – Epidemiología e Investigación.

Tras el análisis de los datos integrados, concluye el Índice, que en líneas generales, la madurez digital de los Servicios de la Salud es baja, alcanzando tan solo un 31,7%, encontrando una distribución desigual tanto por perspectivas de análisis, como por CC.AA. En cuanto a perspectivas, la más desarrollada es la de Infraestructura IT de salud digital (42,3% de media), seguida por servicios digitales para profesionales (41,3 %), siendo destacable el poco desarrollo en el ámbito de los servicios digitales para pacientes (22,8%). El último puesto lo ocupan los sistemas analíticos (17,8%), suponiendo uno de los principales retos en lo que al cambio digital se refiere. En lo que a CC.AA, la desigualdad también es manifiesta. Apreciándose en algunas una

SANITARIA: Índice Fenin de Madurez Digital en Salud. [online]. Junio 2020. Disponible en la URL: <https://www.fenin.es/documents/document/778> (con acceso 15 de octubre de 2020)

20 *Ibidem* Pp. 8-9 y 22.

madurez digital por encima del 40%, y otras que no alcanzan el 25%, luego los servicios relacionados con la salud digital son diferentes para ciudadanos y profesionales en función del lugar geográfico en que residan o presten sus servicios²¹.

En este sentido, el Informe añade un punto de vista muy interesante, por cuanto considera que la transformación digital en salud no debe medirse únicamente desde la perspectiva de la implantación tecnológica, sino en: *la disponibilidad de nuevos servicios sanitarios que sustituyan a los actuales, basados en una nueva experiencia de usuario más ágil, eficiente y orientada a resultados en salud desde cualquier ubicación*²².

A mayor abundamiento, este panorama que refleja el índice abordado evidencia que, si durante los últimos años se ha alcanzado un nivel alto en ámbitos como la gestión de citas o el desarrollo de la historia clínica electrónica, todavía se manifiesta la necesidad de trabajar en determinadas áreas, cuyas carencias se han certificado especialmente en la actual situación de pandemia en la que nos encontramos.

III. IMPLICACIONES DE LA SALUD DIGITAL: TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN SALUD Y TRATAMIENTO DE DATOS, INFLUENCIA DE LA SALUD DIGITAL EN LA RELACIÓN MÉDICO –PACIENTE Y ACCESO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS.

Es incontrovertido que las implicaciones de la salud digital son innumerables y alcanzan a una gran variedad de aspectos. En esta comunicación, abordamos, en concreto, tres ámbitos que se consideran fundamentales en materia sanitaria: la transformación digital en salud y el tratamiento de datos personales, la influencia de la salud digital en la relación médico-paciente y la garantía del acceso a las prestaciones sanitarias de conformidad con el principio de igualdad.

3.1 Transformación digital en salud y ejes clave en el tratamiento de datos personales.

En lo que a protección de datos se refiere, la transformación en salud digital se enfrenta a un gran reto que es la garantía de la seguridad de la información. El marco jurídico en España viene delimitado

por el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante RGPD) y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD); que vienen a atender las nuevas situaciones planteadas ante el aumento de los flujos transfronterizos de datos personales como consecuencia del funcionamiento del mercado interior, de los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y la globalización, factores todos ellos que han determinado que los datos personales sean el recurso fundamental de la sociedad de la información²³.

En cualquier caso, los datos de salud se consideran “datos sensibles” y se les otorga el máximo nivel de protección, lo cual hace necesaria una armonía entre conjuntos normativos que se complementen. Este conjunto vendrá determinado por la legislación específica de protección de datos personales configurada en el ordenamiento europeo con un carácter prevalente y en el ámbito estatal con carácter complementario, a los que se ha de sumar la normativa sanitaria de carácter nacional que también reúne preceptos sobre protección de datos. Destaca en este punto, 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 (en adelante, LAP).

No obstante, algunos autores señalan la falta de concordancia entre ambas normativas, puesto que si bien la LAP otorga el protagonismo a la información oral y escrita al paciente y la orientación de la información clínica hacia la mejor asistencia posible, los preceptos de la LOPD otorgan a la información en salud el máximo nivel de protección y discreción. Así, pese a que ambas leyes se hagan remisiones recíprocas, es posible encontrar lagunas y, en ocasiones, incluso implicar contradicciones²⁴.

La aplicación de las TICs al mundo de la sanidad crece a un ritmo vertiginoso: telemedicina, Msalud, receta médica electrónica, historia clínica electrónica, teleconsultas, Big Data, Inteligencia Artificial, robótica y un largo etcétera. Desde el punto de vista de la salud digital, para lograr un adecuado funcionamiento de la misma y que la transformación constante de sus aplicaciones se lleve a cabo con el

23 Así lo señala el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

24 BELTRÁN AGUIRRE, J.L: “Tratamiento de datos personales de salud: incidencia del Reglamento General de Protección de Datos” en PÉREZ GALVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.96-97.

21 FEDERACION DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA, *op cit.*, pp. 8-12.

22 *Ibidem*, p.8.

adecuado respeto hacia el tratamiento de los datos en salud, resulta importante analizar cuáles son los ejes que influyen en los mismos y que constituyen puntos a ser tenidos en cuenta a la hora de abordar la transformación digital en salud²⁵. Todos estos ejes se encuentran, como no podía ser de otra forma, interconectados entre sí.

El primer eje viene conformado por la interoperabilidad de los datos en salud, es decir, la conexión de sistemas que permitan el intercambio de datos (protocolos, consultas, identificadores...). Se hacen cada vez más necesarios en un mundo globalizado, instrumentos que permitan compartir todos estos datos en salud y que suponen una gran ventaja y facilidades para el tratamiento de muchas cuestiones²⁶. Íntimamente ligado al eje anterior, iría el segundo eje constituido por la seguridad de los datos en salud. Sistemas cada vez más complejos que tratan con datos especialmente sensibles requieren estar dotados de las máximas garantías. Pese a que contamos con un marco normativo tanto europeo como nacional que protege especialmente la información sanitaria, los sistemas que utilizamos no están exentos de ciberataques, en los que el sistema sanitario adopta el papel de principal víctima. Se invoca aquí la necesidad de inversiones en medios tecnológicos y personales para garantizar la seguridad, siendo destacable una tecnología emergente denominada: Blockchain²⁷ y que sirve de gran ayuda en los retos que en esta vertiente se plantean. El tercero de los ejes es la calidad de los datos. La mayoría de los sistemas informáticos recogen datos centrados en procesos asistenciales. En una sociedad marcada por el exceso de información, aparece en este ámbito la necesidad de clarificar los datos y dotarlos de calidad y rigor. Tenemos multitud de datos y no se debe perder la oportunidad de aprender de ellos, pues solo así se obtendrá una rentabilidad máxima tanto para pacientes como para profesionales.

3.2 Influencia de la salud digital en la relación médico-paciente.

25 ALONSO SUERO, Elvira y REDONDO FONSECA, Marcos: "Los ejes de la transformación digital", *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 135, pp.8-10.

26 Como ejemplo, la interoperabilidad de los datos no solo entre CC.AA, si no entre distintos países en la actual situación de pandemia en la que nos encontramos, está resultando una herramienta fundamental en lo que a su vigilancia y control se refiere.

27 ALONSO SUERO, Elvira y REDONDO FONSECA, Marcos, *op. cit.*, p.9. Sobre el sistema Blockchain explica: "Básicamente consiste en un registro de información que nadie puede alterar o borrar y que es auditable. Aunque comenzó con el bitcoin y las transacciones bancarias, ha ido evolucionando hacia otros usos y actualmente se encuentra en su tercera generación."

La irrupción de las TIC y de la salud digital ha supuesto un nuevo paradigma para muchos aspectos del mundo sanitario, nuevo paradigma que afecta directamente a la relación médico-paciente. El vínculo y la interacción entre médico y paciente constituyen el centro del sistema sanitario, dicha relación es la esencia de la práctica médica y así debe seguir siendo. Sin embargo, la evolución de las aplicaciones de la salud digital ponen en cuestión en muchas ocasiones no solo los principios básicos recogidos en el artículo 2 de la LAP²⁸, sino también el principio de intermediación que ha de darse entre médico y paciente.

Resulta pertinente en este apartado, realizar un breve análisis que permita visualizar si lo que en apariencia se presenta como un gran paso en cuanto a recursos disponibles, atención a pacientes, facilidades para los profesionales etc., realmente lo es, o si, en cambio, se ponen en cuestión valores esenciales que fundamentan la relación entre médico y paciente, afectando a la confianza en los servicios y prestaciones sanitarias, cuando precisamente lo que no puede ocurrir bajo ninguna premisa es que el paciente se vea afectado negativamente por el uso de la salud digital.

En este marco se habla de "paciente digital o tecnopaciente", que se diferencia del paciente tradicional en que acepta el reto de utilizar los instrumentos digitales que se ponen a su alcance. Elección que se verá condicionada por varios factores como pueden ser la edad o entorno cultural y que ha de llevar a las Administraciones e Instituciones Sanitarias a promover campañas e invertir recursos tendentes

28 Artículo 2. Principios básicos:

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

a ayudar a quien lo necesite en aras a poder beneficiarse de las prestaciones de la salud digital²⁹.

Una de las vertientes más cuestionada en la aplicación de la salud digital viene dada por la posible afectación del principio de intermediación física entre médico y paciente, pilar básico de la medicina tradicional, que podría verse sustituido por el uso de la comunicación electrónica. Cabe también preguntarse aquí si dicho principio tiene en nuestros días la misma transcendencia que en los inicios de la e-Salud. Así, en un momento inicial cuando básicamente el uso de la salud digital giraba en torno a la telemedicina, el cuestionamiento se planteaba en relación al empleo de la misma en sustitución de la presencia física. Si bien, también existían quienes abogaban claramente por la telemedicina como superación de la práctica médica tradicional marcada por el desarrollo de las TICs³⁰.

En cambio, el uso indiscriminado de los instrumentos que ofrece la salud digital puede suponer un gran detrimento para el paciente, en la medida en que se le priva del valor de la experiencia del profesional sanitario. En ocasiones y en determinadas patologías, la relación entre médico y paciente constituye un eje fundamental del tratamiento y prestación sanitaria; privarle de esa cercanía y humanización -que también constituyen tintes esenciales de la Medicina como ciencia- podría llevar a que el paciente recurriese a confiar su cuidado a fuentes menos fiables, al autotratamiento e incluso animarle a abandonar sus tratamientos.

Es posible concebir una solución intermedia, que permitiría al paciente beneficiarse de las ventajas de ambas vías: la experiencia y la atención personal junto con la implementación de los instrumentos de la salud digital³¹. Para ello, son de ayuda la adopción de principios éticos que establezcan ciertas garantías a la relación medico paciente en la aplicación de la salud digital.

29 ABELLÁN, Fernando y DERECHO SANITARIO ASESORES. El paciente digital y la e-Salud. *Informe de Experto Fundación Merck Salud*. [online]. Enero 2019, nº18, p.7-8. Disponible en la URL: https://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2019/02/Paciente_digital_DEF.pdf (con acceso octubre 2020)

30 Sobre las aplicaciones de la telemedicina y el principio de intermediación física en la relación médico-paciente: SANCHEZ-CARO, Javier y ABELLAN, Fernando: "Telemedicina como forma de ejercicio de la medicina. Aspectos éticos" en SANCHEZ-CARO, J. y ABELLAN, F.: *TELEMEDICINA Y PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIOS (ASPECTOS LEGALES Y ÉTICOS)*, Granada, 2002, pp.18-20 y ABELLAN, Fernando y DERECHO SANITARIO ASESORES, *op. cit.*, p.10.

31 ABELLAN, Fernando y DERECHO SANITARIO ASESORES, *op.cit.*, p.10.

En este sentido el artículo 26 del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, publicado en 2011, a cuyo cumplimiento están obligados los facultativos como establece el art 4.7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias; señala:

“3.- El ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet, es contrario a las normas deontológicas. La actuación correcta implica ineludiblemente el contacto personal y directo entre el médico y el paciente.

4.- Es éticamente aceptable, en caso de una segunda opinión y de revisiones médicas, el uso del correo electrónico u otros medios de comunicación no presencial y de la telemedicina, siempre que sea clara la identificación mutua y se asegure la intimidad.

5.- Los sistemas de orientación de pacientes, mediante consulta telefónica o telemedicina, son acordes a la deontología médica cuando se usan exclusivamente como una ayuda en la toma de decisiones.

6.- Las reglas de confidencialidad, seguridad y secreto se aplicarán a la telemedicina en la forma establecida en este Código.”

Se trata, como se puede comprobar, de normas centradas en su mayoría en el uso de la telemedicina, pero trasladables a la aplicación de la salud digital en toda su extensión.

Por consiguiente, se pueden establecer unos principios éticos que guíen la aplicación de la salud digital en la relación medico-paciente³², que se sintetizan en las siguientes ideas: la aplicación de la salud digital ha de justificarse en una mejor asistencia al paciente; no ha de prescindirse de la relación física médico-paciente, pues la asistencia y aplicación de medios electrónicos no puede afectar en ningún caso de forma negativa a la relación entre ambos; la relación “ virtual” entre médico y paciente debe ser con posterioridad a que ambos se hayan conocido e identificado. En todo caso, requerirá la valoración por parte del facultativo sobre las posibilidades del uso de las aplicaciones de la salud digital por el paciente. Finalmente, la aplicación de la salud digital debe contar en cualquier caso con la seguridad y confidencialidad de los datos en aras a garantizar el derecho a la protección de datos del paciente.

En última instancia, procede subrayar que el denominado “paciente digital” ha de prestar su

32 ABELLAN, Fernando y DERECHO SANITARIO ASESORES, *Op.cit.*, pp.12-13.

consentimiento para serlo³³. La LAP en su artículo 2.3 ampara el derecho del paciente a decidir entre las opciones clínicas disponibles, siendo el precepto extensible a las aplicaciones clínicas de la salud digital (teleconsulta, tediagnostico...). Por ello, el paciente que optase por una negativa a las aplicaciones de salud electrónica, no podría ser obligado a lo contrario siempre que existiesen alternativas disponibles.

3.3 Garantía de acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), dio respuesta y desarrollo a la previsión del artículo 43 de la Constitución Española de 1978, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica. Más tarde, y tras grandes desarrollos y cambios sanitarios y sociales, aparece la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante, LCCSNS) para dar plenitud a la LGS. Dicha LCCSNS persigue como objetivos prioritarios: acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias y garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad³⁴.

Por tanto, la LCCSNS viene a consolidar la garantía de acceso a las prestaciones sanitarias de conformidad con el principio de igualdad recogido en nuestra Constitución. Tarea ésta que, dada la gran diversidad de nuestro país, no ha sido ni continúa siendo fácil.

Con la aparición de la salud digital se da un fenómeno paradójico, pues mientras que, por un lado, constituye un instrumento que facilita la extensión de prestaciones sanitarias hacia ámbitos y zonas a las que sin ella sería mucho más dificultoso llegar, por otro, surge una brecha digital que afecta no sólo

a zonas más desfavorecidas sino también a población más envejecida, que precisamente es la que requiere en gran medida de atención sanitaria.

La garantía en el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad tal y como viene contemplada por los artículos 1 y 2 de la LCCSNS, en una sociedad globalizada y marcada por el creciente uso de la salud digital, ha de atender a las características de los pacientes, cuyas necesidades han cambiado fundamentalmente en los últimos veinte años. Nos encontramos con el siguiente escenario³⁵: personas con mayor formación que son demandantes activos y críticos de información sanitaria, pacientes que buscan una atención sanitaria basada en explicaciones e indicaciones, en inmediatez de atención y con menos barreras burocráticas y económicas, personas que buscan calidad en los cuidados. Se habla aquí del paso de paciente a “cliente o consumidor de servicios sanitarios”.

Frente a este tipo de paciente “empoderado”, encontramos la otra cara de la moneda del Sistema Nacional de Salud que viene marcada por el envejecimiento de la población, la cronicidad³⁶ de las patologías y las desigualdades socioeconómicas. Las Instituciones y Administraciones sanitarias han de centrarse de manera especial en aquéllos aspectos para que la calidad prestacional no se desligue de los principios de equidad e igualdad consagrados en nuestra Constitución, pues trabajar sin perder de vista esta vertiente es la única manera de garantizar la no discriminación de la población en el acceso a prestaciones sanitarias y de lograr el desarrollo de una salud digital “humanizada”³⁷.

Además, no podemos olvidar que, para garantizar dicho acceso a las prestaciones sanitarias, resulta imprescindible también una buena formación de los profesionales de la salud, médicos, enfermeras,

35 PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *op.cit.*, p.62-64 y RUBIA VILA, F.J. (Coordinador), *Libro Blanco sobre el Sistema Sanitario Español*, Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2011, pp. 100-101.

36 Según el documento de medidas: “Hacia la Transformación digital del sector salud. 10 medidas para su impulso” elaborado por la Asociación de Empresas de Electrónica, Tecnologías de la Información, Comunicaciones y Contenidos Digitales (AMETIC) y la Federación de Empresas de Tecnologías Sanitarias (FENIN) junto con la Sociedad Española de Informática de la Salud (SEIS): *En España hay 2,4 mill. de personas de más de 80 años y otras 400.000 de más de 90 años, de las cuales un 45% presenta algún tipo de patología crónica. Esto unido a la estimación de que el 80% del gasto en salud de una persona es en los 3 últimos años de su vida, pone de manifiesto la presión creciente a la que se enfrenta nuestro sistema de salud que no fue diseñado en su origen para atender en estas proporciones a este tipo de población.* [online] Disponible en la URL: <https://seis.es/wp-content/uploads/2018/02/LA-TRANSFORMACION-DIGITAL-DEL-SECTOR-SALUD-EN-ESPA%C3%91A.pdf> (con acceso en octubre 2020).

37 RUIZ LÓPEZ, F, *op. cit.*, pp.168 y ss.

33 *Ibidem*, p.13.

34 Exposición de Motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

cuidadores, etc., y a otro nivel con los pacientes y sus familiares, lo que implica la dedicación de recursos materiales y profesionales³⁸.

IV. CONCLUSIONES

Que nos encontramos desde un pasado reciente ante un cambio de paradigma en el ámbito sanitario debido a la irrupción de la salud digital y sus aplicaciones es incuestionable. Sin embargo, tras el estudio realizado es posible alcanzar una serie de conclusiones y reflexiones finales.

La salud digital no es un fenómeno tan reciente como se pudiera pensar puesto que sus aplicaciones existen desde hace varias décadas y los Organismos e Instituciones nacionales e internacionales vienen abordando sus prácticas y usos desde hace años. Desde esta perspectiva, resulta llamativo la inexistencia en la Unión Europea de unas bases comunes para el desarrollo de la salud digital que vayan más allá de Planes de Acción y Recomendaciones.

En el ámbito del derecho interno, también es posible encontrar ausencia de instrumentos normativos actualizados que permitan lograr una aplicación de la salud digital con el máximo respeto a los principios y garantías consolidados en el Derecho Sanitario. Podemos hablar de una “obsolescencia” de la LAP que requiere una reinterpretación a la luz de la nueva realidad que se plantea, y que lleva a pensar en una normativa que aúne y articule los preceptos y principios contemplados tanto en la LAP como en la LOPD para ofrecer las máximas garantías, tanto a pacientes que constituyen en centro de nuestro sistema sanitario como a los profesionales para que puedan trabajar dentro de un marco jurídico que les ofrezca seguridad y tranquilidad. En otro orden, en el plano Institucional y de acción de gobierno sería también conveniente la elaboración de Planes Estratégicos de Salud Digital de ámbito nacional en aras a lograr una mayor homogeneidad, tanto por perspectivas como por CC.AA.

La aplicación de las TICs a la salud se encuentra en constante adaptación y en la actualidad ha de hacer frente a grandes retos como son la cronicidad de las patologías actuales, el envejecimiento de la población y las desigualdades que puede general la brecha digital y que amenazan el acceso a prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad para lo que se necesitan fondos concretos destinados a medios personales y materiales en el ámbito de la salud digital, acompañados de una acción conjunta por parte de las Instituciones Sanitarias.

En la aplicación de la salud digital una gran dificultad es lograr la combinación de humanismo y tecnología. En una sociedad cada vez más individualista, cuya demanda de servicios sanitarios es incesante, el desarrollo de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario no puede implicar el olvido de los colectivos más desfavorecidos o de sectores no adaptados a las mismas.

La relación médico-paciente como eje de nuestro sistema sanitario basada en el principio de confianza no puede verse mermada. Siendo que el esfuerzo colectivo ha de venir impulsado desde los planos económico y sociocultural dentro de un marco normativo que requerirá de las correspondientes adaptaciones para su adecuación a la realidad social del siglo XXI.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Fernando y DERECHO SANITARIO ASESORES. El paciente digital y la e-Salud. *Informe de Experto Fundación Merck Salud*. [online]. Enero 2019, nº18. Disponible en la URL: https://www.fundacionmercksalud.com/wp-content/uploads/2019/02/Paciente_digital_DEF.pdf (con acceso octubre 2020)
- ALONSO SUERO, Elvira y REDONDO FONSECA, Marcos: “Los ejes de la transformación digital”, *Revista de la Sociedad Española de Informática y Salud*, núm. 135, pp.8-10.
- BELTRÁN AGUIRRE, J.L: “Tratamiento de datos personales de salud: incidencia del Reglamento General de Protección de Datos” en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.93-127.
- BURKHARDT PÉREZ, Inmaculada Gemma: “Salud electrónica en situaciones de emergencia, catástrofes y el tercer mundo” en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.185-215.
- DE LIMA, Daniel: “Informe ASD sobre Transformación Digital en Salud en España: compromisos vs. Realidades”, Asociación de Salud Digital, Madrid, 2018.
- EYSENBACH, G. What is e-health?. *Journal of Medical Internet Research* Junio 2001, vol.3, nº 2. Disponible en la URL: <https://doi.org/10.2196/jmir.3.2.e20> (Con acceso 23 de octubre de 2020).

38 *Ibidem*, p. 181.

- FEDERACION DE EMPRESAS DE TECNOLOGÍA SANITARIA: Índice Fenin de Madurez Digital en Salud. [online]. Junio 2020. Disponible en la URL: <https://www.fenin.es/documents/document/778> (con acceso 15 de octubre de 2020)
- LABRIQUE A, VASUDEVAN L, MEHL G, ROSSKAM E, HYDER AA. Digital health and health systems of the future. *Global Health: Science and Practice*. October 2018, vol. 6, (Supplement 1):S1-S4. Disponible en la URL: <https://doi.org/10.9745/GHSP-D-18-00342> (con acceso el 25 de octubre de 2020).
- MONTEAGUDO PEÑA, José Luis. La e-Salud en los marcos de la Unión Europea Aspectos organizativos, legislativos y operacionales. *Innovación y tecnología para la gestión sanitaria* [online]. Septiembre 2019. Disponible en la URL: <http://https://www.clubgertech.com/wp-content/uploads/2019/09/La-e-Salud-en-el-marco-de-la-UE.pdf> [Con acceso el 28 de octubre de 2020].
- RUBIA VILA, F.J. (Coordinador), *Libro Blanco sobre el Sistema Sanitario Español*, Academia Europea de Ciencias y Artes, Madrid, 2011, pp. 100-101.
- RUIZ LÓPEZ, F. “La salud electrónica como medio para mejorar la igualdad en el acceso al sistema de salud” en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.157-180.
- PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco: “Personal sanitario y salud electrónica: perspectiva y retos pendientes” en PÉREZ GÁLVEZ, J.F Y OTROS: *Salud electrónica: perspectiva y realidad*, Valencia, 2016, p.17-64.
- SANCHEZ-CARO, Javier y ABELLAN, Fernando: “Telemedicina como forma de ejercicio de la medicina. Aspectos éticos” en SANCHEZ-CARO, J. y ABELLAN, F.: *TELEMEDICINA Y PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIOS (ASPECTOS LEGALES Y ÉTICOS)*, Granada, 2002, pp.17-32.

| Recensiones



LAS RESPUESTAS A LAS NUEVAS MANIFESTACIONES DE DOPAJE EN EL DEPORTE

Recensión a ATIENZA MACÍAS, Elena
Dykinson, Colección Derecho deportivo, Madrid, 2020, 348 páginas

**Alfonso
Ortega Giménez**

*Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad Miguel Hernández de Elche. Alicante*

No hay duda de que el dopaje se encuentra en el centro del huracán de un debate que ya resulta recurrente. Incluso en los actuales tiempos de Covid en lo que vivimos el dopaje hacia acto de presencia. En este sentido, una de las citas *gigante* en el calendario de acontecimientos deportivos se veía dramáticamente afectada. Me refiero a los Juegos Olímpicos de Tokio 2020. Entre los porqués en relación al aplazamiento de dichos juegos olímpicos se refería a la imposibilidad de efectuar controles antidopaje dadas las excepcionales circunstancias de emergencia sanitaria. Sin competiciones, con deportistas confinados y las fronteras cerradas, el antidopaje se veía paralizado en la mayoría de los países y deportes. El cierre de fronteras como medida preventiva resultaba clave por la imposibilidad práctica de enviar muestras biológicas (fruto de controles antidopaje), a los laboratorios especializados ubicados en el extranjero, entre los cuales muchos suspendían temporalmente sus operaciones por el cierre de fronteras y falta de transportes.

La actualidad del tema de esta obra está clara, al igual que su vinculación y afectación a la salud, *leitmotiv* de la Asociación Juristas de la Salud y de su Revista de cabecera (Revista Derecho y Salud) en la medida en que muchas y diversas sustancias

y métodos de dopaje pueden resultar lesivos para la salud de quienes acceden a ellos, cabe la posibilidad de entender que las conductas de dopaje lesionan la salud de los deportistas.

Dentro de su vinculación con la órbita sanitaria, traigo a colación un clásico debate que la autora incluye en su obra: el que vincula dopaje y salud pública y al bien jurídico protegido en el delito que castiga el código penal (y la reforma del mismo con el vigente artículo 362 quinquies CP).

Así, las cosas, la controversia respecto del bien jurídico protegido por medio de la punición de las conductas de distribución de sustancias y métodos dopantes se ha desarrollado desde una serie de perspectivas que guardan relación con los efectos negativos que podría tener dicha práctica para ciertos intereses de distinta naturaleza. Así, los eventuales bienes jurídicos protegidos penalmente contra el dopaje se vinculan con la salud pública y con la salud individual y con la ética deportiva. No obstante, esta duplicidad no impide que algunas conductas relacionadas con el dopaje afecten a otros bienes jurídicos, esencialmente intereses patrimoniales y económicos. La cuestión a dilucidar aquí es si merece castigar el dopaje en el deporte para la protección

de los referidos bienes jurídicos. La respuesta a este asunto se halla muy lejos de resultar sencilla, lo que quizá explique los importantes esfuerzos vertidos en este sentido por la doctrina y la jurisprudencia.

Al hilo de lo ya apuntado, aborda, por tanto, la Dra. Elena Atienza un “tema-estrella” del Derecho deportivo: el dopaje. Tema de actualidad permanente, de interés y que genera un despliegue, de cada vez mayor número de agentes normativos implicados a nivel regional, nacional y, especialmente, internacional en el ámbito del Derecho deportivo.

Como bien señala el Dr. Carlos María Romeo Casabona, en su prólogo, “el lector podrá encontrar entre sus manos un trabajo exhaustivo sobre los distintos prismas en el abordaje y tratamiento de esta problemática, que han quedado estructurados en cinco capítulos en los cuales su autora ha seguido un orden lógico adecuado. Así las cosas, una vez situado el objeto a examen, dentro de su imaginario deportivo y, realizado un abordaje general de las leyes por las que se ve afectado (Capítulos I y II), ha procedido a la justificación o legitimación de los valores o bienes jurídicos que motivan tal afección (Capítulo III). Justificados tales extremos, ha procedido a valorar las respuestas del Derecho a las actuales conductas de dopaje, en orden a la tutela jurídica de dichos valores o bienes jurídicos, desde el ámbito del ordenamiento jurídico administrativo (Capítulo IV), para continuar con el análisis de la posesión, comercialización, tráfico y suministro de las sustancias y métodos con fines de dopaje desde una perspectiva punitiva (Capítulo V), advirtiendo, en ese mismo capítulo, que el reproche penal del Código español no ha alcanzado, hasta el momento, al consumo ni a la posesión de sustancias susceptibles de producir dopaje en el deporte”; pues bien, la Dra. Atienza Macías nos presenta un trabajo excelente, riguroso y actual, cuyas principales virtudes pasan por presentarnos el tema objeto de debate de forma integral e interdisciplinar.

Son tres las cuestiones a las que la Dra. Atienza le ha dedicado una especial atención en su monografía: a) en un primer lugar, hemos de poner de relieve, que nos hemos centrado en el **ámbito** estrictamente deportivo; b) en segundo lugar, hemos de significar que la obra aborda el dopaje dentro de las distintas tipologías deportivas; y c) en tercer lugar, la obra se centra en el análisis del dopaje en el ámbito de las actividades deportivas humanas, por lo que se deja fuera del foco de atención, el tratamiento que reciben las sustancias dopantes en animales empleados en pruebas deportivas.

La obra sigue un orden lógico, en el que, una vez situado el objeto a examen, dentro de su imaginario

deportivo y, realizado un abordaje general de las leyes por las que se ve afectado (Capítulos I y II), se procede a la justificación o legitimación de los valores o bienes jurídicos que motivan tal afección (Capítulo III). Una vez justificados tales extremos, son valoradas las respuestas del Derecho a las actuales conductas de dopaje, en orden a la tutela jurídica de aquellos valores o bienes jurídicos, desde el ámbito del ordenamiento jurídico administrativo (Capítulo IV), para continuar con el análisis de la posesión, comercialización, tráfico y suministro de las sustancias y métodos con fines de dopaje desde una perspectiva punitiva (Capítulo V), advirtiendo, en ese mismo capítulo, que el reproche penal del Código español no ha alcanzado, hasta el momento, al consumo ni a la posesión de sustancias susceptibles de producir dopaje en el deporte.

En efecto, y de acuerdo con lo anterior, el inciso del título “nuevas” manifestaciones de dopaje es ciertamente acertado, a mi parecer, ya que esta monografía no sólo versa sobre actuales conductas de dopaje sino sobre manifestaciones novedosas algunas incluso que no se han llegado a materializar pero que se prevén como realidad inminente. Me refiero a que los progresivos avances en el campo de las ciencias biomédicas y de las biotecnologías, han ido explorando nuevas técnicas o métodos de dopaje, cada vez más sofisticados y que muy posiblemente serán implantados en los próximos años (v. gr. dopaje genético), de ahí que la obra nos ofrece las respuestas de Derecho adelantándose a lo que se prevé una realidad dentro de unos años. Siguiendo con el título, el mismo acoge la palabra “respuestas” del Derecho, intencionadamente en plural, pues efectivamente, la materia exige un abordaje desde las distintas disciplinas del Derecho, especialmente la administrativa y la penal a la que dedica dos capítulos, contrastando y comparando las formas de afrontar esta problemática desde ambas, sin olvidar la perspectiva de Derecho Comparado, muy presente en el trabajo (son muy detallados los pies de página que explican la situación no sólo en los países de la UE sino en los Estados Unidos de América o países como Brasil).

Todo ello sin olvidar que otra aportación muy remarcable es que la obra incluya la vertiente del llamado “Bioderecho” (efectivamente, la autora está vinculada con la Cátedra de Derecho y Genoma Humano), este aspecto enriquece con creces el trabajo y le dota de una inusitada originalidad.

Señala la Dra. Elena Atienza que “una materia tan compleja y controvertida como es el dopaje en el deporte, dará lugar, sin duda, a numerosas apreciaciones críticas y otras consideraciones que pueden implicar reformas legislativas, tanto en el ámbito

administrativo como en el penal, bien para mejorar la dicción del texto legal en aras al principio de taxatividad de las conductas prohibidas, o bien para atender a una política legislativa –y, en particular, una política criminal– más acorde con los principios de proporcionalidad y mínima intervención”; pues bien, siempre en el punto de partida del debate, la obra clave, la que cualquier estudioso o investigador deba consultar en primer lugar, será *Las respuestas a las nuevas manifestaciones de dopaje en el deporte*, referencia absoluta y excelente visión panorámica de un tema complejo como es el dopaje en el deporte.

**NORMAS DE PUBLICACIÓN
ESTUDIOS Y COMUNICACIONES**

NORMAS DE PUBLICACIÓN ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de los COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES o CRÓNICAS que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 15 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como los COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES o CRÓNICAS deberán remitirse por correo electrónico (en formato Word) a revistads.ajs@gmail.com, indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Índice o sumario
 - e. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - f. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal y e-mail).
 - g. Fecha de finalización del trabajo
7. En la última página se incluirá un apartado con las Referencias Bibliográficas
8. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: La relación médico-enfermo, Alianza Editorial, Madrid 1983, p. 36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): Avances de la medicina y derecho penal, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, Derecho y Salud, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso>. [Con acceso el 4.3.2006].
9. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, sugerirán la introducción de modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.

**SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN
REVISTA DERECHO Y SALUD**

SOLICITUD DE SUSCRIPCIÓN REVISTA DERECHO Y SALUD

La suscripción a la Revista Derecho y Salud supone el acceso online de 2 números al año de la revista y las revistas de SESPAS (Gaceta Sanitaria), y tiene un importe de 72 € al año.

Datos personales

Nombre*	Apellido(s) *		
DNI *	Correo electrónico *	Móvil o fijo	
Dirección postal *			
C.P. *	Localidad	Provincia *	
Lugar de trabajo			

Forma de pago

Domiciliación bancaria

Titular de la cuenta *	NIF Titular *
------------------------	---------------

IBAN

ES99	9999	9999	9999	9999	9999
------	------	------	------	------	------

Transferencia bancaria

Las suscripciones pueden abonarse mediante transferencia bancaria.

BANCO: **CAJA RURAL CASTILLA LA MANCHA**
IBAN: **ES79 3081 0504 0826 3241 5820**

Una vez realizado el pago, envíen justificante bancario al email secretariatecnica@ajs.es

Pago por transferencia bancaria

Acceso al formulario de solicitud de suscripción a la Revista Derecho y Salud de forma online:

www.ajs.es/index-revista-derecho-y-salud/info

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Escuela Nacional de Sanidad calle Sinesio Delgado, 10 Madrid (28029) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a revistads.ajs@gmail.com indicando "derechos ARCO".

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN
ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Hacerse socio de Juristas de la Salud tiene múltiples ventajas:

- Da derecho a participar activamente en la Asamblea y en los órganos de gobierno de la Asociación;
- Otorga el derecho a recibir nuestra prestigiosa Revista Derecho y Salud;
- Descuentos en las actividades organizadas por AJS;
- Acceso y participación activa en los Foros privados, así como en los Servicios de la Asociación por medio de comentarios exclusivo para los asociados
- Integración automática en SESPAS.

Por un importe de 82 € al año benefíciate de estas ventajas.

Datos personales

Nombre *	Apellido(s) *		
DNI *	Correo electrónico *	Móvil o fijo	
Dirección postal *			
C.P. *	Localidad	Provincia *	
Titulación			
Centro de trabajo			

Domiciliación bancaria

Titular de la cuenta *		NIF Titular *			
IBAN					
ES99	9999	9999	9999	9999	9999

Acceso al formulario de solicitud de asociación de forma online:

www.ajs.es/es/index-asociados#asociarse

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Escuela Nacional de Sanidad calle Sinesio Delgado, 10 Madrid (28029) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a revistads.ajs@gmail.com indicando "derechos ARCO"

