

# LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS PACIENTES: DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

*Pedro Rodríguez López.*

## **1.- El paciente como centro de la asistencia sanitaria.**

Como el centro de gravedad de la asistencia sanitaria es el paciente, resulta esencial comprender qué incidencia tiene la CE en los derechos que estos ostentan respecto de las entidades que gestionan el Sistema nacional de Salud, pues ese análisis nos permitirá concretar el Estatuto del paciente. Dentro de esos derechos, la vida y la integridad física suponen el prius sin el que la ecuación se rompería.

Uno de los rasgos que conviene consignar respecto a la salud y la sanidad en la CE se refiere al hecho de que las prestaciones sanitarias inciden sobre un ámbito de la persona que resulta especialmente sensible desde el punto de vista de los derechos fundamentales y, sobre todo, respecto de los derechos fundamentales que inciden sobre los bienes esenciales del ser humano y que derivan de modo directo de la propia dignidad de la persona. De esta forma la asistencia sanitaria incide y afecta a la salud e integridad física de las personas atendidas, e, incluso, a la vida; pero también puede incidir en otros derechos fundamentales como la libertad ideológica y religiosa o el derecho a la intimidad personal<sup>1</sup>.

Nosotros, dado lo limitado de nuestro trabajo, sólo nos dedicaremos a analizar la incidencia en el derecho a la vida y a la integridad física, si bien haremos una pequeña

excursión a la dignidad, ya que sin ella muchos conceptos no se entenderían.

## **2. Los derechos fundamentales de todo paciente**

Los individuos somos los titulares de los derechos fundamentales. Pero, en muchos casos, la cuestión de las aplicaciones de técnicas de biotecnología se convierte en un problema colectivo, de masa, en el que todos están afectados. Piénsese en el caso de los transgénicos o de enfermedades provocadas por el mal uso de técnicas de biotecnología como el supuesto de las *vacas locas*. ¿Cuáles son en este caso los derechos humanos en el conflicto concreto?<sup>2</sup>.

Cuando diluimos el titular mismo del derecho convertimos al derecho en un principio, algo que en supuestos como la biotecnología supone la posibilidad de, incluso, acabar con la especie humana. En estos casos predicar un derecho específico respecto del individuo mismo es imprescindible para no convertir nuestro sistema en un verdadero coladero por donde se coloque la ciencia por encima del ser humano mismo.

La circunstancia de que se trate de derechos de rango constitucional determina que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.3 CE), in-

---

<sup>1</sup> R. DE LORENZO Y MONTERO, "La Constitución: cauces para el sistema sanitario", en *Código Sanitario*. Madrid 2004, pág. 411.

---

<sup>2</sup> E. ROCA, "Biotecnología y normas jurídicas", en *Derecho y Salud*, XII Congreso de Derecho y Salud, 29 – 31 de octubre de 2003, pág. 39.

cluido al legislador, que ostenta la representación popular<sup>3</sup>.

Conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia CE expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera inmediata o indirecta de la misma se infieren al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/1981<sup>4</sup>, 2/1982<sup>5</sup>, 110/1984<sup>6</sup>), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho “más allá de lo razonable” (STC 53/1986<sup>7</sup>), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean “necesarias para conseguir el fin perseguido” (SSTC 62/1982<sup>8</sup>; 13/1985<sup>9</sup>) y ha de atender a la “proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone” (STC 37/1989<sup>10</sup>) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/1981<sup>11</sup>; 196/1987<sup>12</sup>; 197/1987<sup>13</sup>), si tal derecho aún puede ejercerse<sup>14</sup>.

Así las cosas, ningún derecho fundamental es absoluto, sino que tiene su límite en el derecho fundamental de los otros sujetos implicados.

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la CE no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa<sup>15</sup>.

Los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) que no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional, asignándole al estado la CE la función de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio (SSTC 37/1981<sup>16</sup> ó 76/1983<sup>17</sup>, entre otras)<sup>18</sup>. Tales libertades y derechos son el fundamento del orden político y de la paz social, junto con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás (art. 10 CE)<sup>19</sup>.

Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se

<sup>3</sup> L. M. DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid 2003, pág. 51.

<sup>4</sup> STC Pleno, S 8-4-1981, nº 11/1981, rec. 192/1980, BOE 99/1981, de 25 abril 1981. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1981/11)

<sup>5</sup> STC Sala 1ª, S 29-1-1982, nº 2/1982, rec. 41/1983, BOE 305/1984, de 21 diciembre 1984. Pte: Latorre Segura, Angel (EDE 1984/110)

<sup>6</sup> STC Sala 1ª, S 26-11-1984, nº 110/1984, rec. 573/1981, BOE 49/1982, de 26 febrero 1982. Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDE 1982/2)

<sup>7</sup> STC Sala 2ª, S 5-5-1986, nº 53/1986, rec. 270/1985, BOE 120/1986, de 20 mayo 1986. Pte: López Guerra, Luis (EDE 1986/53)

<sup>8</sup> STC Sala 1ª, S 15-10-1982, nº 62/1982, rec. 185/1980, BOE 276/1982, de 17 noviembre 1982. Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDE 1982/62)

<sup>9</sup> STC Sala 2ª, S 31-1-1985, nº 13/1985, rec. 358/1984, BOE 55/1985, de 5 marzo 1985. Pte: Tomás y Valiente, Francisco (EDE 1985/13)

<sup>10</sup> STC Sala 1ª, S 15-2-1989, nº 37/1989, rec. 235/1989, BOE 52/1989, de 2 marzo 1989. Pte: Rubio Llorente, Francisco (EDE 1989/1607)

<sup>11</sup> STC Pleno, S 8-4-1981, nº 11/1981, rec. 192/1980, BOE 99/1981, de 25 abril 1981. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1981/11)

<sup>12</sup> STC Pleno, S 11-12-1987, nº 196/1987, rec. 286/1984, BOE 7/1988, de 8 enero 1988. Pte: Díaz Eimil, Eugenio (EDE 1987/195)

<sup>13</sup> STC Sala 2ª, S 11-12-1987, nº 197/1987, rec. 329/1987, BOE 7/1988, de 8 enero 1988. Pte: Vega Benayas, Carlos de la (EDE 1987/196)

<sup>14</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, nº 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901)

<sup>15</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, nº 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53)

<sup>16</sup> STC Pleno, S 16-11-1981, nº 17/1981, rec. 184/1981, BOE 285/1981, de 28 noviembre 1981. Pte: Rubio Llorente, Francisco (EDE 1981/37)

<sup>17</sup> STC Pleno, S 5-8-1983, nº 76/1983, rec. 311/1982, BOE 197/1983, de 18 agosto 1983. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1983/76)

<sup>18</sup> STC Sala 1ª, S 28-6-1994, nº 194/1994, rec. 1123/1986, BOE 177/1994, de 26 julio 1994. Pte: Gimeno Sendra, Vicente (EDE 1994/5565)

<sup>19</sup> STC Sala 1ª, S 29-1-1982, nº 2/1982, rec. 41/1981, BOE 49/1982, de 26 febrero 1982. Pte: Gómez-Ferrer Morant, Rafael (EDE 1981/2)

puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la CE<sup>20</sup>.

Ahora bien, los mismos derechos fundamentales no tienen estabilidad. Actualmente se están deduciendo de los derechos reconocidos otros derechos que tanto pueden ser considerados como autónomos y, por ello, con características propias e independientes del derecho de donde han surgido, como puede tratarse de definiciones del núcleo del fundamental implicado, de modo que no se trate de un derecho nuevo, sino de una nueva definición de su contenido. Pongamos un ejemplo: la carta europea incluye el principio del consentimiento informado como derivado de la dignidad humana y como derecho relacionado con la autonomía del individuo (léase, libertad). ¿Es este un derecho fundamental, o es una concreción del propio derecho a la libertad?. Porque si vamos haciendo una lista de derechos, corremos el riesgo de dejarnos uno. O de que surja la pregunta que los técnicos más temen: ¿qué hacemos en el caso de que el problema no esté previsto porque aun nadie haya identificado el derecho fundamental correspondiente?<sup>21</sup>.

No obstante lo anterior, nos interesa comprender la incidencia de cada derecho fundamental concreto proclamado en la CE respecto a la asistencia sanitaria prestada dentro del Sistema Nacional de Salud, y a eso nos vamos a dedicar a partir de estos momentos, si bien haremos una referencia a la misma dignidad de la persona, base y fin último de los mismos.

### **3. La dignidad de la persona**<sup>22</sup>

#### **3.1. Planteamiento constitucional**

Se deduce, sin especial dificultad, del art. 10 CE, que, en su ap. 1º, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su ap. 2º, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre 1966 y el Convenio de Roma para la Protección de los

<sup>20</sup> STC Sala 1ª, S 15-2-1990, nº 20/1990, rec. 1503/1987, BOE 52/1990, de 1 marzo 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/1567)

<sup>21</sup> E. ROCA. "Biotecnología y normas jurídicas", cit., pág. 39.

<sup>22</sup> Cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Madrid 2003.

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre 1950<sup>23</sup>.

Esto quiere decir que en el sistema de valores de la CE son, precisamente, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad la base última de la convivencia democrática; es decir, la democracia constitucional no se estima viable si no adopta como criterios de orientación permanente la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Los fines últimos del Estado democrático de derecho no pueden ser, así, otros que el respeto por dichos grandes principios; y es por tender a su realización por lo que ese Estado democrático de derecho puede exigir obediencia y, en este sentido, considerarse legítimo<sup>24</sup>.

Por ello, como señala DIEZ-PICAZO<sup>25</sup>, los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos y no al revés. Los seres humanos no deben ser jamás tratados instrumentalmente respecto de los fines y política estatales. Dicho esto, en el ordenamiento español la cláusula de la dignidad de la persona no recoge un auténtico derecho fundamental, en el sentido de que no es predicable de ella el régimen jurídico de los derechos fundamentales expuesto en el art. 53 de la CE.

#### **3.2. Las voluntades anticipadas.**

Sólo un motivo me lleva a analizar las voluntades anticipadas dentro del marco de la dignidad de la persona y no junto con el desarrollo del consentimiento informado, que estimo necesario comprender que la declaración de voluntad que se produce en estos casos se enmarca dentro de la propia dignidad del ser humano, que le permite desarrollar su propia personalidad y elegir su propio destino sin injerencias externas. No obstante, la relación con el consentimiento informado es clara.

Estaríamos ante directivas que una persona en el pleno uso de sus facultades dicta para que los médicos actúen en consecuencia, no extendiendo los tratamientos a supuestos no queridos por el paciente, y es una consecuencia misma de la dignidad de la persona, que se prevé en el art. 10.1 de la CE.

<sup>23</sup> STC Sala 1ª. S 12-4-1988, nº 64/1988, rec. 1375/1986, BOE 107/1988, de 25 abril 1981. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1988/380)

<sup>24</sup> L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 64.

<sup>25</sup> L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 65.

Una de las últimas incorporaciones a la normativa sanitaria en la regulación de la autonomía y dignidad del paciente y en el estatuto de sus derechos, es el testamento vital, el documento de últimas voluntades. Su operatividad se encuentra en aquellos casos en los que, por razón de la causa que motiva la intervención, el paciente está privado de razón o carece de capacidad para ser informado y prestar su consentimiento, con lo cual estamos ante una excepción al régimen de consentimiento por sustitución. Así la persona, desde su autonomía, deja predeterminado para el caso de enfermedad o accidente sus deseos en orden a los tratamientos que quiere que se le apliquen. Supuestos estos requisitos para que tenga validez jurídica un acto unilateral de disposición del propio paciente y con fuerza vinculante para terceros –médico, familia, allegados-, son muchas las cuestiones que se plantean una vez que es pacífico el elemento de capacidad y libertad. Por lo pronto surge el problema del conocimiento o información en la que se basa ese acto de disposición. Debe tenerse presente que, acudiendo al CC, un error de conocimiento invalida un contrato (art. 1266.1 CC); aquí podría decirse que un consentimiento anticipado sin que conste una necesaria información, podría ser inválido por basarse en un conocimiento erróneo<sup>26</sup>.

Dentro del cosmos que rodea al instituto del consentimiento informado, que luego analizaremos más concretamente, como manifestación del respeto a la autonomía del paciente, hay que hacer referencia al testamento vital o *living will*, documento de voluntad anticipada, directrices anticipadas o *advance directives*<sup>27</sup>.

La Ley 41/2002 ha confirmado la no utilización de la expresión “testamento vital” o “biológico”, ya que se habían producido muchas críticas por utilizar el término testamento, con las implicaciones dentro de nuestro Derecho civil sucesorio, en una declaración de voluntad como la apuntada<sup>28</sup>.

El art. 11 de la Ley 41/2002 regula lo que esta Ley ha venido en denominar instrucciones previas, si bien otras leyes autonómicas hablan de voluntades anticipadas, co-

<sup>26</sup> J. L. REQUERO IBAÑEZ, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, 2002, pág. 319-417.

<sup>27</sup> J. L. REQUERO IBAÑEZ, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, *cit.*, pág. 319-417.

<sup>28</sup> D. ALONSO HEREROS, “Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica en la Ley 41/2002”, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 101, enero 2004, pág. 11.

mo reacción a la expresión testamento vital, ya que no es un testamento, en sentido propio e impropio del término, sino un conjunto de instrucciones que deja el paciente para el caso de que no pueda expresar su voluntad<sup>29</sup>.

Dicho instrumento consta entonces de directivas que son dadas por una persona mayor y en pleno uso de sus facultades mentales, donde indica que determinados tratamientos no deben ser iniciados o si lo fueran, deberán ser interrumpidos para el caso de que la misma esté afectada de una enfermedad incurable en fase terminal y que por ello, no está en condiciones de tomar por sí misma dicha decisión. También se han definido ellos como las “declaraciones escritas, en previsión de la eventual incapacidad del declarante –estado de coma irreversible, condición terminal- en el cual se ordena a los familiares y médicos del futuro paciente, si el tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o discontinuado”<sup>30</sup>.

No obstante, debemos partir de una base precisa, obviamente no se pueden utilizar las instrucciones previas para requerir al facultativo para cometer actuaciones ilegales, ni incluir decisiones que puedan excluir decisiones sobre mínimos básicos (alivio al dolor, nutrición,...)<sup>31</sup>.

Su fundamento es prácticamente el mismo que el del consentimiento informado (autonomía de la persona, dignidad, proscripción del “paternalismo”) pues, al fin y a la postre, no deja de ser sino la plasmación de la voluntad del paciente en casos en los cuales deba someterse a una intervención en momentos críticos para su vida, sin que goce de la capacidad suficiente para mostrar sus deseos ni otorgar su consentimiento<sup>32</sup>.

La Ley 41/2002 señala que por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad<sup>33</sup>, capaz y

<sup>29</sup> Vid. J. PLAZA PENADÉS, “La ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica”, en *Diario Jurídico Aranzadi*, 14 febrero 2003.

<sup>30</sup> A. S. ANDRUET, “Breve exégesis del llamado ‘testamento vital’”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, de julio a diciembre de 2002, pág. 186.

<sup>31</sup> C. E. FERREIRÓS MARCOS, “Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”, en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal, Protección de incapaces, vol. V, 2002, pág. 642.

<sup>32</sup> J. L. REQUERO IBAÑEZ, “El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones”, *cit.*, pág. 319 - 417.

<sup>33</sup> Cfr., A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid 2003, pág. 348.

El autor considera dicha extremo incoherente con el tratamiento que merecen los emancipados y los que han obtenido el beneficio de la mayor edad en otros preceptos de la Ley. No obstante, parece claro que

libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas (art. 11.1 Ley 41/2002).

El documento de instrucciones previas es un indicio de lo que puede ser interpretado como voluntad, que contiene instrucciones hipotéticas; y si la misión de interpretar estos documentos se da a los parientes o apoderados designados cuando el enfermo es incapaz de expresarse, los médicos podrían verse en la tesitura de tener que escoger entre atender su conciencia profesional, con el consiguiente riesgo de que los familiares puedan demandarle, o las instrucciones del paciente. En suma, la garantía fundamental de que las "instrucciones previas" serán respetadas y bien interpretadas solo puede lograrse manteniendo con el médico una relación de calidad, basada en la confianza y conocimiento mutuo que asegure el conocimiento por el paciente de su enfermedad, de las posibilidades terapéuticas existentes y la asunción de los riesgos y consecuencias de su decisión<sup>34</sup>.

El contenido del documento de voluntad anticipada se deduce de las definiciones anteriores y de los preceptos citados. Es objeto del mismo unas instrucciones que surtirán efecto cuando vaya a ser objeto de intervención y esté privado de capacidad para expresar su consentimiento anticipado. De no existir ese documento de voluntad anticipada, estaríamos ante un supuesto de consentimiento por sustitución, pero al concurrir el documento de voluntad anticipada cede la intervención de terceros sin perjuicio de lo que más abajo se dirá<sup>35</sup>.

---

*los mayores de 16 años no pueden realizar estas instrucciones anticipadas.*

*Cifr., M. A. PARRA LUCÁN, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", Actualidad Civil, núm. 2, abril 2003.*

<sup>34</sup> D. ALONSO HERREROS, "Reflexiones sobre el derecho de información del paciente, instrucciones previas e historia clínica en la Ley 41/2002", *cit.*, pág. 14.

<sup>35</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", *cit.*, pág. 319 - 417.

Esta expresión anticipada de los derechos de los pacientes con respecto a una intervención médica forma parte del consentimiento informado, pues se manifiesta con antelación el asentimiento o rechazo a situaciones previsibles en las que las personas no se encontrarán en condiciones de transmitir su opinión sobre la intervención<sup>36</sup>.

Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito (art. 11.2 Ley 41/2002). En este sentido, coincido DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>37</sup> en que siempre que no haya dudas sobre la autenticidad del documento debe admitirse la validez del mismo, aunque no exista norma específica al respecto.

Entiendo que sería conveniente que se establezca un documento tipo a disposición de los usuarios, que incluirá la posibilidad de establecer el rechazo de los procedimientos de soporte vital, la petición de sedación y/o analgesia en los casos terminales, rechazar tratamientos que prolonguen temporal y artificialmente su vida, así como la constancia escrita de las personas en las que el usuario delega su representación.

El interés de los documentos de voluntades anticipadas respecto de los estándares de funcionamiento del servicio empieza una vez que se dan las circunstancias en que se previó su uso. Hasta este momento, la vida jurídica de ese documento no ha pasado de la esfera privada del otorgante<sup>38</sup>.

Hay que tener presente que uno de los problemas más serios para la utilidad de estos documentos es que el paciente o bien no pueda prever con acierto, al tiempo de otorgarlo, cuales serán sus preferencias o se trata de personas por completo desconocedoras de los medios y procedimientos existentes para prolongar la vida con esperanza o, simplemente, no se pueden prever complicaciones, variables; por otra parte, es frecuente que el enfermo vaya

---

<sup>36</sup> J. SANCHEZ-CARO y F. ABELLAN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Granada 2003, pág. 92.

<sup>37</sup> A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, *cit.*, pág. 355.

<sup>38</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", *cit.*, pág. 319 - 417.

cambiando de opinión o criterio a medida que su enfermedad evoluciona<sup>39</sup>.

No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "*lex artis*", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones (art. 11.3 Ley 41/2002).

Como vemos, se excluye la eficacia de las instrucciones contrarias al Ordenamiento jurídico y a la «*lex artis*», para cuya concreción, en definitiva, habrá que tener en cuenta la doctrina dictada por el TC (en particular, en las Sentencias sobre casos de huelga de hambre extremas: sentencias 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, 11/1991, de 17 de enero) y el CP en lo que pueda afectar a la disponibilidad de la propia vida<sup>40</sup>.

Se podría entonces describir el contenido central del instrumento en cuestión, y acorde al modelo al cual como tal adscribimos, en las siguientes directivas<sup>41</sup>:

- 1) Aplicación de tratamientos adecuados y suficientes para aliviar el dolor aun cuando ellos, impongan el aceleramiento de la muerte;
- 2) Rechazo a los tratamientos desproporcionales o extraordinarios;
- 3) Oposición a la eutanasia;
- 4) Oposición a todo acto distanásico o propiamente de encarnizamiento terapéutico;
- 5) Solicitud de asistencia psicológica, emocional y cristiana para asumir la muerte;
- 6) Eximición de responsabilidad civil al equipo médico por actos de omisión.

En cuanto a la revocación de la voluntad anticipada, debe entenderse que su autor siempre puede dejarla sin efecto. En las normas que se comentan no hay expresa previsión de esta posibilidad, salvo en lo que afecta al

consentimiento informado que puede ser revocado libremente<sup>42</sup>.

## **4.- DERECHO A LA VIDA.**

### **4.1.- DERECHO A LA VIDA. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL.**

Por lo que respecta al derecho a la vida, su caracterización como un derecho fundamental autónomo es relativamente reciente<sup>43</sup>. La aparición de un específico derecho a la vida en la mayor parte de las declaraciones de derechos se produce sólo tras la Segunda Guerra Mundial, sin duda como reacción frente a las atrocidades presenciadas. No obstante, es significativo que suela ser proclamado al comienzo del catálogo de derechos; en este sentido, el art. 3 de la Declaración Universal de derechos Humanos de 1948, así como el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>44</sup>.

El bien jurídico protegido por el derecho a la vida es el carácter igualmente valioso de toda vida humana o, si se prefiere, la convicción de que toda vida humana es digna de ser vivida. El derecho a la vida constituye el soporte físico de todos los demás derechos fundamentales y, por su obvia conexión con la idea de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), es incuestionable que su titularidad corresponde a todos los seres humanos cualquiera que sea su nacionalidad. En cuanto derecho subjetivo, el derecho a la vida presenta una peculiaridad: toda violación del mismo tiene, por definición, carácter irreversible porque implica la desaparición del titular del derecho. Por ello, el derecho a la vida se traduce en la imposición de dos deberes al Estado, entendido en su sentido amplio de conjunto de los poderes públicos: el deber de no lesionar por sí mismo la vida humana y el deber de proteger efectivamente la vida humana frente a agresiones de los particulares. El deber que pesa sobre el Estado de no lesionar por sí mismo la vida humana tiene su principal manifestación en la abolición de la pena de muerte, que lleva a cabo el propio art. 15 CE. Téngase presente que abolir no significa sólo derogar sino derogar para siempre, de manera que la aboli-

<sup>39</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág.319 - 417.

<sup>40</sup> M. A. PARRA LUCÁN, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", cit.

<sup>41</sup> S. ANDRUET, "Breve exégesis del llamado 'testamento vital'", cit., pág. 192.

<sup>42</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág.319 - 417.

<sup>43</sup> Vid., L. M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derechos Fundamentales, cit., pág. 189

<sup>44</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm 3/2002.

ción de la pena de muerte implica la prohibición constitucional de esta última<sup>45</sup>.

Aún cuando el deber del Estado es "no lesionar" la vida humana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha comenzado a configurar lo que él mismo suele denominar "obligaciones positivas"; es decir, el derecho a la vida ya no entrañaría sólo un deber negativo, sino también deberes positivos de salvaguarda<sup>46</sup>.

Los límites de la persona desde el punto de vista jurídico se centran en dos hechos físicos constatables de forma más o menos segura: el nacimiento y la muerte, de acuerdo con las disposiciones del art. 29 CC<sup>47</sup>, que establece que "*el nacimiento determina la personalidad*" y el art. 32 CC<sup>48</sup> que fija en la muerte el momento de su extinción.

En un planteamiento constitucional, el concepto jurídico de persona consiste en una cualidad abstracta y unitaria, que es tratada por el derecho a través del mecanismo técnico de la *personalidad*, que no es otra cosa que aquel complejo de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al ser humano por el hecho de serlo. Por tanto, *personalidad*, significa *titularidad de derechos fundamentales*. Los derechos fundamentales serán así como el código genético de cada hombre, desde el punto de vista jurídico<sup>49</sup>. Por ello, persona es quien es titular de derechos y obligaciones. Únicamente es posible quitarle a la persona la base fáctica de su existencia personal, su vida, en la medida en que también la pérdida debe considerarse como consecuencia de la existencia personal<sup>50</sup>.

La protección penal -e, incluso, la civil- de la vida humana forma parte de la tradición jurídica de Occidente. De aquí que esté, en sustancia, fuera de discusión. En este terreno, al menos en Europa, la polémica se limita a los momentos inicial y final de la vida humana. En los últi-

mos decenios, en gran medida como consecuencia de la emancipación de la mujer y del cambio en las costumbres sexuales, se ha producido un movimiento a favor de la legalización de ciertas formas de interrupción del embarazo; legalización que, no siempre siguiendo idénticos criterios, se ha llevado a cabo en la mayor parte de los países occidentales. Ello ha conducido, a su vez, a movimientos antiabortistas, que han adquirido tintes particularmente virulentos en los Estados Unidos. Más recientemente aún han comenzado a aparecer corrientes de opinión favorables a una muerte digna, especialmente en el caso de enfermedades degenerativas e incurables, que desembocan en reclamaciones de legalización de la eutanasia<sup>51</sup>.

En este punto, es evidente que, al afectar al derecho a la vida, el aborto y la eutanasia plantean sendos problemas constitucionales<sup>52</sup>, y de ellos nos ocuparemos ahora.

## 4.2.- EL NASCITURUS<sup>53</sup>

Como hemos señalado, los límites de la persona desde el punto de vista jurídico se centran en dos hechos físicos constatables de forma más o menos segura: el nacimiento y la muerte, de acuerdo con las disposiciones del art. 29 CC, que establece que "*el nacimiento determina la personalidad*" y el art. 32 CC que fija en la muerte el momento de su extinción. Por ello y con independencia de que biológicamente pueda considerarse que existe vida a partir del momento en que se desarrollan las correspondientes células como consecuencia de la unión de los gametos masculino y femenino, la cuestión que se plantea a los juristas es si este hecho meramente biológico hasta este momento, tiene la trascendencia de fijar el inicio de la persona, de acuerdo con lo que dispone el art. 29 CC. La solución del problema en el derecho español deriva de los argumentos utilizados por la STC 53/1985, de 11 de abril<sup>54</sup>, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la despenalización de determinados supuestos<sup>55</sup> de aborto y que se ha confirmado en otras más recientes<sup>56</sup>.

<sup>45</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit.

<sup>46</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derechos Fundamentales, cit., pág. 191.

<sup>47</sup> CIT., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Comentario al art. 29 del CC", en M. ALBALADENO (dir.), comentarios al Código Civil, Tomo 1, vol. 3, 23 edición 1993.

<sup>48</sup> CIT., A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Comentario al art. 32 del CC", en M. ALBALADENO (dir.), comentarios al Código Civil, Tomo 1, vol. 3, 23 edición 1993.

<sup>49</sup> E. ROCA, "Biotecnología y normas jurídicas", cit., pág. 25 - 26.

<sup>50</sup> G. JAKOBS, "¿Existe un aborto lícito de personas?", en Revista del Poder Judicial, núm. 60, cuart. trimestre 2000, pág. 159 - 168.

<sup>51</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit.

<sup>52</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derechos Fundamentales, cit., pág. 192.

<sup>53</sup> Cfr., F. DE CARRERAS SERRA, "Aborto y Constitución", en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 4, 1986.

<sup>54</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>55</sup> E. ROCA, "Biotecnología y normas jurídicas", cit., pág. 39.

La vida prenatal había venido siendo objeto de amparo en los CP españoles a través del tipo del aborto, al penar la destrucción del *nasciturus* en el vientre de la madre o fuera de él, provocando su expulsión en condiciones inidóneas para subsistir<sup>56</sup>.

El aborto fue parcialmente legalizado en España mediante la Ley Orgánica 9/1985, que aprobaba una nueva norma penal: el art. 417 bis del antiguo CP, cuya vigencia ha quedado confirmada por la disposición derogatoria del CP actual. Este precepto dispone que el aborto consentido por la mujer no es punible en tres supuestos: grave peligro para la vida o la salud (física o psíquica) de la madre, embarazo como consecuencia de violación, riesgo de que el feto nazca con graves taras físicas o psíquicas. En los dos últimos supuestos, se establecen, además, plazos máximos para la práctica del aborto: doce y veintidós semanas de gestación, respectivamente. Todo ello significa que la legalización del aborto en España ha adoptado la forma de una despenalización parcial; es decir, la interrupción voluntaria del embarazo, que normalmente sigue siendo delito, no se considera ilícita cuando concurre alguno de los supuestos del citado art. 417 bis. Así, de los dos grandes modelos de legalización del aborto existentes en la experiencia comparada, el legislador español optó por el llamado sistema de indicaciones -abortar sigue siendo un hecho ilícito, salvo que concurren determinadas circunstancias o indicaciones- y rechazó el denominado sistema de plazos. Este último otorga a la mujer libertad para abortar -a veces imponiéndole una carga de asesoramiento, médico y psicológico, previo- siempre que lo haga antes de que la gestación alcance un determinado momento. En el sistema de plazos, el único límite es que el feto haya alcanzado un determinado grado de madurez y, por tanto, no puede decirse que la legalización del aborto sea una simple despenalización sino que, en rigor, consiste en el otorgamiento de un derecho. Como es obvio, el sistema de plazos es más permisivo que el sistema de indicaciones; pero, por lo que aquí específicamente interesa, hay que destacar que cada uno de ellos conduce a planteamientos relativamente diferentes del problema constitucional del aborto<sup>57</sup>.

La protección penal de la vida humana en fases anteriores al nacimiento se concreta en el castigo de la destrucción dolosa del embrión o feto mediante el delito de

aborto, siempre que no concorra alguna de las indicaciones legalmente previstas. Sin embargo, ni las lesiones dolosas ni las intervenciones médicas que con el más absoluto desprecio de la *lex artis* destruyen o dañan el objeto de la procreación, encuentran, en términos generales, respuesta punitiva. Tan sólo en el caso de que las lesiones permanezcan en el nacido vivo podría plantearse la aplicación de los tipos de lesiones. Cuestión ésta, desde luego, discutible y, a la postre, ampliamente discutida<sup>58</sup>.

Los art. 144 a 146 del CP contienen una regulación del aborto punible notoriamente más satisfactoria que los art. 411 y siguientes del CP de 1844/73. Esencialmente se reducen las modalidades típicas al aborto ocasionado por tercero, con o sin consentimiento de la mujer, y al ocasionado por la misma embarazada, siempre fuera de los supuestos legales. Dejan de ser típicas las conductas de expedición de abortivos y difusión de prácticas abortivas, lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina. También se ha visto con buenos ojos la desaparición de las cualificaciones que acompañaban a los tipos básicos de aborto, esto es, las agravaciones específicas de profesionalidad y habitualidad, y el tipo cualificado por el resultado de muerte o lesiones graves de la mujer<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> J. M. VALLE MUÑIZ y M. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", en Revista del Poder Judicial, núm. 26, junio 1992, pág. 109 - 144.

<sup>59</sup> F. SUANZES PÉREZ, "El delito de aborto. La modificación de indicaciones", en GOMEZ y DIAZ-CASTROVERDE / SANZ LARRUGA (directores), Lecciones de Derecho Sanitario, 1999, pág. 459.

<sup>56</sup> M. B. PÉREZ RODRÍGUEZ, "Los delitos de lesiones al feto y manipulación genética", en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Delitos de nueva planta en el Código Penal, núm. IV, 1997, pág. 155.

<sup>57</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit.

En cuanto a los supuestos no punibles, el TC<sup>60</sup>, al enfrentarse al recurso contra esa norma de despenalización parcial del aborto, ha señalado que problema nuclear es el alcance de la protección constitucional del *nasciturus*, aunque partió de las consideraciones constitucionales que tiene el derecho a la vida. Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 CE, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional - la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos "que le son inherentes".

Por lo que se refiere al propio alcance de la protección constitucional de la vida, el primer problema que se

<sup>60</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53). Esta sentencia señala:

"La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el "prius" lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

El art. 15 CE establece que "todos tienen derecho a la vida". La vida es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas (genética, médica, teológica, etc.), sino también en virtud de los diversos criterios mantenidos por los especialistas dentro de cada uno de los puntos de vista considerados, y en cuya evaluación y discusión no podemos ni tenemos que entrar aquí. Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de la vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el "status" jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un "tertium" existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el "nasciturus" es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad humana"

plantea es el de precisar si esa protección alcanza o no al *nasciturus*, es decir, si la declaración contenida en el art. 15, además de referirse obviamente a las personas ya nacidas, de alguna manera puede extenderse al *nasciturus*. El término "todos" que utiliza el art. 15 de la CE, por su propia universalidad e indeterminación, suscita interpretaciones divergentes. ¿Se refiere únicamente este artículo a la vida humana independiente o comprende también la vida del embrión o feto asociada y dependiente de la vida de la madre, aunque distinta de ésta? La palabra "todos"<sup>61</sup> no impide la despenalización del aborto; en cuanto esta expresión se somete al complejo proceso intelectual que es la interpretación Jurídica, se comprueba que el término "todos" no se deduce, con necesidad, que el embrión o feto quede comprendido en la declaración del art. 15 de la CE<sup>62</sup>.

Junto a los posicionamientos tradicionalmente enfrentados entre quienes admiten la existencia de un derecho absoluto a la disposición sobre el propio cuerpo de la mujer y quienes advierten que jamás se tiene derecho a abortar, al tratarse en definitiva de un asesinato; se abre paso la idea de proyectar sobre el problema una tercera posición, considerando que nos encontramos ante un conflicto de intereses: la protección de la vida prenatal y el libre desarrollo de la personalidad humana, que permite, en ciertos casos, estimar justificada la conducta del aborto<sup>63</sup>.

El TC señala que si la CE protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida

<sup>61</sup> Vid., STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53), donde se señala:

"... los mismos recurrentes reconocen que la palabra "todos" utilizada en otros preceptos constitucionales (arts. 27, 28, 29, 35 Y 47) hace referencia a los nacidos, como se deduce del contexto y del alcance del derecho que regulan, pero estiman que de ello no puede concluirse que ese mismo significado haya de atribuirse a dicho término en el art. 15. La interpretación sistemática de éste ha de hacerse, a su juicio, en relación con otros preceptos constitucionales (arts. 1.1, 10, 14, 39 Y 49). Pero los mismos términos generales en que esta argumentación se desarrolla y la misma vaguedad de la conclusión a que llegan los recurrentes la convierten en irrelevante, por lo que se refiere a la cuestión concreta planteada de la titularidad del derecho a la vida que pueda corresponder al "nasciturus".

<sup>62</sup> G. RODRÍGUEZ MOURULLO, "El derecho a la vida y a la integridad física. Prohibición de la tortura", en Revista del Poder Judicial, núm. 4, diciembre 1988, pág. 37 - 44.

<sup>63</sup> F. SUANZES PÉREZ, "El delito de aborto. La modificación de indicaciones", cit., pág. 477.

misma; por lo que ha de concluirse que la vida del "*nasciturus*", en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional<sup>64</sup>.

Debemos tener presente que el TC ha considerado claramente que no puede estimarse la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero, en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, debemos afirmar que la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental<sup>65</sup>.

El delito de aborto protege la vida humana prenatal o dependiente, bien jurídico que no merece, en opinión del legislador, la misma valoración que la vida enteramente formada y postnatal. No se trata de que la vida del *nasciturus* sea, al menos por sí misma y de modo directo, un bien jurídico constitucional, ya que, como señala un importante sector doctrinal, la CE proclama el derecho a la vida y a la dignidad de las personas, condición que sólo se alcanza jurídicamente con el nacimiento. El *nasciturus* es portador del bien jurídico vida humana reconocido en el art. 15 de la CE, aunque no tenga las condiciones necesarias para ser titular del derecho subjetivo consagrado en el mencionado precepto<sup>66</sup>.

Por ello, el TG ha reseñado que la protección que la CE dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones, como veremos posteriormente<sup>67</sup>.

Sí el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la vida de la persona posibilita de alguna manera la tutela de la vida del *nasciturus*, no existen razones para no extender esta consideración al derecho fundamental a la salud de la persona y la protección de la salud del feto. En tanto que futura persona, y con todos los matices y ponderación de intereses pertinentes, el derecho debe intentar posibilitar su nacimiento libre de daños que puedan condicionar toda su futura existencia e, incluso, en el peor de los casos, su propia viabilidad<sup>68</sup>.

La exigencia de *que el embrión esté vivo o que sea clínicamente viable* es el punto clave de la cuestión, porque la razón de ser de la protección es el objeto, es decir, el bien jurídico protegido vida, dado que nos encontramos en una de las fases del proceso descrito por el TC en la

<sup>64</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53). Dicha sentencia dice:

"Esta conclusión resulta también de los debates parlamentarios en torno a la elaboración del mencionado artículo del texto constitucional, cuya cercanía en el tiempo justifica su utilización como elemento interpretativo. En el Pleno del Congreso fue defendida una enmienda -aprobada por mayoría que proponía utilizar el término "todos" en sustitución de la expresión "todas las personas" -introducida en el seno de la Comisión para modificar la primitiva redacción del precepto en el Anteproyecto por estimar que era "técnicamente más correcta"- con la finalidad de incluir al "*nasciturus*" y de evitar, por otra parte, que con la palabra "persona" se entendiera incorporado el concepto de la misma elaborado en otras disciplinas jurídicas específicas, como la civil y la penal, que, de otra forma, podría entenderse asumido por la Constitución. La ambigüedad del término "todos" en la expresión "todos tienen derecho a la vida" no fue despejada, sin embargo, durante los debates por lo que se refiere a la extensión de la titularidad del derecho, pero en cualquier caso, como señaló el defensor de la enmienda, constituía una fórmula abierta que se estimaba suficiente para basar en ella la defensa del "*nasciturus*"."

<sup>65</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>66</sup> F. SUANZES PÉREZ, "El delito de aborto. La modificación de indicaciones", cit., pág. 460 - 461

<sup>67</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53). Dicha sentencia continúa:

"Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) Y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar ya la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución".

<sup>68</sup> J. M. VALLE MUÑIZ y M. GONZÁLEZGONZÁLEZ, "Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho Penal", cit., pág. 109 - 144.

sentencia 212/1996<sup>69</sup>. Sólo la existencia de vida en el sentido biológico del concepto, obliga a tomar determinadas medidas que puede considerarse que forman parte del que podría calificarse como *estatuto jurídico del embrión*. Así se reconoce en la STC 212/1996<sup>70</sup>, que al pronunciarse sobre el sujeto de protección bajo las disposiciones reguladoras del derecho a la vida, se pronuncia sobre el concepto de "embrión viable"<sup>71</sup>.

La cuestión del aborto tiene diversas implicaciones. Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos<sup>72</sup>.

Por otra parte, como hemos visto, debe tenerse en cuenta que la protección de los derechos, incluso la del primario y fundamental de la vida, tiene límites en cuanto coexisten con otros con los que pueden conexionar o entrar en conflicto. Desde este punto de vista cabe decir que no hay derechos absolutos y que ni siquiera el de la vida lo es, como lo prueba el propio art. 15 de la CE al establecer una expresa salvedad a la abolición de la pena de muerte<sup>73</sup>.

Como quiera que penalmente la vida de la madre (persona) está más valorada que la del feto que si un médico mata a la mujer para salvar al feto (se supone que siendo ya viable), no está amparado por la eximente de

estado de necesidad, lo que es correcto, dado que cuando actúa, todavía se trata de vida fetal. Pero, a juicio de LUZÓN PEÑA<sup>74</sup>, como al fin y al cabo hay un conflicto entre dos bienes jurídicos, aunque no se respete la proporcionalidad, habrá una eximente incompleta de estado de necesidad; que atenuará el asesinato o el homicidio consentido (según que obrara de acuerdo o no con la mujer). Si no le causa la muerte, sino que se limita a no salvarla con su consentimiento y es un consentimiento plenamente consciente de una mujer capaz, ni siquiera habrá omisión de socorro, porque falta una persona desamparada; si la mujer que consiente en el riesgo no es plenamente capaz, sí está desamparada y hay un delito, pero sólo de omisión de socorro (distinto sería si la mujer no consentía en su muerte, pues entonces habría otra vez asesinato en comisión por omisión); sobre esa omisión volvería a operar el estado de necesidad incompleto: incompleto porque, pese a ser un delito omisivo, en el art. 489 bis se intenta proteger la vida o la integridad de las personas, y por eso la vida fetal sigue siendo un interés menor (si el bien jurídico de la omisión de socorro sólo fuera la solidaridad como bien comunitario, entonces la vida fetal ya no sería un interés de menor valor). Pero en cualquier caso, el médico, en caso de conflicto de conciencia, y absoluta convicción de que su postura es ética o religiosamente correcta, podría estar exento por una causa personal de inculpabilidad: inexigibilidad subjetiva.

El ejercicio legítimo de un derecho justifica realmente -si a todos los efectos o sólo penalmente es otra cuestión- al aborto en el caso de las indicaciones; si bien, salvo que intervengan, en centro sanitario acreditado y bajo dirección médica, personas sin titulación sanitaria, normalmente se tratará más bien de ejercicio legítimo de la profesión médica o sanitaria. Al margen de las indicaciones y ya antes, el propio articulado del CP reconocía que puede haber abortos o prescripciones de abortivos amparados por ejercicio, legítimo de la profesión<sup>75</sup>.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insoportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsis-

<sup>69</sup> STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686).

<sup>70</sup> STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686).

<sup>71</sup> E. ROCA, "Biotecnología y normas jurídicas", cit., pág. 36.

<sup>72</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>73</sup> G. RODRÍGUEZ MOURULLO, "El derecho a la vida y a la integridad física. Prohibición de la tortura", cit., pág. 37 - 44.

<sup>74</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, "Indicaciones y causas de justificación en el aborto", en Revista del Poder Judicial, núm. 13, marzo 1989, pág. 27 - 55.

<sup>75</sup> D. M. LUZÓN PEÑA, "Indicaciones y causas de justificación en el aborto", cit., pág. 27 - 55.

tiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constrictión -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos<sup>76</sup>.

Así, la STC 53/1985<sup>77</sup> vino, en cierto modo, a reconocer esta posibilidad de que aun partiendo de la base de que la protección que dispensa el art. 15 a la vida es extensible al *nasciturus*, puede compatibilizarse esta protección constitucional con una Ley despenalizadora del aborto. En definitiva, la conclusión a la que viene a llegar esta sentencia es que no sería constitucional un sistema de despenalización del aborto que siguiese las orientaciones propias del criterio del plazo, pero en cambio puede ser constitucional un sistema despenalizador del aborto que siga las orientaciones del llamado sistema de las indicaciones<sup>78</sup>.

Atendido lo anterior y a partir de la doctrina constitucional vertida en las circunstancias mencionadas podemos ya sentar los siguientes fundamentos vinculantes para todos los operadores jurídicos en relación con la materia, según cabe deducir de la doctrina constitucional<sup>79</sup>:

1.- La titularidad del derecho fundamental a la vida es de los nacidos.

2.- Deber de protección del Estado, y del legislador,

sobre los *nasciturus*, SSTC 212/1996<sup>80</sup> y 116/1999<sup>81</sup>. Bien entendido que la exigencia constitucional de garantía del contenido esencial *ex art. 53.2 CE* no alcanza a este deber de protección al no tratarse de un derecho fundamental.

3.- Concepto - constitucionalmente conforme y dotado de certeza jurídica- de viabilidad de embriones y fetos definido como aquellos con capacidad para desarrollarse hasta originar un ser humano. En cualquier otro supuesto queda enervada la obligación de protección *ex art. 15 CE* al perder la condición genérica de *nasciturus*. STC 212/1996<sup>82</sup>.

4.- Los embriones y fetos no viables no estén amparados por tal deber de los poderes públicos y activan así la vía del juicio de oportunidad del legislador. Mientras tanto el TC ha optado por aceptar una protección constitucional acorde a la dignidad de la persona del art. 10.1 CE cuya relación con el caso objeto de enjuiciamiento sólo puede deberse a una analogía impropia, quizá un pecio de la 53/1985<sup>83</sup>. Aunque puede y debe interpretarse como una indicación a los poderes públicos de existencia de una actividad intervenida cuyo objeto venga constituido por aquella clase de embriones. Que incluso podría hacerse extensiva a toda clase de embriones abstracción hecha de las tipificaciones derivadas de los logros científicos futuros. Todo ello de nuevo siempre dentro del amplio campo del legislador y de la actividad normativa genérica de los poderes públicos. Sin duda aquí cabe perfectamente una interpretación conforme de doctrina constitucional y disposiciones del Convenio.

5.- Fetos y embriones son considerados como *res extra commercium* según resulta de la aplicación del criterio de interpretación conforme del término *donación* de la L 42/88, SSTC 212/1996<sup>84</sup> y 116/1999<sup>85</sup>. Estimo que no cabe una interpretación extensiva de esta consideración a otros materiales, o neo-materiales habría que decir, sobre los que el TC no se ha pronunciado.

<sup>76</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53). Esta sentencia dice:

"... se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del "nasciturus". En este supuesto es de observar que si la vida del "nasciturus" se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre".

<sup>77</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>78</sup> G. RODRÍGUEZ, MOURULLO, "El derecho a la vida y a la integridad física. Prohibición de la tortura", cit., pág. 37 - 44.

<sup>79</sup> R. CHUECA RODRÍGUEZ, "La protección jurídica del embrión humano: un caso de penuria normativa", en Estudios del Poder Judicial, Genética y Derecho 11,2002, pág. 25 - 61.

<sup>80</sup> STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686).

<sup>81</sup> STC Pleno, S 17-6-1999, n° 116/1999, rec. 376/1989, BOE 162/1999, de 8 julio 1999. Pte: García Manzano, Pablo (EDE 1999/11251).

<sup>82</sup> STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686).

<sup>83</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>84</sup> STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686).

<sup>85</sup> STC Pleno, S 17-6-1999, n° 116/1999, rec. 376/1989, BOE 162/1999, de 8 julio 1999. Pte: García Manzano, Pablo (EDE 1999/11251).

6.- Exclusión de la exigencia de ley orgánica en la regulación sobre esta materia al no deducirse su exigencia de la delimitación constitucional *ex arts. 81.1 Y 15 CE, SSTC 212/1996*<sup>86</sup> y *116/1999*<sup>87</sup>. Aunque quizá no de otros.

7.- Delimitación constitucionalmente conforme -por remisión a posiciones científico-médicas- del ámbito material respectivo de las Leyes 35 y 42/88 a partir del criterio de implantación en el útero (embrión y feto).

8.- Constitucionalidad de las intervenciones en preembriones, embriones y fetos con finalidad terapéutica. E igualmente de la experimentación con gametos y de la investigación con preembriones no viables, pues toda esta materia no integra contenido de derecho fundamental del art. 15 CE.

9.- Proclamación de conformidad con la Constitución de la puesta a disposición -bajo condición de plazo- de los bancos de preembriones no implantados o gametos en tanto que tal hecho no puede resultar contrario al derecho a la vida constitucionalmente acogido.

10.- La CE no contiene, ni permite inferirlo de ella, mandato contrario a la crioconservación de embriones o gametos, como consecuencia de las limitaciones actuales de la tecnología implantatoria y del estado de la ciencia.

11.- Fecundación de gametos expresamente vedada salvo *test del hamster* o aquéllas que sean autorizadas administrativamente de modo expreso. *STC 116/1999*<sup>88</sup>.

12.- La experimentación sólo es admisible con preembriones no viables.

### 4.3.- DERECHO A MORIR DIGNAMENTE<sup>89</sup>.

La búsqueda de la dignidad en el hombre enfermo<sup>90</sup>, sobre todo en aquellos supuestos en que la enfermedad se centra en lo más noble y característico del hombre; en la mente, en la capacidad de pensar, de discernir y de querer, en los presupuestos de la libre determinación, en la conciencia, cuando se pierde la capacidad de discernir, cuan-

<sup>86</sup> *STC Pleno, S 19-12-1996, n° 212/1996, rec. 596/1989, BOE 19/1997, de 22 enero 1997. Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDE 1996/9686)*

<sup>87</sup> *STC Pleno, S 17-6-1999, n° 116/1999, rec. 376/1989, BOE 162/1999, de 8 julio 1999. Pte: García Manzano, Pablo (EDE 1999/11251).*

<sup>88</sup> *STC Pleno, S 17-6-1999, n° 116/1999, rec. 376/1989, BOE 162/1999, de 8 julio 1999. Pte: García Manzano, Pablo (EDE 1999/11251).*

<sup>89</sup> *Cfr., M. J. PAREJO GUZMAN, La eutanasia ¿un derecho?, 2005.*

<sup>90</sup> *Vid., A. H. CATALÁ I BAS, "La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad", en Revista General de Derecho, núm. 670/2000-671/2000, pág. 9157 ss.*

do el hombre no controla sus sentimientos, sus emociones, esta empresa resulta especialmente difícil porque, quizá, las enfermedades de la mente y las enfermedades terminales o incurables son las que ponen de relieve, de una manera especial, la fragilidad del ser humano, su contingencia<sup>91</sup>.

Para el análisis que pretendemos debemos partir de una serie de conceptos esenciales, que desarrolla de forma brillante F. ABEL<sup>92</sup>:

*El concepto de autonomía.* El concepto de autonomía y su ejercicio como libre disposición de la propia vida con ser un valor muy importante no es ilimitado y, por lo tanto, no exige ser respetado en todas las circunstancias y ciertamente no exige su protección si la elección es la de matarse a sí mismo o matar a otros. Uno de los problemas en las discusiones sobre el derecho de la autonomía es que éstas versan sobre la autojustificación del derecho a escoger prescindiendo de sí el contenido de la elección es o no correcto.

*El concepto de certeza médica.* Todo el mundo está dispuesto a creer, pienso yo, que la certeza biológica o la certeza clínica no es del mismo orden que la certeza lógica, metafísica o matemática. En la práctica, sin embargo, en nuestro mundo tecnológico persiste en los pacientes y familiares la convicción de que dadas ciertas características de diagnóstico y tratamientos teóricamente posibles, los médicos pueden librarse de las incertidumbres pronósticas. Esta incertidumbre se refleja en formulaciones que tienen un cierto fundamento empírico y certeza meramente estadística. Algunas de estas formulaciones pronósticas manifiestan la incertidumbre de manera asequible, sirvan de ejemplo: pronóstico reservado; muy grave; grave; hay que dejar transcurrir 48 ó 72 horas antes de aventurar un pronóstico, etc.

*Calidad de vida.* Hay que distinguir tres acepciones: a) una doctrina que considera que la vida de algunos pacientes no alcanza por causa de enfermedad, lesión o incapacidad un dintel mínimo de calidad, y hay que considerarlas vidas sin valor. Rechazamos rotundamente esta posición; b) la que se usa habitualmente en medicina para indicar las circunstancias de la vida de los individuos:

<sup>91</sup> *J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "Humanismo, medicina y derecho", en Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 58, febrero 2000, pág. 108.*

<sup>92</sup> *F. ABEL "Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales", en Cuadernos de Derecho Judicial, Decisiones al final de la vida, 1998, pág. 27 - 75.*

salud, bienestar, etc. (podríamos llamarla también calidad de existencia); c) calidad humana responde a la pregunta del modo como la persona puede dar sentido a su vida. Para el médico y para el ético de orientación personalista, calidad de vida equivale a calidad humana: posibilidad de realización autónoma por parte del interesado<sup>93</sup>.

Ante todo, hay que subrayar que la eutanasia no es cualquier forma de muerte deseada por el sujeto, sino sólo aquella que tiene por finalidad poner fin a enfermedades o discapacidades incurables y evitar los consiguientes sufrimientos. Allí donde no hay enfermedad incurable no hay eutanasia: los defensores de ésta no sostienen que deba existir un derecho incondicionado, en cualesquiera circunstancias, a decidir sobre la finalización de la propia vida, de manera que los argumentos morales esgrimidos - que giran en torno a la idea de dignidad, entendida aquí como no hacer esfuerzos que, siendo inútiles, rebajan la autoestima del sujeto- no son automáticamente trasladables a aquellos casos en que se desea la muerte por otras razones<sup>94</sup>.

Partiendo de esta base, tal como señala ÁLVAREZ-CIENFUEGOS<sup>95</sup>, si tuviéramos que fijar las premisas de la dignidad de la persona como objeto de la medicina y de la ciencia, podríamos hablar de la consideración de la persona como ser creado, como criatura, la creencia en la persona como un ser libre, capaz de sentir, pensar y querer.

Son muchos los que opinan que ayudar a morir en algunos casos es una acción humanitaria fruto de la sensatez; y también son muchos otros los que piensan lo contrario: que dicha ayuda es un homicidio que el Derecho debe castigar. Entre estos dos ejes se mueve toda la polémica en torno a una vieja cuestión, la eutanasia, que está latente en la sociedad occidental desde hace muchos años, y que resurge con fuerza en algunos momentos como consecuencia de factores variados<sup>96</sup>.

Existe, una gran ignorancia, una gran falta de información, tanto en los médicos como en las familias, sobre lo que es aceptable éticamente, sobre lo que es discutible y de lo que es absolutamente inaceptable. No se enseña en

las facultades ni en los hospitales. Esa ignorancia genera mucha angustia y mucha ansiedad en el médico que se tiene que enfrentar a esa información y a ese enfermo que se le va de las manos. Insisto que la ética es cuestión de matiz y hay que distinguir. No se puede meter todo en un par de conceptos, ni intentar dar soluciones generales, recetas, utilizando conceptos muy ambiguos<sup>97</sup>.

El Estado monopoliza la capacidad de decidir no solo quién debe morir aunque no quiera, sino incluso quien debe vivir, aún a su pesar; aunque sería más exacto decir quién debe intentarlo, visto que la obligación que a veces se impone de soportar los sufrimientos y riesgos de determinadas intervenciones ni siquiera va acompañada de la garantía de un "éxito" sólo intuido como probable, o que - como ocurre con las intervenciones que conllevan lesiones o mutilaciones permanentes o el sacrificio de personalísimas convicciones de pacientes- sencillamente no se percibe como tal desde la íntima escala de valores de quien las sufre<sup>98</sup>.

Como hemos visto más arriba, en la mayor parte de los estudios que abordan el alivio del sufrimiento y la ayuda a morir se emplea el término eutanasia, pero estamos ante un concepto polisémico, que se utiliza con significados muy diversos, y en el que están interesadas disciplinas dispares como la Ética, el Derecho, la Filosofía o la Medicina, lo que dificulta la comprensión y el tratamiento del instituto y acaba generando confusión<sup>99</sup>.

En el actual debate planteado en torno a la eutanasia hay una serie de cuestiones que deben ser analizadas. La primera consiste en la necesidad de definir inequívocamente la terminología y, con ella, los conceptos que usamos al hablar de eutanasia. Otra de las cuestiones es el propio concepto de calidad de vida o inutilidad social de la persona<sup>100</sup>.

La eutanasia<sup>101</sup> - muerte tranquila- podemos definirla como la provocación de la muerte a una persona que sufre una enfermedad incurable y letal, con el sólo fin de evitarle los padecimientos. El tema de la eutanasia, es el tema de la influencia del consentimiento sobre los bienes indis-

<sup>93</sup> F. ABEL "Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales", cit., pág. 27 - 75.

<sup>94</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit.

<sup>95</sup> J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, "Humanismo, medicina y derecho", cit., pág. 114

<sup>96</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", en Derecho y Salud, Vol. 12, núm. 1, enero - junio 2004, pág. 61.

<sup>97</sup> J. C. ÁLVAREZ PÉREZ, "La eutanasia hoy", en Cuadernos de Derecho Judicial, Decisiones al final de la vida, 1998, pág. 111 - 175.

<sup>98</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", en Cuadernos de Derecho Judicial, El consentimiento, 1993, pág. 37 - 60.

<sup>99</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 62.

<sup>100</sup> F. J. LEÓN CORREA, "El debate sobre la eutanasia y la medicina actual", en GÓMEZ y DÍAZ-CASTROVERDE / SANZ LARRUGA (directores), Lecciones de Derecho Sanitario, 1999, pág. 595.

<sup>101</sup> Vid., M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 62.

ponibles, es el tema del derecho a la propia muerte. Es un tema en el que confluyen valores materiales y espirituales, jurídicos y morales, éticos y sociales<sup>102</sup>.

Actualmente, el debate sobre esta cuestión ha recobrado gran fuerza debido, fundamentalmente, al desarrollo de los medios técnicos de mantenimiento y prolongación de la vida humana. Es evidente que los continuos avances de la tecnología médica permiten salvar muchas vidas, pero, al mismo tiempo, posibilitan también el mantenimiento de pacientes entre la vida y la muerte durante largo tiempo, incluso años, lo que da lugar a situaciones que pueden constituir un atentado contra la dignidad del individuo. A esto se une la viva discusión, en las sociedades democráticas, sobre cuál ha de ser el alcance del respeto del derecho a la autonomía de la voluntad del individuo, especialmente en situaciones como las descritas más arriba, que implican un claro conflicto entre derechos fundamentales (derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la intimidad)<sup>103</sup>.

Resulta imprescindible una cuestión terminológica previa: aunque no existe una única clasificación de supuestos eutanásicos, la más sencilla y útil a efectos expositivos que aquí adoptaremos es la siguiente<sup>104</sup>.

1.- *Eutanasia pasiva*, bien sea:

1.1.- por omisión de determinados procedimientos terapéuticos que sólo conseguirían prolongar artificialmente la vida y retrasar innecesariamente una muerte segura, o,

1.2.- mediante un comportamiento activo como la desconexión o supresión de procedimientos técnicos extraordinarios incapaces, igualmente, de evitar la muerte.

2.- *Eutanasia activa indirecta*, consistente en la aplicación de medicamentos o tratamientos paliativos del dolor que, pese a no perseguir directamente la muerte, pueden adelantarla y,

3.- *Eutanasia activa directa*, que consiste en la pro-

---

<sup>102</sup> C. ALMELA VICR, "La responsabilidad penal del médico y del cirujano", en Revista del Poder Judicial, núm. 48, cuart. trimestre 1997, pág. 235 - 265.

<sup>103</sup> C. WANATEY DORADO, "Participación en el suicidio y la eutanasia. Comentario al artículo 149 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992", en Revista del Poder Judicial. Número monográfico sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, núm. 28, 1992, pág. 109-122.

<sup>104</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", en Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la vida e integridad física, 1995, pág. 9 - 40.

Vid., 1. SIERRA GIL DE LA CUESTA, "La eutanasia en el orden jurisdiccional penal", Estudios de Derecho Judicial, Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1998, pág. 109 - 124; o M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 63.

ducción de la muerte mediante un comportamiento positivo, en la fase terminal de una enfermedad mortal o en supuestos de padecimientos incurables e insoportables.

Desde una perspectiva jurídico-penal, se entiende que no puede ser merecedora del mismo trato la eutanasia activa que la pasiva; o la eutanasia activa directa que la indirecta; y tampoco deben ser tratadas de la misma manera la eutanasia voluntaria que la no voluntaria. En el ámbito jurídico-positivo, la interpretación del art. 143.4 del CP conduce a afirmar que son típicas las modalidades eutanásicas directas y activas, y en cambio son impunes los comportamientos eutanásicos indirectos y omisivos. La eutanasia activa indirecta, es decir la administración de medicamentos para aliviar el dolor aunque acorten la vida, es una conducta respetuosa con la *lex artis* médica. La eutanasia pasiva voluntaria se considera una manifestación del ejercicio del derecho a elegir el tratamiento médico o se encuadra en el ámbito del derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la CE y por tanto al margen del ámbito penal. Se defiende también la atipicidad de la eutanasia pasiva involuntaria, bien por reconducirse al ámbito de la *lex artis* médica, o por entenderse que el comportamiento distanásico es contrario al art. 15 de la CE cuando prohíbe los tratos inhumanos o degradantes, o bien por dar prevalencia al derecho a morir con dignidad, aunque no haya una voluntad expresa en tal sentido<sup>105</sup>.

En la doctrina penal preconstitucional se aceptó, en general, la idea de la indisponibilidad de la vida y la integridad personal, como valores superiores, incluso por los autores que defendían la relevancia del consentimiento en las lesiones, entre quienes era común reconocer que tal conclusión, desde el punto de vista ético, a nadie dejaba satisfecho. En efecto, a la ya conocida tesis de indisponibilidad de la vida - deducida, con argumentos no tan pacíficos como se pretende, de la proscripción de cualquier forma de participación en la muerte de otro, aún querida por éste- se une la de indisponibilidad del propio cuerpo, sostenida sobre todo -hasta que en 1963 se reformara el art. 428 del CP- desde la crítica a la exégesis realizada por los defensores de la relevancia del consentimiento, al que se acude, sin embargo, para complementar la eximente del núm. 11 del art. 8 del CP - ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo o cumplimiento de un deber- como razón explicativa de la justificación de las intervenciones curativas, lo que además de dar por sentada su tipicidad, cosa ya discutible como veremos, deja con difícil cobertura justificativa la actividad curativa de quien no se acredita como profesional de la medicina<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 64.

<sup>106</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

Siendo sin duda el conflicto extremo el que enfrenta a la persona que no quiere vivir con el Estado que le mantiene vivo, la vida diaria nos presenta de modo periódico otras versiones del mismo, en que - como ocurre con los Testigos de Jehová, o los huelguistas de hambre en reivindicación de lo que consideran sus derechos- deseando la vida, se está dispuesto a arriesgarla, sin embargo, por razones no compartidas por la mayoría, situaciones éstas no por menos dramáticas menos expresivas de la tensión constante que en las sociedades democráticas preside la relación entre autonomía personal e intervencionismo estatal, aquí concretada en la definición de los límites admisibles a la disponibilidad sobre la propia vida o integridad personal<sup>107</sup>.

Según el TC, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, constituyendo tan sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la CE<sup>108</sup>.

Desde una perspectiva teórico-jurídica, se considera que el derecho a la vida no goza de una protección absoluta porque los propios Ordenamientos contienen excepciones al derecho tales como la legítima defensa frente a agresiones de otro, la pena de muerte en tiempo de guerra... etc. Y, además, se pone de relieve que el derecho a la vida no puede ser considerado en abstracto, sino que debe conectarse con otros bienes y valores, especialmente la dignidad humana y la libertad personal. La dignidad añadida a la vida exige la dignidad en la muerte, es decir *el derecho a morir como personas o a atravesar el proceso de morir siendo acreedor de la misma exigencia de respeto con la que se atraviesan otros procesos de la vida*; la dignidad exige que se proteja especialmente, no cualquier forma de vida por dolorosa e irreparable que sea, sino sólo la vida *humana*, por lo que la dignidad es el fundamento de un nuevo derecho de los enfermos terminales que es el derecho a una muerte digna. Unir vida y libertad personal implica que la persona tiene derecho a autodeterminarse en los distintos ámbitos de su existencia y por lo tanto también en el de su muerte. Dado que el derecho a la vida es estrictamente individual, su titular debe gozar, en aras de su libertad, de autonomía para decidir si desea o no seguir viviendo y el Estado no tiene potestad ni competencia para interferir en esa decisión individual porque ello sería la manifestación de un paternalismo injustificado encaminado a proteger al propio sujeto de sí mismo,

<sup>107</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

<sup>108</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

sin tener en cuenta su voluntad, lo que conduce a defender que la vida es un bien jurídico disponible por su titular<sup>109</sup>.

Actualmente, sobre todo a partir de los principios interpretativos proporcionados por el marco constitucional, la opción doctrinal por el carácter disponible de la vida humana puede considerarse mayoritaria, aunque resulta francamente difícil la sistematización ordenada de las distintas posiciones doctrinales, por la abundancia de matices entre unas y otras que pone de manifiesto la considerable complejidad del tema: ni todos los autores otorgan a la disponibilidad de la propia vida el mismo fundamento, ni todos le establecen los mismos límites, ni todos derivan de ella las mismas consecuencias, que suelen variar según la clase de eutanasia de que se trate y sobre todo, según se extienda o no a los suicidios no eutanásicos. Por tanto, y aun a riesgo de no recoger con total exactitud las distintas matizaciones, puede intentarse un resumen general utilizando como criterio sistematizador los distintos grados de admisión de la disponibilidad sobre la propia vida, desde el más amplio e indiscutible, hasta el más limitado y/o cuestionado<sup>110</sup>.

Por ello debemos llegar a las siguientes conclusiones a la hora de determinar que es una correcta práctica médica<sup>111</sup>:

1.- Se ha de respetar el derecho de todo paciente capaz, de rehusar un tratamiento si lo rechaza libremente, ha sido debidamente informado y ha comprendido las consecuencias de su opción. La intención del paciente inconsciente, si se conoce, debe ser respetada. Si no se conoce, es conveniente que otra persona que le represente en calidad de fiduciario o mandatario tenga el apoyo legal para decidir en nombre de los que considere los mejores intereses del paciente.

2.- El médico tiene la obligación de combatir el dolor de la manera más correcta y eficaz. Tiene la obligación de administrar un tratamiento necesario y que, por su naturaleza, está orientado a mitigar un grave sufrimiento del enfermo, a pesar de que, como consecuencia de este tratamiento, pueda acelerarse la muerte como consecuencia

<sup>109</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 69.

<sup>110</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

<sup>111</sup> F. ABEL "Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales", cit., pág. 27 - 75.

Vid., F. J. LEÓN CORREA, "El debate sobre la eutanasia y la medicina actual", cit., pág. 598.

accidental. En todo caso el médico ha de cumplir las exigencias éticas y legales del consentimiento informado.

3.- No todos los tratamientos que prolongan la vida biológica resultan humanamente beneficiosos al paciente. Por lo tanto, no hay que iniciar o hay que interrumpir un tratamiento cuando su inicio o continuación no tenga sentido, de acuerdo con los criterios médicos más aceptados.

La participación en la muerte ajena, aunque sea guiada de móviles piadosos, constituye infracción penal. Sin embargo de la propia redacción del precepto, aparece claramente la irrelevancia penal de la eutanasia pasiva. Destaca el CP, que la conducta punible consiste en causar o cooperar activamente. No cabe más interpretación que estimar que la eutanasia pasiva es conducta impune. Todo lo contrario sucede con la eutanasia activa. Quizás el problema se podría plantear con la llamada eutanasia activa indirecta, o sea aquella que consiste en la administración de fármacos o productos tendentes, en primer lugar a aliviar el dolor, pero que conducen a la muerte. Entiendo que dicha conducta, cae de lleno dentro del marco punitivo del CP y por lo tanto es delictiva<sup>112</sup>.

Se trata aquí del conflicto entre el derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Ha llegado a ser un lugar común la afirmación que el TC hizo en sentencia 53/1985<sup>113</sup> de que *"la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, la vida humana, y constituye un derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible"*. En el mismo sentido y yendo más allá la sentencia del TC 120/1990<sup>114</sup>, desarrollando el contenido del art. 15.1 de la CE, dice que el derecho fundamental a la vida del art. 15 de la CE, según fue ya interpretado en la sentencia del TC 53/1985<sup>115</sup>, obliga a una protección positiva por parte del legislador 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 liber-

tad, 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 o 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<sup>116</sup>.

En virtud de ello, no parece que sea posible admitir que la CE garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte<sup>117</sup> y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. En la misma línea se pronunció el TS en su sentencia de 27 marzo de 1990<sup>118</sup> al considerar el derecho a la vida como "centro y principio de todos los demás"<sup>119</sup>.

Para algunos, un tal planteamiento supone sacrificar los bienes vida e integridad a la libertad individual, bien

<sup>116</sup> A. MONTALBÁN A VILÉS, "El Derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su constitucionalidad", en Cuadernos de Derecho Judicial, El consentimiento, 1993, pág. 113 - 122.

<sup>117</sup> Vid., F. J. LEÓN CORREA, "El debate sobre la eutanasia y la medicina actual", cit., pág. 602

<sup>118</sup> STS Sala 2a, S 27-3-1990. Pte: Moyna Ménguez, José Henne-negido (EDE 1990/3407), que señala:

*"Siempre ha tenido influjo penal el consentimiento de la víctima, y a los albores del derecho pertenece la máxima romana volenti non fit iniuria, pero ni entonces, ni en el momento actual tuvo un valor absoluto: ciertamente, el consentimiento del interesado excluye la tipicidad penal cuando en la definición de ciertos delitos se ha tenido en cuenta dicha voluntad, y la antijuricidad si el sujeto pasivo tiene libre disposición del bien jurídico afectado; sin embargo, cuando el consentimiento afecta a la vida, bien indisponible, es absolutamente ineficaz. El problema de precisar en este caso si las creencias religiosas pudieron privarle de la conciencia o del sentido antijurídico de su conducta debe recibir una respuesta negativa, porque el sujeto acusado conocía el carácter ilícito de su comportamiento, ya que en la vía de la simple reflexión era posible colegir que la acción realizada estaba en abierta oposición a las normas ético-sociales vigentes, y por vía de información no podía ignorar que aquella norma o regla de conducta religiosa había sido reprobada en repetidas resoluciones de este Tribunal (Autos de 27 de septiembre de 1978, 14 de marzo de 1979 y 22 de diciembre de 1983) que reconocían el valor indisponible de la vida humana, resolviendo a favor de este bien jurídico el conflicto suscitado con el derecho a la libertad religiosa, ambos constitucionales protegidos, pero con preeminencia absoluta del derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás. En definitiva, las creencias religiosas indicadas no pueden disminuir la reprochabilidad del hecho por cuanto era del todo exigible al sujeto un comportamiento adecuado a la norma"*.

<sup>119</sup> A. MONTALBÁN A VILÉS, "El Derecho a la vida y la disponibilidad sobre la propia vida. Su constitucionalidad", cit., pág. 113 - 122.

<sup>112</sup> C. ALMELA VICR, "La responsabilidad penal del médico y del cirujano", cit., pág. 235 - 265.

<sup>113</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>114</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Reguera1, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>115</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

éste que se señala como de inferior rango en un cuadro axiológico comúnmente aceptado<sup>120</sup>.

La jurisprudencia española califica la vida como un derecho esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible<sup>121</sup>. La vida es más que un derecho, es un estado de la persona inmanente a la misma, por eso el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques de terceros sin contar con la voluntad de sus titulares<sup>122</sup>, y por ello numerosas resoluciones judiciales la califican de valor indisponible y la sustraen del ámbito de libertad y autonomía de su titular<sup>123</sup>.

La supremacía de la vida se refleja también en el ámbito internacional, donde todos los Textos Internacionales sobre derechos humanos lo proclaman como derecho inherente a la persona y dejan un estrecho margen a la libre disposición de la misma por su titular. Como ejemplo baste citar la Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos de 25 de junio de 1999 que defiende el derecho a la vida de los enfermos incurables y los moribundos aunque hayan manifestado una voluntad contraria en tal sentido y declara que el deseo de morir expresado por un enfermo incurable o un moribundo no puede en sí servir de justificación legal a la ejecución de acciones dirigidas a ocasionar su muerte<sup>124</sup>.

Pese a que la punición del homicidio consentido igual que el homicidio sigue permitiendo a un importante sector doctrinal afirmar el carácter indisponible de la vida humana, lo cierto es que, expresa o tácitamente, en la práctica no plantea problemas el reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida en aquellas situaciones que motivan la eutanasia pasiva: las condiciones de vida

del enfermo están tan degradadas que su mantenimiento artificial sólo supone una degradación más<sup>125</sup>.

Creo que no se puede seguir sosteniéndose un concepto de la vida, y la integridad en buena medida, que reduzca una y otra a un puro hecho biológico, desligado del conjunto de valores, sentimientos e ideas, sin los que el mero hecho vital carece de la dimensión humana que distingue a la persona del animal. Esa concepción biológica olvida que la vida, aún siendo indispensable soporte de la persona, - condición necesaria, pues - necesita de un conjunto de bienes -la libertad y la propia estima que nos hace dignos y capaces de ilusión sin los cuales puede llegar a desaparecer la razón de vivir, según el personal proyecto de cada individuo, a quien, por eso, hay que reconocer el derecho de decidir, en ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital, qué sufrimientos y riesgos para su vida e integridad está dispuesto a afrontar para una eventual, y también arriesgada, salvaguarda de aquellos bienes. No se trata, pues, del sacrificio de unos bienes en aras de la vigencia de otro u otros, sino más bien - desde la consideración de la vida e integridad como soportes necesarios, pero no suficientes del ser humano- de la preservación del derecho a la vida e integridad como concepto global, que define el personalísimo proyecto vital que cada individuo se da a sí mismo, siendo por ello él sólo el legitimado para valorar hasta dónde quiere llegar en la asunción de riesgos y sufrimientos. En tal perspectiva, pues, ninguna urgencia puede legitimar que un tercero invada el proyecto vital del otro y le imponga contra su voluntad su personal proyecto, eligiendo, por él, los riesgos y sufrimientos que él ha de asumir. Menos aún si el tercero, juez, -en los casos más conocidos de transfusiones forzadas a Testigos de Jehová, del ámbito penal y por ello huérfano de jurisdicción- decide, sin contradicción ni recurso, (esto es, con violación más que palmaria de los derechos consagrados en el art. 24 de la CE) ni ley que expresamente le atribuya la facultad de intervenir, como imperativamente exige el art. 117.4 de la CE<sup>126</sup>.

No es extraño que hayan aparecido opiniones partidarias de integrar el ámbito del derecho a la vida con el de otros derechos fundamentales como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad: la vida no es un valor absoluto, sino directamente vinculado a otros derechos que son

<sup>120</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

<sup>121</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria CEDE 1985/53; o STC Pleno, S 18-7-2002, n° 154/2002, rec. 3468/1997, BOE 188/2002, de 7 agosto 2002. Pte: Cachón Villar, Pablo Manuel CEDE 2002/27345).

<sup>122</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>123</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 68.

<sup>124</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 68.

<sup>125</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

<sup>126</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

inherentes a la persona humana<sup>127</sup> .

Se ha llegado a decir, que tal actitud implica un trato degradante, en la medida en que, desde una actitud pretendidamente paternalista, que implica un olímpico desprecio por la dignidad humana, se obliga a otro, contra su voluntad, a la asunción de riesgos no queridos, y todo en base a un cálculo de probabilidades que lleva en sí mismo una certeza de riesgo incontrolado que el otro deberá soportar<sup>128</sup> .

GARCÍA ARÁN considera que<sup>129</sup> :

1.- El derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE no incluye el deber de seguir viviendo, por lo que se reconoce un ámbito de disponibilidad sobre la propia vida en virtud del cual, como mínimo, el suicidio es impune. La consideración de la vida como un derecho y no como un deber, evitando una "ficticia confrontación entre la vida y la libertad que se pretenda resolver apelando a la prevalencia formal de una sobre otra", es, junto a la integración del derecho a la vida con la dignidad humana, uno de los puntos de partida del "Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida", suscrito por el Grupo de Estudios de Política Criminal el día 16 de noviembre de 1991.

2.- Obsérvese que, en principio, a mayor reconocimiento de la disponibilidad, mayor permisión de la intervención de terceros incluso sin consentimiento expreso del afectado (eutanasia pasiva), mientras que, cerrando el círculo, cuanto menos evidente parece la licitud (en términos rigurosamente jurídicos) de la disposición sobre la propia vida, menor justificación se encuentra a la participación de terceros. En resumen: advirtiéndose la disponibilidad sobre la propia vida, ésta no suele formularse en términos absolutos, porque tampoco es absoluta la protección jurídica de la vida y consecuentemente, su renunciabilidad, de modo que, si en los supuestos de suicidio no eutanásico la impunidad se limita a la disposición por el propio suicida, en los supuestos eutanásicos la disponibilidad aumenta y alcanza a permitir la sustitución en casos de inconsciencia, en el mismo grado en que disminuye la calidad y dignidad del mantenimiento de la vida.

---

<sup>127</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

<sup>128</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

<sup>129</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40

3.- Que la CE reconozca la disponibilidad (no prohibiéndola o permitiéndola), no significa necesariamente que el ordenamiento jurídico valore siempre positivamente la muerte consentida ni que la protección jurídica de la vida se retire absolutamente. La CE no impide que el legislador prohíba la sustitución de la disponibilidad o determinadas intervenciones de terceros. No es inconstitucional per se la punición de cualquier participación en un suicidio, por mucho que se parta de la disponibilidad y se entienda que la vida es renunciable. En suma: desde el punto de vista constitucional, cabe perfectamente admitir la licitud de ejecutar la propia muerte, pero establecer que la disponibilidad sólo es ejercitable por terceros (sustituible) en caso de imposibilidad del titular de la vida o en otros supuestos excepcionales. Los problemas de la intervención de terceros y hasta dónde se permite, son, obviamente, el núcleo del problema, que veremos en páginas siguientes.

4.- El carácter graduable *tanto de las consecuencias de la disponibilidad de la vida como de su protección jurídica* resulta aconsejable e incluso exigible. Si resulta erróneo entender la "vida" y su protección como un valor absoluto, no puede caerse en el error opuesto de entender *en términos absolutos*, valores como la "libertad" o la "dignidad", que además resultan especialmente intangibles. Me parecen peligrosos los siguientes planteamientos: por un lado, basarse en un concepto abstracto de libre albedrío, presumiendo la perfección de las condiciones en las que se adopta cualquier decisión, cuestión que hace ya muchos años ha sido puesta en duda por la doctrina penal; y por otro, la apelación a la dignidad como concepto pacífica, unívoco e indiscutible tendente a una calificación de las vidas como más o menos dignas, que las considerara como más o menos protegibles, por razones distintas de las que aquí nos ocupan.

5.- A partir, por tanto, de la relativización del valor "vida", pero también de los de "libertad y dignidad", es perfectamente asumible un amplio margen de disponibilidad pero que, en mi opinión, no puede llevar al desentendimiento del ordenamiento jurídico frente a *cualquier decisión* relacionada con el fin de la propia vida, dando por buena cualquier apariencia de voluntad libre. Creo que debe advertirse frente al peligro de una concepción de los derechos fundamentales como "absolutamente renunciables" o "disponibles", presumiendo que el consentimiento en su lesión es siempre libre, con la debilitación o completa eliminación del deber estatal de protección.

6.- La aceptación de ciertos límites a las consecuencias de la disponibilidad permite prohibir determinadas intervenciones de terceros, pero no necesariamente todas. A partir de aquí, se trata de analizar los distintos supuestos que merecen un tratamiento desigual, tanto de *lege ferenda* como desde la interpretación del ordenamiento vigente.

El primer argumento en pro de la posible existencia jurídica del derecho a la muerte es subrayar el error que supone configurar la vida como un bien en todo caso y la muerte como un mal en todo caso. Hay supuestos en los que se invierten los términos: bajo determinadas condiciones, la vida se transforma en un mal, en un disvalor porque resulta insoportable vivirla, dado el sufrimiento intolerable que genera y entonces la muerte es una liberación y por lo tanto un bien, no sólo desde el punto de vista subjetivo del que sufre, sino también objetivamente, para la conciencia social que considera racional la elección de la muerte en tales casos como único medio para librarse de un sufrimiento permanente e inútil. Creemos que para el sentir social mayoritario no hay mayor disvalor que vivir la muerte de forma dolorosa y cruel, por eso no se debe rechazar sin más la posibilidad de un derecho a morir sobre la base de que se legitima el malo un disvalor. Desde esta óptica, el posible reconocimiento de tal derecho no es incompatible con el valor positivo que la vida tiene en el plano jurídico. Lo que ocurre es que cuando el valor positivo de la vida se torna negativo en la percepción de su titular y de la propia conciencia social, el Derecho debe levantar la protección que otorga a la vida sí así lo demanda el afectado por hallarse en una situación en la que la petición de morir, no sólo obedece a razones subjetivas, sino que es objetivamente razonable. Y así ocurre, a nuestro entender, en los casos de enfermedad terminal que puede provocar graves sufrimientos físicos y en los casos de situaciones vitales insoportables en los que hay enfermedad o lesiones irreversibles que generan una existencia cruel, aunque no exista riesgo de muerte. El segundo argumento que nos permite hablar del derecho a la muerte es el carácter relativo que tiene el derecho a la vida en nuestro Ordenamiento, en el sentido de que no es un bien absolutamente indisponible. El art. 15 de la CE, al consagrar el derecho a la vida, genera el deber estatal de protegerla frente a ataques de terceros, pero no impone el deber de vivir y prueba de ello es que el ciudadano tiene la facultad de arriesgar su vida (determinadas actividades que suponen un evidente riesgo por la vida como el troteo o el trapezio circense, no sólo no están prohibidas, sino que son fomentadas por el Estado) y el suicidio no es un acto penado por la ley. Muy al contrario, para el TC la decisión de arrostrar la propia muerte es una manifestación del principio general de libertad que informa la CE, y la disposición fáctica de la vida forma parte del círculo de la libertad personal, porque esa disposición constituye una manifestación del *agere licere* en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe<sup>130</sup>.

La importancia de la dignidad y autonomía personales se va abriendo camino entre los órganos judiciales,

<sup>130</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 70.

algunos de los cuales reconocen el valor de la libertad individual y por ello consideran erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, sin ningún tipo de limitaciones<sup>131</sup>. Por ello, la eutanasia pasiva, en sentido estricto, no parece ser ilícita (art. 196 CP). En un plano constitucional, sería difícil justificar que el deber del Estado de castigar los ataques a la vida humana comprende los casos en que, por deseo del enfermo incurable, se deja que la naturaleza siga su curso<sup>132</sup>.

En la supresión de una vida vegetativa en situación irreversible, la impunidad de las conductas activas u omisivas, de autoría o participación puede asentarse básicamente en la inexistencia de bien jurídico "vida humana independiente", lo que impide ya la calificación en torno al tipo de homicidio<sup>133</sup>.

Algo similar ocurre en la no prolongación artificial de un proceso irreversible de muerte (enfermos terminales). La posibilidad de considerar la conducta del médico que no prolonga artificialmente la vida como un supuesto de homicidio en comisión por omisión, es rebatida contundentemente desde la ausencia de todo deber de garante en el médico si el paciente rechaza el inútil tratamiento voluntariamente, y aun sin contar con tal declaración de voluntad en supuestos de coma, etc., tampoco puede estimarse concurrente un deber de retrasar arbitrariamente la muerte, con lo que fallan los fundamentos mismos de la responsabilidad por omisión. El supuesto específico de eutanasia pasiva consistente en la desconexión del respirador o reanimador, sólo plantea una cierta discrepancia doctrinal en torno a si debe ser considerada como una acción o una omisión, pero lo cierto es que tanto desde una como otra perspectiva, se puede llegar a la impunidad: si se considera una acción, faltan los requisitos para la imputación objetiva del resultado puesto que no se produce un incremento del riesgo de muerte ni se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras que, de considerarse una omisión, falta, como se ha dicho, el deber de prolongar artificialmente la vida<sup>134</sup>.

Por lo que se refiere a la eutanasia activa, como he-

<sup>131</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 72.

<sup>132</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derechos Fundamentales, cit., pág. 198.

<sup>133</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

<sup>134</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

mos visto, las cosas son algo más complicadas. Se trata de una conducta delictiva, aunque castigada con una pena menos grave que la correspondiente a la mera cooperación al suicidio (art. 143 CP); lo que significa, sin duda, que para el legislador se trata de una conducta menos reprochable. Desde un punto de vista estrictamente constitucional, es discutible hasta dónde llega el deber del Estado de castigar la eutanasia activa. La eutanasia activa podría ser vista como una colisión entre dos valores o bienes jurídicos de rango constitucional: la vida humana y el libre desarrollo de la personalidad, ambos predicados del enfermo incurable. Si a ello se añade que ni siquiera con respecto al aborto el TC sostiene que toda colisión con otros bienes jurídicos deba indefectiblemente resolverse a favor del derecho a la vida, se comprende que dista de ser claro que el Estado esté constitucionalmente obligado a castigar siempre la eutanasia activa<sup>135</sup>.

El Grupo de Estudios de Política Criminal incluye también los supuestos de la llamada "eutanasia prematura", que define como "comportamiento activo u omisivo que conlleve la interrupción o no iniciación de los tratamientos médicos o quirúrgicos que mantienen de modo permanente o temporal la vida de un recién nacido que no va a adquirir nunca la conciencia, o que prolongan artificialmente su proceso irreversible de muerte, o que garantizan su supervivencia a costa de un uso masivo y necesariamente permanente de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva". Nuevamente se trata de un caso en el que muy difícilmente puede hablarse de vida humana independiente como objeto protegido por el tipo de homicidio, por lo que los comportamientos tanto activos como omisivos en esta dirección pueden considerarse, en principio, atípicos<sup>136</sup>.

No obstante, al final, es conveniente no olvidar que la eutanasia, en cualquiera de sus modalidades, exige el consentimiento, e, incluso, la iniciativa, del enfermo. Ello quiere decir que la iniciativa médica de denegar o interrumpir el tratamiento a enfermos incurables planteará, sin duda, un problema desde el punto de vista del derecho a la vida; pero no podrá justificarse jamás sobre la base de los argumentos a favor de la eutanasia. Aquí la cuestión hace referencia básicamente a los límites del deber jurídico de proporcionar asistencia sanitaria, mientras que la eutanasia tiene lugar cuando, existiendo *prima facie* dicho deber, es

<sup>135</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 198 - 199.

<sup>136</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

el enfermo quien la rechaza<sup>137</sup>.

Mientras que en la *no evitación* de una muerte cierta, la licitud puede plantearse simplemente a partir de la no oposición, es decir, de la ausencia de requerimiento de prolongación de la vida, en los casos de causación o adelantamiento de la muerte, las consecuencias jurídicas de la disponibilidad, si es que ésta se admite, deben ser medidas con mayor cautela. Por ello, cabe establecer mayores exigencias por parte del Estado para disminuir la protección jurídica de la vida, entre las que se encuentra la no presunción del consentimiento<sup>138</sup>.

Por todo lo anterior, podemos concluir que el derecho a morir es el derecho subjetivo del enfermo terminal o incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho<sup>139</sup>.

## **5.- LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL.**

Junto con el derecho a la vida, el otro derecho fundamental consagrado por el artículo 15 de la CE es el derecho a la integridad física y moral. Aunque estén muy próximos desde un punto de vista teleológico, se trata de dos derechos diferentes. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la integridad no es declarado conjuntamente con el derecho a la vida, sino en el inmediatamente sucesivo art. 3. El bien jurídico protegido por el derecho a la integridad física y moral es la inviolabilidad del ser humano, es decir, la creencia de que éste merece siempre respeto, no debiendo profanarse su cuerpo ni su espíritu. Va de suyo que se trata de un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona y, por tanto, plenamente predicable también de los extranjeros. Dicho todo lo anterior, hay que tener presente que el derecho a la integridad física y moral comprende, en rigor, dos facetas: el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes y el derecho a no ser objeto de intervenciones en la esfera física o psíquica sin el propio consentimiento. Conviene analizar cada una de estas facetas por

<sup>137</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 197.

<sup>138</sup> M. GARCÍA ARÁN, "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", cit., pág. 9 - 40.

<sup>139</sup> M. MORENO ANTÓN, "Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir", cit., pág. 73.

separado. El derecho a la integridad física y moral implica, ante todo, una prohibición constitucional de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes. Esta prohibición no se halla sólo en el art. 15 CE y en el art. 3 CEDH, sino que es objeto, además, de tratados internacionales especializados tendentes a erradicar esta práctica odiosa: los Convenios de 10 de diciembre de 1984 y 26 de noviembre de 1987, celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa respectivamente. Como es obvio, estos tratados deben orientar la interpretación constitucional (art. 10.2 CE). Para comprender adecuadamente cuál es el objeto de esta prohibición constitucional, conviene hacer algunas precisiones. Con los términos «tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» no se hace referencia a fenómenos cualitativamente diferentes, sino que se trata de «naciones graduadas» dentro de una misma escala (STEDH Irlanda C. Reino Unido de 18 de enero de 1978 y STC 137/1990<sup>140</sup>). La conducta contemplada consiste, en todo caso, en infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente bien a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma (tratos degradantes), bien a doblegar su voluntad forzándola a actuar contra su conciencia (tratos inhumanos). Así, en esta perspectiva gradualista, la tortura no sería sino la forma agravada y más cruel de los tratos inhumanos o degradantes<sup>141</sup>.

En palabras del TC, el derecho fundamental a la integridad física y moral protege al ser humano, *"no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular"* (STC 120/1990<sup>142</sup>). Esta afirmación es extremadamente importante porque, incluso tratándose de intervenciones bienintencionadas y objetivamente idóneas para producir un beneficio, existe un imperativo constitucional de previo consentimiento de la persona afectada<sup>143</sup>.

Nuestro TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la problemática de la disponibilidad a partir de la referencia del art. 15 CE al derecho fundamental a la integridad física y moral. Con un razonamiento simultáneo al reali-

zado para el derecho fundamental a la vida, le ha atribuido un contenido de protección positiva derivando de él la obligación para los poderes públicos de respetar la salud e integridad personales de sus ciudadanos y de protegerla frente a los ataques de terceros<sup>144</sup>.

Esta faceta del derecho constitucional a la protección de la salud implica el derecho de toda persona a mantener la plena integridad de su propia salud individual, lo que exige una abstención por parte de todos los sujetos, públicos y privados, de comisión de acciones lesivas de este bien jurídico del individuo<sup>145</sup>. En este aspecto, el derecho a la salud se configura como un derecho de la personalidad, que desarrolla un papel complementario respecto al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, también consagrados en nuestra norma fundamental en su art. 15. Siendo asimismo incuestionable la vinculación del derecho a la intangibilidad de la propia salud con el valor constitucional de dignidad de la persona reconocido en el art. 10 de la CE, viniendo a suponer este derecho una condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. La protección jurídica de esta vertiente del derecho a la tutela de la salud se estructura, por una parte, mediante medidas penales -tipificación en el CP del delito de lesiones-, y de otra, se prevé el deber jurídico de indemnizar los daños provocados al bien salud por parte del sujeto causante de la lesión<sup>146</sup>.

Sin embargo, no parece que de tal derecho fundamental forme parte el derecho a renunciar a la propia salud e integridad personales. A favor de esta última conclusión cabe citar, en primer lugar, que las diversas afirmaciones que profundizan en el contenido de ese derecho fundamental se refieren en todo momento a la ilicitud constitucional de cualesquiera intervenciones contra el cuerpo o espíritu de una persona llevadas a cabo contra o sin su voluntad, estando ausentes pronunciamientos sobre la legitimidad constitucional de comportamientos deseados de menoscabo de la salud o integridad personales. En segundo lugar, a la hora de reconocer algunos ámbitos específicos en los que el derecho de autodeterminación sobre la salud e integridad están presentes se acude a de-

<sup>140</sup> STC Pleno, S 19-7-1990, n° 137/1990, rec. 397/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: Leguina Villa, Jesús (EDE 1990/7866).

<sup>141</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit.

<sup>142</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>143</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO, Sistema de Derechos Fundamentales, cit., pág. 206.

<sup>144</sup> J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, "La disponibilidad de la salud e integridad personales", en Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la vida e integridad física, 1995, pág. 111 - 148.

<sup>145</sup> Vid., J. PEMÁN GAVÍN, Derecho a la salud y Administración sanitaria, Bolonia 1989, pág. 93 ss.

<sup>146</sup> A NAVARRO MUNUERA, "El servicio Sanitario", en Cuadernos de Derecho Judicial, Régimen Jurídico de los Servicios Públicos, 1996, pág. 547 - 591.

terminadas decisiones del legislador ordinario, como la expresada en el art. 428.2, hoy art. 156, sin que se utilicen referencias estrictamente constitucionales. En tercer lugar, una interpretación sistemática hace casi ineludible extender determinadas afirmaciones contundentes del Tribunal Constitucional sobre la ausencia de la idea de disponibilidad en el derecho fundamental a la vida al derecho fundamental a la integridad<sup>147</sup>, algo que analizaremos más tarde.

Ello no es obstáculo, sin embargo, para que considere admisible que la legislación ordinaria, al margen del derecho fundamental, reconozca en determinadas circunstancias la disponibilidad de la salud e integridad personales. En cualquier caso, considera un límite constitucional irrobasable en cualesquiera actuaciones, consentidas o no, sobre la salud e integridad personales el de que no se produzca un trato inhumano o degradante<sup>148</sup>.

La asistencia sanitaria, por su propia característica, conlleva una incidencia en la propia integridad física, e incluso moral, lo que supone que necesitamos analizar nuestro sistema desde el punto de vista de la causa de justificación de la actuación que convierte algo constitutivo, habitualmente, de delito en una actuación legítima. Por ello, en nuestro análisis debemos partir de un concepto, del consentimiento a la hora de actuar respecto a la integridad física del paciente.

## 5.1.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO<sup>149</sup>

El reconocimiento del derecho de los enfermos a negarse a un tratamiento o lo que es lo mismo, la exigencia

<sup>147</sup> J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, "La disponibilidad de la salud e integridad personales", cit., pág. 111-148.

<sup>148</sup> J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, "La disponibilidad de la salud e integridad personales", cit., pág. 111-148.

<sup>149</sup> Es recomendable consultar J. FERNÁNDEZ COSTALES, La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería), Madrid 1995, pá. 93 ss; de I mismo autor, Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit.; J. M. FERNÁNDEZ RANADA, "El consentimiento informado", en Responsabilidad del personal sanitario, Madrid 1995, pág. 269 ss; J. c. GALÁN CORTES, "La responsabilidad médica y el consentimiento informado", en Revista médica de Uruguay, 1999, núm. 14, pág. 5 - 12; J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "El consentimiento informado", Responsabilidad del personal sanitario, Madrid 1994, pág. 273 ss; E. RUIZ V ADILLO, "El consentimiento informado ante los tribunales". Actualidad de Derecho Sanitario, 1999, núm. 51, junio, pág. 344 - 345; o E. RUBIO TORRANO, "Derechos Fundamentales y consentimiento informado", en Aranzadi Civil, núm. 19, 2001.

En cuanto al consentimiento informado, 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, establece una nueva regulación, que entra en vigor el 16 de mayo de 2003.

de que cualquier tratamiento o intervención deba contar con una información previa de sus riesgos y beneficios que sea comprensible y la atribución de la capacidad de decisión sobre su realización última al enfermo, constituye una exigencia del principio de autonomía<sup>150</sup>.

Por consentimiento ha de entenderse el "acuerdo de dos voluntades", y por tanto supone la existencia de dos sujetos cuyas voluntades coinciden sobre un mismo objeto, expresa o tácitamente y simultánea o sucesivamente. El consentimiento es un acto jurídico y, como tal, ha de reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para que pueda producir los efectos previstos. Según el art. 1261 del CC, los requisitos esenciales del consentimiento son: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa y forma suficiente. Tales criterios son también de aplicación al consentimiento eficaz en el ámbito jurídico penal, con base en la unidad fundamental del ordenamiento jurídico, la dependencia de las ramas del ordenamiento respecto del derecho civil, y la concepción de la antijuridicidad como oposición de una conducta al ordenamiento en general, lo que determina que una conducta justificada lo sea también desde la perspectiva de todo el ordenamiento. Esto, no impide, que la "ratio iuris" de unos y otros preceptos pueda dotar a la misma institución, el consentimiento del sujeto pasivo, de un contenido diverso, en el ámbito, no sólo del derecho penal en relación con las demás ramas jurídicas, sino incluso en unos y otros sectores de la misma rama<sup>151</sup>.

Tratando de encontrar el fundamento del consentimiento, hay que comenzar en la idea de que la medicina no es una ciencia exacta y que, por lo tanto, la obligación del médico es de medios y no de resultados. Por esta razón, el médico que diagnostica no hace más que elegir entre las diversas posibilidades sometidas a naturales márgenes de desacierto que excluyen la certeza absoluta. Por ello, someterse a esos márgenes de error solo puede admitirse como un acto totalmente libre, de ahí la exigencia del consentimiento<sup>152</sup>.

El consentimiento, la voluntad personal del afectado es el elemento legitimador de la intervención médica, el único que autoriza que otra persona, aunque tenga el halo que parece dar la bata blanca, pueda intervenir sobre el

<sup>150</sup> C. E. FERREIRÓS MARCOS, "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", cit., pág. 579.

<sup>151</sup> P. PAREJO PABLOS, "Requisitos y significado del consentimiento en la esfera penal. Especial referencia al efecto del consentimiento en las transfusiones de sangre", en Cuadernos de Derecho Judicial, El consentimiento, 1993, pág. 135 - 147.

<sup>152</sup> J. GUERRERO ZAPLANA, El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, Valladolid 2004, pág. 39.

cuerpo y la persona de un paciente. El consentimiento del paciente, su voluntad, es un medio de participación de éste en la adopción de decisiones médicas que le afectan de la forma más directa ya veces más grave<sup>153</sup>.

El fundamento del instituto del consentimiento informado es la idea de autonomía individual de la persona-paciente y en el estímulo a la toma de decisiones racionales. Se trata de decidir con el paciente y no por él desde la superioridad del criterio médico. No sería así la información y el consentimiento informado una concesión graciable del médico motivada por consideraciones deontológicas, sino que constituye un verdadero derecho del paciente. Esa idea iría en la línea de la personalización del tratamiento médico en cuanto que el paciente es tenido como sujeto capaz de decidir por sí el tratamiento. Sería el contrapunto ante situaciones de masificación, burocratización y deshumanización en esa relación médico-paciente. Se basa, por tanto, en el principio de autodeterminación, de libertad personal y de conciencia<sup>154</sup>.

Tanto en la responsabilidad civil médica como en la hospitalaria, surge con enorme fuerza el consentimiento informado como instrumento de exclusión de la responsabilidad, que, no siendo más que una exigencia derivada de la protección otorgada por el Ordenamiento Jurídico a la persona<sup>155</sup>, se ha convertido en la piedra donde se pretende sustentar la responsabilidad médica y hospitalaria en el siglo XXI, dado que, en una sociedad tan tecnificada, la actuación sanitaria debe estar sustentada en una seguridad que no encajaría en la desenfrenada carrera que supone actualmente la institución de la responsabilidad civil.

En los supuestos denominados de acuerdo es unánime la doctrina en considerarlos causa de exclusión de la tipicidad. En los denominados consentimiento en sentido estricto la mayoría de ella se inclina por estimar que actúa como causa de justificación. El consentimiento justificante otorga a quien realiza el hecho típico el derecho a obrar de ese modo. Por consiguiente, la cobertura formal del consentimiento justificante se halla en el ejercicio legítimo

<sup>153</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, "Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorias", en Estudios de Derecho Judicial, Internamientos involuntarios - Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios (Actas de la jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999), 2000, pág. 29 - 43.

<sup>154</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág. 319 - 417.

<sup>155</sup> P.ej., J. ATAZ LOPEZ, Los médicos y la responsabilidad civil, Madrid 1985, pág. 61.

de un derecho<sup>156</sup>.

Así, comúnmente se opta entre decidir que el consentimiento es una "causa de justificación" o exclusión de la antijuricidad aun cuando no esté expresamente definida en el catálogo de eximentes del vigente art. 8 CP, sino que se deduce de la naturaleza del bien jurídico protegido y de la estructura del correspondiente tipo de delito. Esto, como luego veremos, no es tan simple, pues a veces es absurdo decir que el consentimiento tiene efecto "justificante" (por ejemplo, quien acepta que otro cierre con llave la única puerta de salida no está "justificando" la detención ilegal, sino haciendo algo ajeno al derecho), y otras veces la ley hace expresa mención a la concurrencia del consentimiento porque "a priori" el legislador ha imaginado que pueden darse problemas difíciles según el modo en que ese consentimiento concurra (por ejemplo, en el allanamiento de morada)<sup>157</sup>.

Ya antes de la GE, en una norma reglamentaria, el Real Decreto 2082/78, de 25 de agosto, al enumerar los derechos del enfermo, se consigna la exigencia de su previa conformidad y consentimiento expreso y escrito para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida, o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y gravedad del caso hicieran indispensable la aplicación o intervención inmediata, si bien se le reconoce en todo caso el derecho a abandonar el hospital, renunciando a cualquier reclamación, aunque, si hubiere riesgo para su vida, a juicio del facultativo, se pondrá el caso en conocimiento de la autoridad judicial competente para que resuelva lo pertinente<sup>158</sup>.

Los médicos, en su mayoría, viven la irrupción del consentimiento informado escrito obligado como una injerencia distorsionadora. Y, no comprendiendo su necesidad clínica, la ven como una necesidad puramente legal. El esfuerzo de explicación clara y honesta de una justificación que vaya más allá de su evidencia defensiva no es superfluo; ni la paciencia, ya que a ellos, lo mismo que a nuestros enfermos, les hace falta tiempo para elaborar las

<sup>156</sup> M. C. GROSSO DE LA HERRÁN, "El consentimiento", en Cuadernos de Derecho Judicial, El consentimiento, 1993, pág. 105 - 111.

<sup>157</sup> G. QUINTERO OLIVARES, "El consentimiento en el Derecho Penal español, en especial referencia a algunas infracciones", en Cuadernos de Derecho Judicial, El consentimiento, 1993, pág. 9 - 35.

<sup>158</sup> M. FERNÁNDEZ BERMEJO, "Autonomía personal y, tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado", cit., pág. 37 - 60.

nuevas situaciones; si se quieren evitar irracionalidad es. Porque irracionalidades no faltan. Para citar las dos más importantes, la primera sería la de no querer aceptar la evidencia del cambio y pretender mantener la relación clínica ancestral, como si nada sucediera alrededor. La inercia del paternalismo en nuestra sociedad católico-mediterránea es fuerte, y muchos médicos continúan imponiéndolo, ignorando de hecho que el enfermo tenga otras necesidades fuera de las estrictas de portador de una determinada enfermedad por las que debe ser tratado según unas pautas preestablecidas, como los demás portadores de la misma. El enfermo tendría así una historia clínica, biológica, a la que se atendería, pero, mientras estuviera enfermo, quedaría en suspenso su biografía y coherencia personal. No podría defender opciones propias al mismo nivel de las prescripciones, sobre todo si no coinciden con ellas. Claro que a menudo, sobre todo en cirugía, se buscaba su asentimiento antes de una intervención, pero sin libertad real para el disenso. La justificación "sagrada" de la beneficencia del paciente obligaba al profesional a poner todo su saber ("supuesto saber") y todo su poder (incluso la coacción o la mentira) para conseguirlo con impunidad. Podríamos decir que hasta hoy en día sólo se ha contado, como máximo, con un *asentimiento*, limitado a unas pocas decisiones, raramente informado y a menudo coaccionado. Algunos profesionales confunden aún hoy el consentimiento informado con este tipo de "asentimiento presionado", ahora avalado por una firma. Este abuso de poder, a pesar de contar con la complicidad de la familia, constituye un atentado de hecho contra la libertad del enfermo. Por ejemplo, incluso si se sabe lo que el enfermo va a decidir, eludir la oportunidad de que se pronuncie constituye una falta de respeto. Ser libre, ser autónomo, actuar con autodeterminación y decidir voluntariamente vienen a ser sinónimos, y es el blanco a apuntar. Por tanto la postura impositiva ancestral explica y legitima la anticipación de la Ley, a pesar de los problemas de incomprensión que toda anticipación legal ocasiona siempre y que, por otro lado, conviene tener en cuenta <sup>159</sup> .

Ha de repararse en que en tales relaciones existe como substrato uno de los bienes más preciados del hombre, su vida y salud, cuya pérdida o merma siempre incide profundamente en el estado de ánimo de quien la sufre y/o sus próximos, y el valor jurídico fundamental de respeto a

<sup>159</sup> M. A. BROGGI TRIAS, "Algunos problemas de la información clínica en la puesta en práctica del consentimiento informado escrito", en Estudios de Derecho Judicial, Información y documentación clínica, 1997, pág. 209 - 220.

la dignidad de la persona y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, todos los cuales concurren al establecimiento como valor fundamental de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (arts 10, 15, 16 Y 18.1 CE y STC 53/1985, de 11 de abril <sup>160</sup> ). De ahí que sea ya lugar común señalar cómo en tales relaciones el enfermo ha dejado de ser el objeto del tratamiento, sometido al poder omnímodo del médico, a quien competía la toma de decisiones sin contar con la opinión o consentimiento de aquél, con la sola mira de procurar su curación, objetivo que se consideraba prioritario y se correspondía con el deber ético fundamental del médico, y se reconoce al paciente la facultad de decisión última, salvo en muy contados supuestos de urgencia, incapacidad o en que puede ser impuesta una cierta actividad terapéutica <sup>161</sup> .

Aún así, el instituto del consentimiento informado ha ganado ya "la mayoría de edad" jurídica, en cuanto que inserto en nuestro ordenamiento sobre todo a partir de 1986, rápidamente ha evolucionado su asimilación jurídica desde su exigencia como regla general -lo que ya es cuestión más que pacífica- a su comprensión (modos de exigencia, modulación según el tipo de intervención, revocabilidad) hasta llegar con prontitud al terreno de la responsabilidad en cualquiera de sus vertientes. Este instituto mostraría cómo en el ámbito de la relación jurídico-sanitaria, el terreno que gana el usuario de un servicio público en forma de derecho, queda "patrimonializado": se reconoce su exigibilidad y, a la par, la infracción de ese derecho generaría el de ser resarcido siempre en su equivalente económico <sup>162</sup> .

A medida que las técnicas y las correspondientes tecnologías avanzan y la Medicina, y sobre todo la Cirugía, están a un nivel altísimo, la complejidad se adueña de muchas situaciones hace unos años absolutamente impensables. Infinidad de operaciones que hoy salvan vidas o que mejoran espectacularmente la calidad de vida de los enfermos, pensemos en la cirugía cardiovascular, en los trasplantes y un largo etcétera, hace años eran impracticables, los preoperatorios, las técnicas de diagnóstico se

<sup>160</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>161</sup> J. SEOANE PRADO, "Información clínica", en Estudios de Derecho Judicial, Información y documentación clínica, 1997, pág. 227 - 254.

<sup>162</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág.319 - 417.

hacen también más complicadas y con toda obviedad aparecen riesgos nuevos<sup>163</sup>.

Obviamente, en las sociedades occidentales el ejercicio de la medicina está sufriendo una profunda transformación y uno de los cambios más importantes se está produciendo en la relación médico-paciente. Esta relación es la que se establece entre una persona que está o se siente enferma y alguien que por su profesión es capaz de ayudarla. Su finalidad es la de proteger y promover la salud de los pacientes, tratar la enfermedad, eliminar o mejorar el dolor, el sufrimiento y la incapacidad, y evitar la pérdida prematura de la vida. Es la relación más importante de todas las que se establecen en el mundo sanitario, la piedra angular del sistema sanitario y ha tenido, no sé si tiene ahora, un gran peso dentro de nuestra sociedad<sup>164</sup>.

En nuestro país, el derecho a ser informado y a consentir de manera plenamente consciente e informada no son más que una necesaria concreción del el Derecho de respeto a la integridad física y psíquica (art. 15 CE), sin perjuicio de que estos derechos, como todos los derechos fundamentales, tengan sus antecedentes y justificaciones más remotos en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)<sup>165</sup>.

También, ese derecho a la información, que puede encontrar acomodo entre los derechos instrumentales al libre ejercicio de la autodeterminación personal o libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) y al derecho a la protección de la salud (principio rector, según la economía del art. 43.1 CE, no derecho fundamental), ha encontrado reconocimiento y protección internacional en el Convenio, de 4 de abril de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1999 (RCL 1999, 2638), -fecha de entrada en vigor en nuestro país, el día 1 de enero de 2000- cuyo Capítulo 11, del consentimiento, sanciona y reconoce el derecho y su régimen

jurídico (art. 5 -8)<sup>166</sup>,

Tal como señala PARRA LUCÁN<sup>167</sup>, al menos en dos ocasiones la Sala Primera del Tribunal Supremo ha afirmado que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental (SSTS de 12 de enero de 2001<sup>168</sup> y de 11 de mayo de 2001<sup>169 170</sup>).

<sup>166</sup> M. PULIDO QUECEDO, "El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 5,2001.

<sup>167</sup> M. A. PARRA LUCÁN, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", cit.

<sup>168</sup> STS Sala I, S 12-1-2001, n° 3/2001, rec. 3688/1995. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDE 2001/6), donde se señala:

"Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias -sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio- en el artículo 9.2, en el 10,ly además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, 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".

<sup>169</sup> STS Sala I, S 11-5-2001, n° 447/2001, rec. 1044/1996. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDE 2001/6571), donde se establece:

"Sobre el deber/derecho de Información aludido, se subraya que consistirá en informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado. (S. 25-4-1994)".

<sup>170</sup> Vid., M. PULIDO QUECEDO, "El consentimiento informado en materia de salud: ¿derecho humano fundamental?", cit.; E. RUBIO TORRANO, "Derechos fundamentales y consentimiento informado", cit.; o C. E. FERREIRÓS MARCOS, "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", cit., pág. 580.

<sup>163</sup> E. RUIZ V ADILLO, "El consentimiento informado ante los tribunales", cit., pág. 344.

<sup>164</sup> A. SÁINZ ROJO, "Cómo lograr una óptima relación médico paciente. El Consentimiento Informado", Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 25, febrero 1997, pág. 61.

<sup>165</sup> J. PLAZA PENADÉS, "La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica", cit.

Vid., M. A. PARRA LUCÁN, "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", cit.

RUBIO TORRANO<sup>171</sup>, siguiendo la línea que hemos apuntado, considera que para el TS, la información del médico al paciente para que éste pueda escoger en libertad dentro de las posibles opciones que la ciencia médica le ofrece al respecto no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española. La dignidad de la persona y la libertad son la base sobre las que descansa dicha protección. Junto a la Constitución, esgrime el TS pactos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 19 de diciembre de 1948, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966. El citado autor estima que la consideración del derecho a ser cabalmente informado como un derecho fundamental merece alguna matización. No parece ofrecer duda alguna el entronque de aquél con el derecho a la vida, a la integridad física e incluso a la libertad individual. Sin embargo, no resulta necesario acudir a semejante caracterización para exigir judicialmente la reparación de un daño producido con ocasión de un acto médico, pues el CC contiene preceptos que pueden servir de norma de pretensión de semejante reclamación. Si el deber de informar es uno más de los que componen la *lex artis*, el art. 1258, por ejemplo, ofrece base suficiente para una condena. La tutela de ciertos intereses puede tener amparo en el concepto de derecho fundamental cuando ésta es la única vía para su defensa en la medida de que se le haya cerrado al perjudicado cualquier instancia judicial. Hay que tener en cuenta que, de ordinario, el derecho a ser correctamente informado no suele ser discutido en los Tribunales (si así fuera, tendría mayor sentido ponerlo en relación con los derechos fundamenta"les aludidos); lo que suele debatirse es si se informó o no y el objeto o contenido de esa información<sup>172</sup>.

Partiendo de esta base podemos entrar a analizar el sistema mismo del consentimiento.

#### a) Concepto.

El consentimiento supone la conformidad del sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido, en determinadas condiciones, con la acción por parte del sujeto activo de una conducta que objetivamente sin tal conformidad

<sup>171</sup> E. RUBIO TORRANO, "Derechos fundamentales y consentimiento informado", cit.

<sup>172</sup> P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, la autonomía del paciente, cit., pág. 120.

constituiría delito<sup>173</sup>.

El Consentimiento informado viene definido en el art. 3 de la Ley 41/2002 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<sup>174</sup>.

Así, la regla general para toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso (art. 8.1 Ley 41/2002). Dicho consentimiento debe constar en la historia clínica (art. 15.2.i) de la Ley 41/2002).

Como vemos la norma deja entrever el momento en el que debe emitirse el consentimiento. Resulta evidente que el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico mismo, debiendo subsistir durante todo el tratamiento<sup>175</sup>, pues el paciente siempre tiene derecho a revocar dicho consentimiento (art. 8.5 de la Ley 41/2002).

Asimismo, todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud (art. 8.4 Ley 41/2002).

El consentimiento informado constituye una parte de la asistencia clínica prestada un paciente, luego es un acto clínico más<sup>176</sup>. Se entiende por consentimiento informado, el proceso que surge en la relación médico / paciente, por el cual, el paciente expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar someterse o rechazar un plan, diagnóstico, terapéutico, de investigación, etc., propuesto por el médico para actuar sobre su persona y todo ello tras haber recibido información suficiente sobre la naturaleza del acto o actos médicos, sus beneficios y riesgos, y las alternativas que existan a la propuesta<sup>177</sup>. El valor sustan-

<sup>173</sup> M. C. GROSSO DE LA HERRÁN, "El consentimiento", cit., pág. 105 - 111.

<sup>174</sup> P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, la autonomía del paciente, Madrid 2004, pág. 120.

<sup>175</sup> Vid., J. C. GALAN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid 2001, pág. 112 - 113.

<sup>176</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág. 319 - 417.

<sup>177</sup> En este sentido se pronuncia J. J. CARRASCO GÓMEZ, Responsabilidad médica y psiquiatría, Madrid 1998, pág. 84.

tivo de la norma contenida en el art. 208 del CC no ofrece la menor duda, como tampoco su alcance constitucional, en cuanto, sobre la base doctrinal y jurisprudencial de presunción de capacidad, afecta al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad (art.10 de la CE)<sup>178</sup>.

#### b) Sujetos<sup>179</sup>.

Obviamente en el consentimiento deben participar dos partes, el paciente<sup>180</sup>, como titular del derecho y el

---

Vid. J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, Sistema de responsabilidad médica, Granada 1997, pág. 134 ss; J. C. GALAN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid 2001, pág. 22 Y 31; E. LLAMAS POMBO, La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos, 18 edición, Madrid 1988, pág. 146 ss; o R. DE LORENZO Y MONTERO y J. SANCHEZ CARO, "Consentimiento Informado", en GOMEZ y DIAZ-CASTROVERDE / SANZ LARRUGA (directores), Lecciones de Derecho Sanitario, 1999, pág. 209 - 210.

<sup>178</sup> STS Sala 18, S 20-2-1989. Pte: Carretero Pérez, Antonio (EDE 1989/1796).

<sup>179</sup> Vid., J. GUERRERO ZAPLANA, El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, cit., pág. 80.

<sup>180</sup> Debemos estar de acuerdo con CARRASCO GÓMEZ (J. J. CARRASCO GÓMEZ, Responsabilidad médica y psiquiatría, cit., pág. 87) en afirmar que el titular del derecho es sólo el paciente o usuario de los servicios sanitarios.

Vid. J. M. MARTÍN BERNAL, Responsabilidad médica y derecho de los pacientes, Madrid 1998, pág. 323 ss; o M. RIVERA FERNÁNDEZ, La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública, Valencia 1997, pág. 52.

Ya el art. 10.5 de la LGS señalaba que la información debe facilitarse al paciente y a sus familiares o allegados, lo que es un error, dado que sólo el paciente es titular del derecho. En este sentido, el art. 5.1 de la Ley 41/2002 señala que el titular del derecho a la información es el paciente, aunque también serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

Existiendo por parte del médico una obligación de confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias (art. 10.3 LGS), por lo que sólo en caso de incapacidad del paciente habrá lugar a tal información a los familiares o allegados, y ello siempre que el paciente no lo haya prohibido expresamente.

Vid., J. C. GALAN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit., pág. 74-75.

Por ello, en modo alguno puede ser sustituido el consentimiento del titular, por otra persona, cuando no media urgencia vital, ni incluso tratándose de un familiar próximo (STS Sala 1a, S 24-5-1995, n° 487/1995, rec. 822/1992. Pte: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso (EDE 1995/3361)).

Para que el consentimiento pueda ser considerado como válido, la persona tiene que tener capacidad para consentir, es decir siempre para sea capaz o competente, y con capacidad entendida como suficiente para conocer, comprender, discernir y poder decidir libremente sobre el alcance de lo que acepta o rechaza y poder comunicar esa elección.

No obstante, el art. 5, en sus apartados 2 y 3, de la Ley 41/2002 señala que el paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal; y que cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico,

194

médico como técnico que realiza la intervención<sup>181</sup>, si bien, podemos extender la posibilidad de recabar el consentimiento a la institución hospitalaria.

#### c) Objeto del consentimiento.

El objeto del consentimiento informado lo constituiría el tratamiento médico ajustado a la 'ex artis ad hoc'<sup>182</sup> y los riesgos que le son inherentes, no incluyéndose el resultado, que siempre es aleatorio, concretándose en la específica intervención de que se trata, sin que, salvo supuestos de urgencia, pueda extenderse la actividad del facultativo a otras actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada<sup>183</sup>.

#### d) Requisitos del consentimiento<sup>184</sup>.

El consentimiento informado es, aparte de un derecho del paciente, un instrumento que permite exonerar de responsabilidad al médico, de ahí que una de las cuestiones constantes en los litigios ligados a la quiebra de las reglas del consentimiento, sea contrastar el contenido y amplitud de esa información con el estándar de funcionamiento del servicio, todo lo cual lleva al requisito ya visto de la veracidad de la información y a que sea específico y completo. Debe recordarse que en cuanto a la estructura del consentimiento informado, como acto intelectual, se

---

la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En este sentido, J. C. GALÁN CORTÉS (Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit., pág. 73) considera que "la capacidad de decidir por sí mismo debe entenderse, por tanto, como la aptitud cognoscitiva para entender la información y para poder elegir autónoma y racionalmente lo conveniente a sus intereses (aceptar o rechazar una intervención médica con base en dicha información disponible)".

<sup>181</sup> De acuerdo con la ley, el médico responsable del caso será el "obligado a informar" sobre las opciones de tratamiento en atención al estado de salud del enfermo. Esta previsión remite la cuestión a otros dos derechos de los pacientes: por un lado, a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer y que será su interlocutor principal con el equipo asistencial (art. 10.7 LGS), y por otro, a la libre elección de médico general y de pediatra, ámbito al que de momento alcanza la libertad de elección de profesional sanitario en la atención primaria del área de salud (art. 10.13 y 14 LGS). En suma, el médico designado responsable del caso ante el paciente será el sujeto que deba informarle y solicitar su consentimiento para cualquier intervención médica.

Vid., F. J. VILLAR ROJAS, La responsabilidad de las Administraciones Públicas sanitarias: Fundamento y límites, Barcelona 1996, pág. 162; o R. DE LORENZO Y MONTERO y J. SÁNCHEZ CARO, "Consentimiento informado", cit., pág. 218 ss.

<sup>182</sup> Incluyéndose la información terapéutica.

<sup>183</sup> Vid., J. C. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit., pág. 164 ss.

<sup>184</sup> Sobre este tema es interesante ver J. ATAZ LOPEZ, Los médicos y la responsabilidad civil, cit., pág. 65 ss; J. GUERRERO ZAPLANA, Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, cit., pág. 159-160; o J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, Sistema de responsabilidad médica, cit., pág. 143 ss.

basa en dos aspectos: de un lado la información veraz, completa y específica y, de otro, el asentimiento de la voluntad, de forma que el elemento volitivo estará viciado si el intelectivo es deficiente o irregular<sup>185</sup>.

Podemos dividir los requisitos del consentimiento de la siguiente forma:

a) Consentimiento informado<sup>186</sup>.

Actualmente, establece el art. 10.1 de la Ley 41/2002, que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica si-

---

<sup>185</sup> J. L. REQUERO IBÁÑEZ, "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones", cit., pág.319 - 417.

<sup>186</sup> J. C. GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid 1997, pág. 41; del mismo autor, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, pág. 175; J. M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, cit., pág. 327 ss; M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, cit., pág. 49 - 55; o M. E. SÁNCHEZ JORDÁN, "Algunas cuestiones relativas al derecho de información y al deber de secreto profesional en un supuesto de responsabilidad médica", *Derecho y Salud*, Vol. 10, núm. 2, julio - diciembre 2002, pág. 158.

Esta información, según LOPEZ BARJA DE QUIROGA ("El consentimiento informado", cit., pág. 287), tiene que ser completa y referirse tanto al diagnóstico como al pronóstico y a las alternativas de tratamiento. Por ello la información debe de abarcar el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, la modalidad, las consecuencias y posibles efectos secundarios de la intervención proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento y sus costes.

En este sentido se pronuncia también A. JORGE BARREIRO, "La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 16, pág. 91.

La información no sería un mero formalismo, sino una exigencia legal articulada en normas del máximo rango.

Vid., S. PELA YO PARDOS, "Comentario a la sentencia de la Sala Civil del Supremo sobre el fundamento y contenido de la información al paciente", en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 68, enero 2001, pág. 7 ss.

La información es presupuesto imprescindible para que el enfermo pueda formar su voluntad sobre el acto médico que se le propone. Su trascendencia es tal que, desde siempre, la doctrina y la jurisprudencia civiles situaron entre los deberes ex officio de los médicos la obligación de informar al paciente. En la STS la de 25 de abril de 1994 (1994/3636) se afirma que forma parte de la obligación de medios de los médicos el deber de: Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si es quirúrgico, puedan derivarse... En los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia". Como deber profesional del médico, esta información se refiere tanto a las relaciones jurídico-privadas, como a las que entable con motivo de la prestación de asistencia sanitaria pública.

Vid. F. J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones Públicas sanitarias: Fundamento y límites*, cit., pág. 164.

guiente<sup>187</sup>:

1.- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

2.- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

3.- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

4.- Las contraindicaciones.

Asimismo, el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente (art. 10.2 de la Ley 41/2002).

En este punto, el art. 4.1 de la Ley 41/2002 establece que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud<sup>188</sup>, toda la información disponible sobre la misma<sup>189</sup>, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. Esta información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales<sup>190</sup>, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada<sup>191</sup> a sus necesi-

---

<sup>187</sup> Vid., J. GUERRERO ZAPLANA, *El consentimiento informado*. Su valoración en la jurisprudencia, cit., pág. 87 ss.

<sup>188</sup> Vid., M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a 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*, Madrid 2003, pág. 31.

<sup>189</sup> Vid., J. SÁNCHEZ-CARO y F. ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes*. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas, cit., pág. 16 ss.

<sup>190</sup> Vid., M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a 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*, cit., pág. 32.

<sup>191</sup> El art. 2.e de la Ley 41/2002 establece:

"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".

Vid., A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit., pág. 164.

sidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (art. 4.2 Ley 41/2002). Además, debe ser completa<sup>192</sup>.

Asimismo, el art. 9.1 de la Ley 41/2002 señala que cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

Como deber, es al médico responsable del paciente al que le incumbe garantizar el cumplimiento de su derecho a la información<sup>193</sup>. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle (art. 4.3. Ley 41/2002).

Obviamente, la información debe prestarse previamente al consentimiento.

#### b) Consentimiento libre.

No debe existir coacción en el consentimiento, pues intervendrían los vicios previstos en el CC y no tendría virtualidad<sup>194</sup>.

#### c) Consentimiento voluntario.

Consustancial a la libertad del paciente, también vicaría el consentimiento cualquier actuación que forzara al paciente a decidir en contra de su verdadera voluntad<sup>195</sup>.

#### d) Consentimiento previo<sup>196</sup>.

En este sentido el consentimiento debe ser prestado con anterioridad al tratamiento, y debe mantenerse cuando

el mismo se inicia y durante toda su ejecución<sup>197</sup>; esto es, el consentimiento del paciente es temporal y revocable<sup>198</sup>.

#### e) Alcance del consentimiento.

Los efectos del consentimiento son muy limitados. El consentimiento no puede considerarse en este sentido como una especie de *cláusula de irresponsabilidad del médico*; el hecho de que el paciente haya aceptado la intervención no quiere decir que el médico quede libre de responder en cualquier caso. Obviamente, el paciente acepta los riesgos de la intervención, o los del tratamiento, y con ello, la posibilidad -a veces nada remota- de un fracaso; pero el médico seguirá respondiendo de su dolo, su culpa y su impericia; el paciente al aceptar no le libera de esta responsabilidad, pues tan sólo acepta los *riesgos propios de una intervención*<sup>199</sup>.

En cuanto al alcance del consentimiento prestado por el paciente, la doctrina se muestra favorable a entender que el consentimiento previo se refiere a todos los actos médicos<sup>200</sup>.

#### f) Formas de manifestación del consentimiento<sup>201</sup>.

Para que el consentimiento tenga la incidencia en la responsabilidad que se pretende en este trabajo este necesariamente debe ser escrito, para tener constancia del mismo en todo momento. Nada impide, no obstante, que sea verbal, el único problema que surgiría es la prueba del mismo<sup>202</sup>.

El consentimiento será verbal por regla general<sup>203</sup>. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de pro-

<sup>192</sup> Vid., A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, *cit.*, pág. 172; o C. E. FERREIRÓS MARCOS, "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", *cit.*, pág. 587.

<sup>193</sup> Cfr., A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, *cit.*, pág. 163; o I. SÁNCHEZ-CARO y F. ABELLÁN, Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas, *cit.*, pág. 20.

<sup>194</sup> Sobre la libertad del consentimiento se pronuncian, por ejemplo, J. J. CARRASCO GÓMEZ, Responsabilidad médica y psiquiatría, *cit.*, pág. 88; o J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "El consentimiento informado", *cit.*, pág. 282.

<sup>195</sup> En igual sentido que la nota anterior, se pronuncian sobre la voluntad en el consentimiento, por ejemplo, J. J. CARRASCO GÓMEZ, Responsabilidad médica y psiquiatría, *cit.*, pág. 88; o J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "El consentimiento informado", *cit.*, pág. 282.

<sup>196</sup> Vid., J. C. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, *cit.*, pág. 112 ss.

<sup>197</sup> J. J. CARRASCO GÓMEZ, Responsabilidad médica y psiquiatría, *cit.*, pág. 88; o J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, "El consentimiento informado", *cit.*, pág. 282.

<sup>198</sup> Art. 8.5 Ley 41/2002.

<sup>199</sup> J. ATAZ LOPEZ, Los médicos y la responsabilidad civil, *cit.*, pág. 81.

<sup>200</sup> Vid. R. DE LORENZO Y MONTERO y J. SANCHEZ CARO, "Consentimiento informado", *cit.*, pág. 223 - 224.

<sup>201</sup> Vid. J. ATAZ LOPEZ, Los médicos y la responsabilidad civil, *cit.*, pág. 154; J. C. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, *cit.*, pág. 115 ss; o R. DE LORENZO y MONTERO y J. SANCHEZ CARO, "Consentimiento Informado", *cit.*, pág. 227 - 228.

<sup>202</sup> Vid., STS Sala 1ª, S 17-10-2001, nº 941/2001, rec. 867/2000. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDE 2001/33580).

<sup>203</sup> Vid., J. SANCHEZ-CARO y F. ABELLAN, Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas, *cit.*, pág. 49 - 51.

cedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2 Ley 41/2002). Del consentimiento escrito debe quedar constancia en la historia clínica (art. 15.2.i) de la Ley 41/2002).

Obviamente, tal como señala la STS de 3 de octubre de 2000<sup>204</sup> (RJ 2000\7799) referida a la regulación anterior, "la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)"<sup>205</sup>.

En ese sentido, se puede decir que la excepción encubre una regla general: la de que toda actuación sanitaria susceptible de causar daño en la salud o integridad física del paciente requiere de un consentimiento escrito, máxime si se tiene en cuenta que la carga de la prueba, tanto de la información sanitaria facilitada como del consentimiento informado recibido, corresponde al centro o servicio sanitario y a su personal<sup>206</sup>.

Por ello, el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el art. 8.2 de la Ley 41/2002, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002). Obviamente esto significa que el consentimiento no puede darse con carácter general o indefinido, siendo preciso para cada una de las actuaciones en las que se requiere

<sup>204</sup> STS Sala 3ª sec. 6ª, S 3-10-2000, rec. 3905/1996. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio (EDE 2000/30797).

<sup>205</sup> En igual sentido, STS Sala 3ª, sec. 6a, S 4-4-2000, rec. 8065/1995. Pte: Xiol Ríos, Juan Antonio (EDE 2000/9963).

Cft., J. C. GALAN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit., pág. 115.

<sup>206</sup> J. PLAZA PENADÉS, "La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, Información y Documentación Clínica", cit.

Vid., J. SÁNCHEZ-CARO y F. ABELLÁN, Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas, cit., pág. 50.

constancia escrita<sup>207</sup>

Por no distinguir adecuadamente el consentimiento y su documento los médicos se plantean si la firma de un formulario por el enfermo supone el cumplimiento de la exigencia de información. DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>208</sup> considera que, en realidad, el formulario de consentimiento debe ser tenido sólo como un indicio de que se obtuvo el consentimiento, pero no implica directamente la existencia de información y del consentimiento informado del paciente.

Los protocolos deben servir de apoyo al médico en su labor de informar al paciente, no pueden redactarse, como están redactados la mayoría de las veces, pensando en el médico, con fines puramente defensivos, sino que han de elaborarse pensando en el paciente, al ser éste el destinatario real de los mismos<sup>209</sup>.

g) Excepciones a la necesidad de consentimiento<sup>210</sup>.

Según el art. 10.6 de las LGS, existían dos<sup>211</sup>:

1.- Cuando la no intervención suponga riesgo para la salud pública<sup>212</sup>.

Si el tratamiento obligatorio excluye la necesidad de consentimiento, no siempre excluye la obligación de informar<sup>213</sup>.

2.- Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro

<sup>207</sup> Vid., A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit., pág. 244.

<sup>208</sup> A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit., pág. 245.

<sup>209</sup> J. C. GALAN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, cit., pág. 137.

<sup>210</sup> Vid., J. GUERRERO ZAPLANA, El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, cit., pág. 102 ss.

<sup>211</sup> P.ej., R. DE LORENZO Y MONTERO y J. SANCHEZ CARO, "Consentimiento informado", cit., pág. 230; J. A. MARTÍN TEJEDOR, "La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica", en GOMEZ y DIAZ-CASTROVERDE / SANZ LARRUGA (directores), Lecciones de Derecho Sanitario, A Coruña 1999, pág. 695 ss; o L. PORTERO GARCÍA, "Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado", Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1999, núm. 1838, 1 de febrero, pág. 152.

<sup>212</sup> Vid., J. GUERRERO ZAPLANA, Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria, cit., pág. 160.

<sup>213</sup> F. RIVERO HERNÁNDEZ, "Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorias", cit., pág. 29 - 43.

de fallecimiento<sup>214</sup>.

El tercer caso del art. 10.6<sup>215</sup> no era una excepción al consentimiento, pues el consentimiento lo deberán dar, en todo caso, los familiares. El art. 9.2 de la Ley 41/2002 señala en este punto que los facultativos podrán llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

1.- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

2.- Cuando 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.

Además, el art. 9.3 de la citada norma establece que se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

1.- Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

2.- Cuando el paciente esté incapacitado legalmente<sup>216</sup>.

3.- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención<sup>217</sup>. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuan-

do se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento pro representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

Obviamente esto determina que la capacidad debe ir ligada a una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar e ir referida a una intervención. Por ello FERREIRÓS MARCOS<sup>218</sup>, con expresa mención de MI-CHAUD<sup>219</sup>, señala las siguientes pautas<sup>220</sup>:

A.- La incapacidad para consentir debe entenderse en el contexto de una intervención determinada.

B.- Los motivos por los que un adulto puede ser considerado incapaz para consentir sólo pueden deberse a una disfunción o trastorno mental, enfermedad o motivo similar.

C.- La expresión motivo similar se refiere a situaciones tales como los accidentes o el estado de coma, pro ejemplo, en las que el paciente es incapaz de expresar sus deseos o comunicarlos.

D.- Dado que existen diferentes sistemas legales en Europa, es necesaria la remisión a la legislación nacional que es la que debe terminar si las personas tienen o no capacidad para consentir para una intervención. En algunos países la capacidad del paciente debe verificarse en cada intervención, mientras que en otros el sistema se basa en el establecimiento de la incapacitación legal, mediante la cual una persona puede ser declarada incapaz para consentir para uno o varios tipos de actos.

Cuando existe patria potestad o tutela, la declaración de desamparo produce el efecto de suspender a su titular del ejercicio de las facultades ínsitas en tales situaciones. Cuando, no existiendo tales y sí una mera guarda de hecho sobre el menor, la declaración de desamparo no produce efecto interruptivo alguno de relación jurídica entre el guardador y el sujeto guardado, pues no hay tal relación jurídica; y a lo sumo, produce el efecto de liberar al guar-

<sup>214</sup> Vid., J. C. GALÁN CORTÉS, Responsabilidad médica y consentimiento informado, *cit.*, pág. 104.

<sup>215</sup> Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

<sup>216</sup> Cfr., M. LINACERO DE LA FUENTE, Protección jurídica de personas con discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores, 2004.

<sup>217</sup> Cfr., C. RODRÍGUEZ PALÓMO, Autonomía del niño en las decisiones sobre su propio cuerpo, 2004; o M. C. GARCÍA GARNICA, Ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado, Pamplona 2004.

<sup>218</sup> C. E. FERREIRÓS MARCOS, "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", *cit.*, pág. 592.

<sup>219</sup> J. MICHAUD (presidente del CDBI, Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'etre humain ti l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Rapport explicatif.

<sup>220</sup> Vid., P. RODRÍGUEZ LÓPEZ, la autonomía del paciente, *cit.*, pág. 135 - 136.

dador de los *deberes genéricos* de preservar al menor de cualquier peligro y proporcionarle los alimentos necesarios, deberes que establece el orden jurídico penal a cargo de cualquier persona que entre en contacto con el menor desamparado<sup>221</sup>.

Dado que solo es factible y funcional hablar de guarda de hecho respeto de un menor de edad, y no en cambio de un sujeto que ha alcanzado la plena capacidad, quedan lógicamente fuera del concepto aquellos supuestos que la doctrina francesa incorpora a la categoría de la «*tutelle de fait*», en los que el Tutor sigue administrando el patrimonio de su pupilo después de haber legado éste a la mayoría de edad. Lo que en tales casos puede darse es una administración ilegal, o, a lo sumo una tutela putativa, pero no una verdadera guarda de hecho, pues el ordenamiento no puede reconocer el carácter de verdadera guarda sobre un sujeto que, por haber alcanzado la plena capacidad, no necesita tutela alguna. Por otro lado, la guarda de hecho solo adquiere sentido como fenómeno especialmente valorable desde el prisma de la protección de menores cuando se proyecta *sobre la persona del menor, no sobre sus bienes*; por ello, cuando nos encontremos ante una administración, por una persona, de los bienes de un menor o incapaz, o de parte de ellos, estaremos ante una ordinaria gestión de negocios ajenos, sujeta a lo dispuesto en los arts. 1.888<sup>222</sup> y siguientes del CC, pero no ante una guarda de hecho<sup>223</sup>.

No existen, ni pueden existir más excepciones<sup>223</sup>, so-

---

<sup>221</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo", en Revista del Poder Judicial, núm. 60, cuart. trimestre 2000, pág. 257 - 289.

<sup>222</sup> L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, "Tutela administrativa y guarda de hecho de menores en situación de desamparo", cit., pág. 257 - 289.

<sup>223</sup> Aunque J. A. MARTÍN TEJEDOR, "La no necesidad del consentimiento informado en la práctica médica", cit., pág. 708 ss, incluye dentro de las mismas:

- 1.- Renuncia del paciente.
- 2.- Privilegio terapéutico.
- 3.- Diagnóstico muy grave o fatal.
- 4.- Proceder médico dictado por orden judicial.

Respecto a esto, el art. 9.1 de la Ley 41/2002 señala que 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. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

bre todo si consideramos el consentimiento como causa de exclusión de la responsabilidad cuando la actuación médica se ha ceñido a la *lex artis*.

Existe todavía cierta inercia en el sector médico a restar relevancia a esta capacidad decisoria del paciente, en una interpretación excesiva del llamado "privilegio terapéutico" y, por qué no decirlo, en ocasiones cierta resistencia a informar que tiene por objeto ocultar una práctica médica defectuosa<sup>224</sup>.

## 5.2.- LOS TRATAMIENTOS OBLIGATORIOS.

El derecho a la integridad física y moral presenta, como se indicó, una segunda faceta, pues opera también en supuestos que ni por la intención subjetiva de quien actúa ni por las características objetivas de su actuación pueden calificarse de tratos inhumanos o degradantes: el art. 15 CE implica que las personas tienen un derecho a la intangibilidad salvo que medie su consentimiento. En palabras del TC, el derecho fundamental a la integridad física y moral protege al ser humano no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Esta afirmación es extremadamente importante porque, incluso tratándose de intervenciones bienintencionadas y objetivamente idóneas para producir un beneficio – como son destacadamente las de naturaleza médica –, existe un imperativo constitucional de previo consentimiento de la persona afectada. Así, la presencia o ausencia de consentimiento es, en principio, el factor determinante de la licitud o ilicitud de las intervenciones corporales. Ello vale también, en la medida en que sean posibles, para las intervenciones en la esfera psíquica. En este terreno, el problema que nos interesa hace referencia a la incapacidad para prestar el consentimiento. Aquí la respuesta es relativamente sencilla: si se trata de menores o incapaces, el supuesto no es distinto del relativo a cualquier otro derecho fundamental y, por tanto, habrá de resolverse según las reglas generales de la representación legal (arts. 162 y 163 CC); si se trata, en cambio, de incapacidad de hecho – por ejemplo, una persona temporalmente inconsciente –, habrá que acudir a las normas legales sobre suplencia del consentimiento, que ya hemos visto, y, en última instan-

---

<sup>224</sup> J. SEOANE PRADO, "Información clínica", cit., pág. 227 - 254.

cia, a la noción penal de estado de necesidad<sup>225</sup>.

#### A- HUELGAS DE HAMBRE.

El TC ha destacado de manera expresa que la intervención médica forzosa, por los valores humanos que en ella se implican, constituye un tema de excepcional importancia que irradia sus efectos a distintos sectores del ordenamiento jurídico, especialmente al constitucional y al penal, y trasciende del campo de lo jurídico para internarse en el mundo de la axiología, en el que afecta a creencias y sentimientos profundamente arraigados en la conciencia del ser humano, suscitando polémica doctrinal, muy variada y a veces irreconciliable, en la que están en juego concepciones distintas del sentido de la vida humana<sup>226</sup>.

Como ya hemos visto, para nuestro TC<sup>227</sup>, el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho (STC 53/1985<sup>228, 229</sup>).

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida 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 o 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 CE garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente<sup>230</sup>.

Así, la importante SIC de 27 de junio de 1990<sup>231</sup> señala que una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger. Por consiguiente, todo nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración peniten-

<sup>225</sup> L. M. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, "Derecho a la vida y a la integridad física y moral", cit..

<sup>226</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>227</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>228</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Bugué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>229</sup> Ver STC Pleno, S 19-7-1990, n° 137/1990, rec. 397/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: Leguina Villa, Jesús (EDE 1990/7866).

<sup>230</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901); o STC Pleno, S 19-7-1990, n° 137/1990, rec. 397/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: Leguina Villa, Jesús (EDE 1990/7866).

<sup>231</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

ciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el art. 15 CE protege.

Ahora bien, este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se 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. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional<sup>232</sup>.

Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger acudiendo, en último término, a dicho medio coactivo, al menos si se trata de presos declarados en huelga de hambre reivindicativa cuya finalidad no es la pérdida de la vida. Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es "un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional" y "supuesto ontológico sin el que los restantes derechos . no tendrían existencia posible" (STC 53/1985<sup>233 234</sup>).

Por ello, siguiendo esta línea argumental, el TC desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que consideró ajustada a derecho la

asistencia médica a reclusos del GRAPO en huelga de hambre. Según el TC, la asistencia médica obligatoria

<sup>232</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>233</sup> STC Pleno, S 11-4-1985, n° 53/1985, rec. 800/1983, BOE 119/1985, de 18 mayo 1985. Pte: Begué Cantón, Gloria (EDE 1985/53).

<sup>234</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

autorizada por la resolución judicial no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, constituyendo tan sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la CE<sup>235</sup>.

## B.- ESTERILIZACIÓN DE INCAPACES<sup>236</sup>

Al parecer, la problemática generada por la esterilización de enfermos o deficientes psíquicos, por medio de autorización judicial, a solicitud de los representantes legales, se resiste a ser clausurada. Así lo indican tanto los hechos recientes, como la vigencia del debate doctrinal en torno a la reforma penal del año 1995, porque si bien el nuevo art. 156 del CP vigente supera las críticas que se habían hecho al anterior art. 428, en relación con la sustitución del consentimiento del incapaz por el de sus representantes legales, la formulación normativa actual sigue siendo controvertida<sup>237</sup>.

El TC, respecto el art. 428 del anterior CP<sup>238</sup>, estudió la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de la LO 21 junio 1989, en la parte de la misma en la que se autoriza la esterilización de los declarados incapaces mediante consentimiento de sus representantes legales. El TC consideró que dicha disposición no vulneraba los derechos a la vida y a la integridad física, siempre y cuando existiera solicitud de los representantes legales, y además se acuerde judicialmente. Además "Ia deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia "grave" y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya

<sup>235</sup> STC Pleno, S 19-7-1990, n° 137/1990, rec. 397/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: Leguina Villa, Jesús (EDE 1990/7866); o STC Pleno, S 17-1-1991, n° 11/1991, rec. 1881/1990, BOE 38/1991, de 13 febrero 1991. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1991/383).

<sup>236</sup> Cfr., E. M. SUÁREZ BARRERA, "Constitucionalidad de la impunidad de la esterilización de deficientes psíquicos. La Sentencia 215/1994, un caso difícil", en Sentencias de TSJ y AP Y otros Tribunales, Vol. V, pág. 227; I. F. SÁNCHEZ BARRILAO, "La previa autorización judicial a la esterilización de disminuidos psíquicos graves (Sentencia del Tribunal Constitucional 215/1994, de 14 junio)", en Revista General de Derecho, núm. 606, marzo 1995, pág. 1781 ss; o M. GARCÍA ARÁN, "Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos", en Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3, 1995, pág. 683 - 703.

<sup>237</sup> E. M. SUÁREZ BARRERA, "Constitucionalidad de la impunidad de la esterilización de deficientes psíquicos. La Sentencia 215/1994, un caso difícil", cit., pág. 227.

<sup>238</sup> Cfr., J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, "Comentario a la Sentencia de 25 mayo 1995. Derecho a la integridad física y responsabilidad médica: esterilización no consentida, practicada a 10 largo de una intervención quirúrgica acordada entre médico y paciente", en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 39/1995, pág. 1063 ss.

autorización su representante legal promueve"<sup>239</sup>; aunque la opinión de la mayoría disienten tres magistrados, los cuales consideran que no debería haberse despenalizado la esterilización de los incapaces.

En principio, respecto de los disminuidos psíquicos, existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I CE otorga a todos los ciudadanos (art. 49 CE), precepto éste que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 diciembre 1971 ("El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos")<sup>240</sup>.

Lo primero que hay que señalar es que la declaración de incapacitación implica una restricción de la personalidad jurídica, una limitación en la capacidad de obrar, más no conlleva la negación de la dignidad personal de los incapaces. El reconocimiento de la dignidad personal de todo hombre, y por lo tanto también de los incapaces psíquicos, fundamento del orden político y constitucional (art. 10 CE), va más allá de los procesos neurológicos o la más o menos desarrollada capacidad intelectual, dando primacía a la condición personal sobre la patrimonial<sup>241</sup>.

Es indudable que la esterilización cuya autorización contempla la norma, en cuanto no puede existir el ejercicio de una voluntad propia, al derecho fundamental a la integridad física que consagra el art. 15 CE a los deficientes psíquicos concernidos por aquélla, puesto que se trata de una intervención corporal, resuelta y practicada sin su consentimiento, ablativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva, por tanto, del ejercicio de su libertad de procreación, que se deriva del libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10.1 CE<sup>242</sup>.

Señala el TC<sup>243</sup> que mediante el derecho a la integri-

<sup>239</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

<sup>240</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

<sup>241</sup> E. M. SUÁREZ BARRERA, "Constitucionalidad de la impunidad de la esterilización de deficientes psíquicos. La Sentencia 215/1994, un caso difícil", cit.

<sup>242</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

<sup>243</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

dad física y moral "se 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" (STC 120/90<sup>244</sup>). Este consentimiento, empero, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez. El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de "disminución de la integridad" de las personas como es la esterilización. Esta, así, nunca sería admisible, toda vez que no cabe su aceptación por el sujeto al que habría de afectar. Mas tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico -y sobre todo una intervención quirúrgica ablativa-indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines.

El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña<sup>245</sup>.

Por ello, el TC<sup>246</sup> considera que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el art. 39.3 CE y que son explicitadas en los deberes y facultades que el CC (art. 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. De ahí que el deber

<sup>244</sup> STC Pleno, S 27-6-1990, n° 120/1990, rec. 443/1990, BOE 181/1990, de 30 julio 1990. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1990/6901).

<sup>245</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

<sup>246</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, rec. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 1994/10563).

constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (art. 39.3 CE), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1 CE), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 CE), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines:

a) Lo primero -la justificación- porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10,1 CE) y a su integridad moral (art. 15,1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por si mismo los deberes (art. 39.3 CE) inherentes a tales situaciones.

b) Cuestión distinta es que la disposición controvertida, autorizante de una limitación del derecho fundamental a la integridad física y por ello precisada de la justificación ya examinada, sea además lícita desde la vertiente de su proporcionalidad, es decir, que la intervención corporal prevista sea necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entrañe otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible (como ocurre en un alto porcentaje en el caso de la ligadura de trompas que es el supuesto al que se refiere el auto de planteamiento), de sus potencialidades genésicas.

Si los fines son legítimos no puede tacharse de desproporcionada una medida que, como la esterilización, es la más segura para alcanzar el resultado que se pretende. A otras medidas posibles se refiere el auto y de ellas nos ocuparemos en el fundamento siguiente. Ahora nos basta señalar que, en razón de la mayor seguridad del resultado,

la medida cuestionada no es desproporcionada con la finalidad a la que responde<sup>247</sup>.

En la actualidad, el art. 156 del CP considera que el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio recto el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup> STC Pleno, S 14-7-1994, n° 215/1994, cee. 1415/92, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994. Pte: García-Mon y González-Reguera, Fernando (EDE 1994/10563).

<sup>248</sup> Vid., A. JUANES PECES, "El consentimiento informado", en Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal, La responsabilidad jurídica del personal sanitario, vol. 11, 2002, pág. 625.

Así, el art. 156 excepciona el principio general de atenuación punitiva en los delitos de lesiones cuando media consentimiento válido, libre, espontáneo y expreso del ofendido. Es decir: que la mencionada disposición exime de responsabilidad en los supuestos de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, siempre que el consentimiento esté libre de vicios y haya sido otorgado sin precio o recompensa por una persona mayor de edad y capaz<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> E. M. SUÁREZ BARRERA, "Constitucionalidad de la impunidad de la esterilización de deficientes psíquicos. La Sentencia 215/1994, un caso difícil", *cit.*, pág. 227.

