

Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del siglo XXI

MARÍA JOSÉ PAREJO GUZMÁN



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



Consentimiento informado
y autonomía del paciente:
su aplicación en el ocaso de la vida
en la España y Europa del siglo XXI

María José Parejo Guzmán

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie CULTURA LAICA, núm. 14

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Diseño de interiores

Iván Escoto Mora
*Cuidado de la edición y
formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

María José Parejo Guzmán

Consentimiento informado
y autonomía del paciente:
su aplicación en el ocaso
de la vida en la España
y Europa del siglo XXI



*Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas*

PEDRO SALAZAR UGARTE
PAULINE CAPDEVIELLE

*Coordinadores
de la Colección Cultura Laica*

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2015-63640-P: INTEGRA2. Claves Jurídicas: Derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social, 2016-2018.

Primera edición: 9 de abril de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-0234-9

*A mis hijos, José Manuel, Fernando
y Nicolás*

*A ti Delfín, por aparecer en mi vida y por
hacerla tan especial*

Os quiero con toda mi alma

Contenido

Introducción	XI
CAPÍTULO PRIMERO	
CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN	1
1. Ley General de Sanidad y Códigos Deontológicos	2
2. La teoría o doctrina del consentimiento informado: pe- tición expresa, seria e inequívoca de la víctima	10
3. El principio de autodeterminación	47
CAPÍTULO SEGUNDO	
DERECHO A LA LIBRE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA HUMANA	93
CAPÍTULO TERCERO	
LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MÉDICOS	115
1. Consideraciones introductorias sobre el derecho a la ob- jeción de conciencia	118

X/ Contenido

2. La objeción de conciencia a tratamientos médicos y al uso de determinados medios terapéuticos.	128
Conclusiones.	147
Bibliografía	157

Introducción

La discusión en las sociedades contemporáneas en torno a la eutanasia tiene en la actualidad una intensidad creciente. Las disputas doctrinales, y de otro tipo, sobre las diferentes dimensiones de la cuestión están motivadas, y condicionadas, por diversos factores. Posiblemente, es complicado ofrecer un repertorio completo de todos ellos, entre otras cosas porque en dichas discusiones se entrecruzan razonamientos y planteamientos de muy diferente tipo. En efecto, se puede reconocer fácilmente la presencia de dimensiones religiosas, morales, políticas, jurídicas, médicas, antropológicas, entre otras.¹

Ciertamente, la temática de la eutanasia está impregnada de prejuicios religiosos y morales, que dificultan una aproximación objetiva y racional a la misma. Lo que se pretende con esta investigación es, precisamente, que estos prejuicios no dificulten una solución jurídica del problema que sea coherente con el postulado

¹ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, "Introducción", en Ansuátegui Roig, Francisco Javier (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 1999.

XII / Introducción

básico de que el ser humano, dentro de su propio ámbito de competencias, es el único responsable para organizar su vida y, por tanto, también su propia muerte, legitimando la intervención de terceros, sea ésta como una mera forma de participación, o sea, incluso, como una contribución ejecutiva a la muerte del “suicida”. Se trata, en definitiva, de un estudio cuyo intento es el de ayudar a reflexionar mejor y el de cooperar a la claridad de un debate, crispado a veces, que a todos interesa y en el que no siempre todos, Códigos Penales y otras normas jurídicas incluidas, como se intentará poner de manifiesto, han participado con la necesaria dosis de racionalidad.

En este estudio se pretende mostrar cómo se encuentran actualmente la doctrina y la jurisprudencia así como la opinión pública (fuertemente impulsada por ciertas asociaciones) en España y en Europa, en base al estudio de las diversas leyes, proyectos y movimientos respecto a la eutanasia y el suicidio asistido. El alcance de esta investigación se centrará en el estudio más en concreto de una de las figuras del final de la vida, la eutanasia (aunque lógicamente se tendrá que hacer referencia a otra figura afin a ella, la cual es la del suicidio asistido, que aún no se ha deslindado por completo de la eutanasia en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos), desde un punto de vista eminentemente jurídico. Este desarrollo girará en torno a una pregunta ineludible ya en nuestra sociedad: ¿tenemos derecho a una muerte digna?

La autora Sofía Román ha realizado recientemente una reflexión sobre el derecho a la disposición de la propia vida y mantiene que este derecho tiene una regulación en sentido positivo pero no es, como tal, un derecho fundamental de la persona y, por lo tanto, no se le puede obligar al Estado a participar en la decisión relativa a la disposición de la propia vida por encima de su posición de garante; sin embargo, cabe destacar que está muy relacionado con el derecho la libertad de decisión sobre la vida. En este sentido, podría mantenerse que el derecho a la libre disposición de la vida es un derecho “cuasi-fundamental” que se

Introducción / XIII

basa en “el derecho a la máxima libertad en el ejercicio del derecho de disponibilidad de la propia vida de su titular”.²

Si bien las interpretaciones sobre la disponibilidad de la propia vida son diversas, la autora mencionada, considerando la postura de Tomás Valiente Lanuza, mantiene literalmente lo siguiente: “No existe un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y amparado como tal a la disponibilidad de la propia vida, sino que tal disponibilidad debe radicarse en el ámbito de la libertad general de actuar garantizada por el Art. 10.1 de la CE. La cuestión por tanto, es la disponibilidad en libertad de la vida humana”.³

Cabe destacar que numerosos autores, entre los que destacan Díez Aranda, Carbonel Mateu y Valle Muñiz, mantienen que existe un derecho constitucional a la disponibilidad de la propia vida por su titular y tiene el rango de fundamental personalísimo. En este sentido, su ejercicio corresponde única y exclusivamente a su titular. Estos autores sostienen que el suicidio puede encuadrarse dentro de las libertades humanas, sin embargo, la implicación de terceros en el mismo mediante inducción, auxilio o privación, constituyen un grave impedimento al libre ejercicio de la autodeterminación de la vida.

Esta última interpretación nos da dos claves fundamentalísimas para nuestro trabajo. En primer lugar, respecto a la autodeterminación y el principio de autonomía del paciente, que se verá reflejada, en particular, en la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre),⁴ la cual se analizará sobre todo en lo relativo al consentimiento informado y su artículo 11, sobre instruc-

² Roman Llamosí, S., “Suicidio: Inducción auxilio; cooperación y eutanasia. Supuestos controvertidos: Huelga hambre y testigos Jehova”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 133, junio de 2015, disponible en: <http://vlex.com/vid/suicidio-induccion-auxilio-cooperacion-575807915>, consultado el 13 de junio de 2016, p. 4.

³ *Ibidem*, p. 8.

⁴ Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre),

XIV / Introducción

ciones previas. Y, en segundo lugar, esta interpretación indica la forma en la que en los actos en los que se pone fin a la vida —especialmente en los actos de eutanasia y suicidio asistido— están implicados los terceros así como la responsabilidad legal de los mismos, lo cual se muestra en el artículo 143 de nuestro Código Penal que también se analizará. Respecto a estas dos figuras mencionadas (las más importantes y afines de las que se encuentran en la problemática de la disposición de la vida humana) encontramos el título I del libro II del Código Penal, “Del homicidio y sus formas”. Dentro de los artículos de este libro, cabe destacar, para la finalidad de este trabajo, el artículo 143, donde se estima la impunidad del agente que comete su propio suicidio y la punibilidad de terceros, y es que si bien la causación de la propia muerte es impune, por motivos de política criminal (no es un acto antijurídico), no sucede lo mismo con la participación que pueda tener un tercero, donde, como se verá, el legislador ha optado porque el consentimiento de la víctima carezca de carácter justificador, siendo por tanto conducta ilícita, merecedora de reproche penal. De entre los supuestos recogidos por el artículo 143 del Código Penal, nos interesa especialmente al que parece referirse su apartado 4, a partir del cual cabe reflexionar sobre la eutanasia que es la figura que nos interesa en este trabajo. De hecho, en España, la regulación jurídico-positiva, vigente en la actualidad, directamente relacionada con la eutanasia, se circunscribe a la existencia de ese apartado 4 en el artículo 143, correspondiente al actual Código Penal español de 1995,⁵ el cual se analizará posteriormente con detenimiento.

Al estudio de estas cuestiones, y de esta figura en concreto, se dedican las denominadas “Ciencias de la vida”, novedosa e interesante línea de investigación en la cual, en la segunda mitad del siglo XX, hemos podido ser testigos de los más espectaculares

última modificación 15 octubre de 2015, disponible en: <http://vlex.com/vid/autonomia-paciente-obligaciones-clinica-56512435>, consultado el 13 junio de 2016.

⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995.

Introducción / **XV**

avances en el campo de la bioética y la biotecnología. La experiencia ha provocado una cierta perplejidad entre los propios investigadores y profesionales de las ciencias de la vida, pues a los dilemas éticos de la medicina tradicional se han añadido nuevas experiencias que colocan al profesional en situaciones límite que demandan urgentes soluciones éticas. La aparición de una nueva ciencia, que ha pretendido tender un puente entre las ciencias de la vida y la ética, y su extraordinario auge, explican la necesidad, así como la urgencia, de un replanteamiento de la ética médica tradicional para abordar los nuevos problemas biotecnológicos y la nueva mentalidad social. La Bioética es esa nueva ciencia continuadora de la ética médica tradicional desde perspectivas nuevas y más amplias, la cual ha permitido ofrecer planteamientos y propuestas superadoras de las viejas soluciones de la ética médica tradicional más acordes con los nuevos avances y la nueva conciencia social. Este despertar ético viene a coincidir con otra inquietud paralela, que pretende otorgar a la conciencia un papel relevante en el ámbito del derecho, cuestionando la exigibilidad de ciertos deberes legales frente al imperativo de la conciencia. Ambos movimientos confluyen en un campo interdisciplinar denominado “objeción de conciencia sanitaria”, que abarca tanto las objeciones de conciencia de los pacientes a ciertos tratamientos médicos como las objeciones de conciencia de los profesionales a la realización de experimentos o tratamientos contrarios a sus convicciones éticas. Todo esto resulta de suma importancia en el trabajo, en el cual se va a poner de relieve la fundamentación ética del derecho, como anclaje de las leyes positivas. A lo largo del mismo, ésta será una máxima importantísima, sobre todo en su primera parte, como seguidamente veremos.

Con todas estas premisas sobre la mesa vamos a afrontar la problemática jurídica actual de la eutanasia, desde la perspectiva del ejercicio del derecho a la libre disposición, para dar una propuesta de solución jurídica a las múltiples cuestiones que se ven afectadas por dicha figura. Esas “múltiples cuestiones” a que nos

XVI / Introducción

referimos, que se ven afectadas por tal figura, son: el consentimiento informado, el principio de autonomía o de autodeterminación, el derecho a la libre disposición sobre la vida humana, y la objeción de conciencia a tratamientos médicos como las más importantes. Y todo ello lo analizaremos, aunque sea sucintamente y no podamos hacerlo con más profundidad como sería nuestro deseo por problemas de extensión, en la España y en la Europa del presente siglo XXI, haciendo referencia a la actual legislación española y europea relacionada con la práctica de la eutanasia, a la posición de la doctrina más relevante sobre el tema en España y los países europeos que más han estudiado estas cuestiones, y también a las posturas que han venido mostrando los tribunales superiores españoles y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación a todo ello.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN

Para comprender las posibilidades respecto a la regulación de la eutanasia en España y en cualquier otro país hemos de remitir necesariamente al principio de autonomía del paciente el cual está relacionado con el derecho a la libre disposición del propio cuerpo.

Este principio hará una aparición hegemónica en la legalidad española en los primeros años del nuevo milenio, cuando España ratificó el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, conocido como “Convenio de Oviedo”, el cual fue el gran impulso para que dos años después se aprobase la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones. Esta ley es esencial para comprender el paso que con el comienzo del siglo se produjo desde un comportamiento paternalista por parte de los médicos a la consideración de la importancia de la autonomía del paciente en la práctica médica. En la actualidad nos encontramos ante una autonomía del paciente de cada vez mayor importancia; el paciente cobra un margen ampliado de decisión en base al principio de autonomía y al derecho que podríamos denominar “casi-fundamental” de la libre disposición de la propia vida.

La legislación y la jurisprudencia han configurado el tratamiento médico como un derecho del paciente al que corresponde la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención qui-

2 / María José Parejo Guzmán

rúrgica. En esta línea también es evidente que resulta imprescindible para la formación de su correcta voluntad, y para la validez de la petición del enfermo en las acciones eutanásicas,¹ el requisito de la correcta y completa información del paciente. Se habla así de un derecho a la información del paciente y de un deber de informar del facultativo,² junto al consentimiento del paciente.

1. Ley General de Sanidad y Códigos Deontológicos

Para empezar, vamos a observar estas cuestiones en este momento dentro del marco normativo de la Ley General de Sanidad española y de los Códigos Deontológicos médicos, aunque somos plenamente conscientes del distinto valor jurídico que un texto

¹ Es tal la importancia del requisito de la "correcta" y "completa" información del paciente que, en Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, "El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)", *Revista Jurídica Galega*, Pontevedra, 1999, pp. 16 y 17, puede leerse: "Tan trascendental y relevante resulta que el médico cuente con el 'consentimiento informado' de su paciente que este requisito se ha convertido en una de las piedras angulares de la doctrina y de choque en la práctica forense en la mayor parte de los litigios que sobre negligencia médica se producen en los EE.UU."; como nos recuerda Gustavo López-Muñoz y Larraz en *Defensas en las negligencias médicas*, Madrid, Dykinson, 1991, p. 71. Véase también Sánchez Jiménez, Enrique, *La eutanasia ante la moral y el derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999, p. 157.

² En Corcoy Bidasolo, Mirentxu, "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en Cerezo Mir *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torio López, Granada, Editorial Comares, 1999, pp. 261-283, puede leerse: "El derecho a la información es un derecho fundamental puesto que su incumplimiento deja vacíos de contenido a los demás; por consiguiente, este derecho del paciente se corresponde con un deber del facultativo de informar. No cabe consentir sobre algo que se desconoce de forma parcial o desfigurada. El deber de informar está vinculado a la problemática del consentimiento y al de la terapia. El consentimiento sólo es válido si el paciente está debidamente informado; en consecuencia hay que determinar el objeto y alcance de la información que el facultativo debe ofrecer al paciente". *Cfr.* también Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 66; Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, Editorial Colex, 1997, p. 20; y Viana Conde, Antonio y De Sas Fojon, Anton, "El consentimiento informado del enfermo", *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 2, 1996, pp. 1330-1338.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 3

y otros tienen, por lo que daremos mayor trascendencia a la Ley General de Sanidad, tratando a los Códigos Deontológicos como normas programáticas pero vinculantes para los médicos.

A. *La Ley General de Sanidad-Ley 14/1986 de 25 de abril de 1986*

El derecho a la información de los enfermos ha sido subrayado, entre otros textos legales, por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad,³ que dispone: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento".⁴

En relación con este artículo de la Ley General de Sanidad, resulta de importancia señalar las propuestas de reforma de la legislación sanitaria, que fueron llevadas a cabo por el Grupo de Estudios de Política Criminal,⁵ en sus documentos elaborados y aprobados en las tres reuniones habidas, desde noviembre de

³ Ley 14/1986, de 25 de abril, BOE 101/1986, de 29 de abril de 1986.

⁴ Cfr. López Ortega, Juan José, "Consentimiento informado y límites a la intervención médica", en Ansuátegui Roig, Francisco Javier (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999, pp. 59-69: "...La Ley General de Sanidad es clara al reconocer el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso... El médico debe informar al paciente sobre los medios y el fin del tratamiento...".

⁵ El Grupo de Estudios de Política Criminal está integrado por un amplio número de catedráticos y profesores titulares de derecho penal, magistrados, jueces y miembros del Ministerio Fiscal que, a partir de una primera reunión fundacional en la Universidad de Málaga en noviembre de 1989, y con motivo de la aprobación de un manifiesto inicial, por una nueva política criminal sobre la droga, decidieron constituirse en grupo permanente de trabajo. Su pretensión es desarrollar y formular desde una perspectiva progresista propuestas político-criminales relativas a ámbitos sociales especialmente problemáticos. Véase su declaración programática en Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Madrid, Tirant lo Blanch, pp. 20 y ss., 69 y ss.

4 / María José Parejo Guzmán

1991 a febrero de 1993, en la Universidad Complutense de Madrid, en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Alicante, y que proponían modificar este artículo 10 de la Ley General de Sanidad con la intención de que se tuviese más en cuenta, entre otras cosas, la relevancia del consentimiento del paciente. Más concretamente, se proponía modificar la Ley General de Sanidad en el sentido de introducir, en su artículo 10, una nueva redacción que estableciera que todo paciente tiene derecho a la previa elección de tratamiento, en función de las opciones que presente el responsable médico de su caso. Es decir, que estableciera que todo paciente tiene el derecho:

A la previa elección de tratamiento entre las opciones que presente el responsable médico de su caso, en los siguientes términos: a) Todo tratamiento médicamente indicado precisará del consentimiento previo informado, libre y no obtenido por precio o recompensa del paciente o, en su caso, de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas, salvo imposibilidad de averiguación de la voluntad de aquel o éstos, o supuestos de riesgo para la salud pública. b) El consentimiento exige la capacidad de la persona para consentir, la cual se dará en todo aquel que tenga capacidad natural de juicio para comprender, una vez informado, el sentido y trascendencia de su resolución y para decidir en consecuencia. c) El consentimiento del paciente deberá ser expreso y por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicamente a partir del consentimiento verbal o tácito del paciente sumariamente informado. d) En caso de incapacidad o imposibilidad de manifestación de la voluntad del paciente de modo permanente, o de modo transitorio pero sin que proceda médicamente una demora del tratamiento, el derecho a consentir corresponderá a los representantes legales, familiares o personas a él allegadas en el orden legalmente previsto, quienes deberán expresarlo por escrito, si bien en casos de urgencia por riesgo vital o de lesiones irreversibles se podrá intervenir médicamente a partir del consentimiento verbal o tácito de los citados representantes legales, familiares o per-

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 5

sonas a él allegadas sumariamente informadas. e) En su defecto habrá que atenerse a la voluntad presunta del paciente habitualmente capaz, la cual resultará igualmente determinante cuando la decisión de sus representantes legales, familiares o personas a él allegadas sea claramente contraria a ella. f) Todo consentimiento a un tratamiento podrá ser revocado, en cualquier momento, por su otorgante y, en todo caso, por el paciente capaz.⁶

El artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, por su parte, establece que:

Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Una lectura detallada de este precepto lleva a observar un conjunto de cuestiones interesantes para el objeto de nuestra investigación:

En primer lugar, que el consentimiento del paciente reviste una importancia insustituible, en cuanto que la fuente normativa ha configurado el tratamiento médico como un derecho de aquél al que corresponde, como señala literalmente este precepto, “la

⁶ Del Rosal Blasco, Bernardo, “El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España”, en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 43-72, señala, respecto de estas propuestas de reforma, literalmente: “...mi posición se adhiere, fundamentalmente, a las propuestas que, en fechas recientes, ha llevado a cabo el Grupo de Estudios de Política Criminal...”

6 / María José Parejo Guzmán

libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención”.⁷ No obstante, cabe realizar una matización por lo que respecta a la redacción de esta parte del precepto, en concreto cuando expresamente se menciona que el previo consentimiento del usuario debe constar por escrito, ya que —en opinión— de una parte importante de los autores de la doctrina española y europea, bastará con la mera manifestación oral.⁸

En segundo lugar, que en este precepto se reúnen los que se podrían denominar casos de tratamiento obligatorio o, conforme a la opinión dominante, de estado de necesidad, que serían: cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; cuando no se esté capacitado para tomar decisiones; y por último, cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Y, finalmente, que en el enunciado de este segundo supuesto de tratamiento obligatorio, se denota una expresión imprecisa al establecerse que se puede prescindir del consentimiento del usuario “Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas”. Únicamente señalar a este respecto que la norma, además de una enorme indeterminación en los conceptos utilizados, permite el absurdo de que un familiar de cualquier grado, el cual incluso puede carecer de relación alguna con el incapaz, consienta la intervención sin contar con el asentimiento del representante legal, o incluso en contra del mismo, y, quizá,

⁷ Podría señalarse incluso que, como ha escrito López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59–69: “La Ley 14/1986 General de Sanidad, también ha invertido la tendencia tradicional en nuestro ordenamiento consagrando, como regla general, el principio del consentimiento del paciente”.

⁸ Cfr. Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; Roxin, Claus *et al.*, *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Editorial Comares, 2001, p. 173; y Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 55.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 7

en contra de la propia voluntad del paciente.⁹ Por esto es nuestra opinión que el legislador hubiera estado más acertado si hubiese optado por una solución de signo técnico, en el sentido de que, en este caso, el derecho a tomar la decisión corresponderá al criterio médico objetivo de un comité de expertos y especialistas de la medicina, en aras de una mayor seguridad jurídica y mayores garantías,¹⁰ siempre que no exista aparición de un representante legal de la familia más próximo, en cuyo caso deberá resolver el juez. Se pronuncia en nuestra línea de opinión Mirentxu Corcoy Bidasolo señalando:

En los supuestos de pacientes incapaces se ha de tratar de sustituir su consentimiento por el de otras personas, pero no puede dejarse la decisión sobre la terapia a utilizar al libre arbitrio de un facultativo, como creo que tampoco debe dejarse, en el sentido establecido por la Ley General de Sanidad, a la decisión de la familia o del representante legal. En estos supuestos pienso que adquieren una especial relevancia los comités éticos, que, oídos los familiares y el facultativo, deberán decidir sobre la terapia indicada, junto a la adopción de terapias ya asentadas en la comunidad científica y no especialmente agresivas.

La única diferencia está en que esta autora habla de “comités éticos” mientras que, a nuestro entender, sería preferible hablar de “comités médicos”.

⁹ En este sentido, en Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, cit., p. 35, puede leerse: “En suma, resulta necesario limitar las facultades de intervención ajenas, para obviar que un tercero, contra la voluntad del titular, decida por éste qué riesgos ha de asumir o a qué bienes ha de renunciar. Como señala Bueno Arús (Bueno Arús, F., “El consentimiento del paciente”, en Martínez Calcerrada, Luis (dir.), *Derecho médico*, Madrid, Tecnos, 1986, t. I, “Derecho médico general y especial”, pp. 273-296) ‘nadie puede dar (o renunciar a) lo que no tiene’. Podría afirmarse que expropiar una decisión tan personalísima equivaldría a la ‘cosificación’ del hombre, lo que resulta de todo punto inadmisibles”.

¹⁰ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, cit., pp. 261-283.

8 / María José Parejo Guzmán

Muy relacionado con los casos de tratamiento obligatorio, se encuentra el apartado 9 del mismo artículo de la Ley General de Sanidad, referente a la negativa o al rechazo, por parte del paciente o enfermo, de un tratamiento médico. El rechazo del tratamiento médico, acto de voluntad como el consentimiento¹¹ y, en el ámbito hospitalario, comporta el deber de solicitar y firmar el alta voluntaria.¹² El precepto que ahora nos ocupa (“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente”), únicamente excluye expresamente el derecho del paciente a rechazar o negarse a un tratamiento en los casos de tratamiento obligatorio o, conforme a la opinión dominante, de estado de necesidad, que indicábamos anteriormente que muestra el artículo 10.6.

B. Códigos de ética y deontología médica

Por lo que respecta al segundo de los planos, baste con señalar que el derecho a la información de los enfermos también ha sido subrayado por el Código de Deontología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos de España, de 21 de mayo de 1979. En concreto, en su artículo 22 puede leerse que

¹¹ Cfr. Moreno De las Heras, Diego, *Estudio jurídico sobre la eutanasia*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Servicio de Información y publicaciones, 2000, pp. 286-287.

¹² Bueno Arús, Francisco, “El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario”, *Actualidad Penal*, t. II, núm. 31, 1991, nots. marg. 395-406. También puede observarse, a este respecto, lo que señala Rivera Fernández, Manuel, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública*, Valencia, Sedavi, 1997. Este autor, eso sí, debemos señalar que enfoca esta cuestión del rechazo o abandono, por parte del paciente, del tratamiento médico, desde la perspectiva de la responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario en concreto. Véase también Romero Coloma, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Madrid, Montecorvo, 2002, p. 74.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 9

“el médico debe informar las razones de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, si ello le fuere solicitado, siempre de forma que no resulte perjudicial para el enfermo”.

Más recientemente en el tiempo, el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (1999)¹³ se ha referido igualmente al derecho a la información de los enfermos. En este vigente Código, de 1999, son muchos los artículos que hacen referencia al derecho a la información de los enfermos, así, por ejemplo, puede observarse que se señala, en su artículo 9: “2. El médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa”; en su artículo 10:

1. Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Respetará la decisión del paciente de no ser informado y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin.
2. Un elemento esencial de la información debida al paciente es darle a conocer la identidad del médico que en cada momento le está atendiendo...
4. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas;

¹³ Respecto de la versión anterior de este Código de Ética y Deontología Médica (de 1990), ya obsoleto (por lo que no nos detendremos en el análisis exhaustivo de su articulado) y vigente hasta la entrada en vigor del nuevo, de 1999, al que ahora nos referimos, hemos estudiado, principalmente, Herranz Rodríguez, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y deontología médica*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 39-65, 115-120, 126-135, 143-147. Según se explica en Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 52-53: “Esta nueva versión del Código Deontológico de los médicos fue aprobada, en septiembre de 1999, con el voto favorable de todos los miembros de la Asamblea General, excepción hecha de los colegios catalanes, que se abstuvieron, al considerar que el código catalán se halla más en consonancia con los tiempos actuales que el aprobado por la OMC, en lo que al aborto y la eutanasia se refiere”.

10 / María José Parejo Guzmán

y en su artículo 27: “1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aún cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso, el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a éste mismo”.¹⁴

También interesante resulta lo señalado por el artículo 27.2 de este Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial:

2. El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables.

Se observa en el mismo, en primer lugar, una clara y expresa referencia al denominado rechazo del tratamiento vital, en la línea de aceptación de dicho rechazo, respetando así la voluntad del enfermo de, incluso, morir con dignidad, y, en segundo lugar, una implícita aceptación de los testamentos vitales, cuestión que será estudiada con posterioridad.

2. La teoría o doctrina del consentimiento informado: petición expresa, seria e inequívoca de la víctima

No puede quedar aquí una cuestión de tan especial trascendencia para la conceptualización de la eutanasia y de la acción eutanási-

¹⁴ Véase sobre éstos, el estudio de Herranz Rodríguez, Gonzalo, *El Código de Ética y Deontología Médica*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Edicomplet, 2000, unidad didáctica 6 del Plan de Formación en Responsabilidad Legal Profesional.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 11

ca como es la relativa a la voluntariedad. Para estudiar esta figura como merece hay que preguntarse si, para encontrarse ante una eutanasia en sentido estricto, debe mediar, o no, petición o autorización expresa (consentimiento) del paciente o enfermo que es quien la padece, es decir, debe aclararse, con la profundidad y el detenimiento que la materia merece, todo lo referente a la teoría del consentimiento en relación con la acción de la eutanasia.¹⁵

En principio, en el ámbito de las muchas definiciones de la eutanasia que se fundamentan en la autonomía del sujeto al que se le aplica (el enfermo), y teniendo en cuenta la literalidad del artículo 143.4 del Nuevo Código Penal español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), podría afirmarse que la cuestión resulta clara: parece que debería mediar petición expresa para que nos encontremos ante una eutanasia.¹⁶ Para estas definiciones y para el precepto señalado, la concurrencia de la voluntad del enfermo es un elemento “crucial” en la determinación del concepto, pero, no obstante, debe señalarse que “el artículo 143.4 CP es un artículo difícilmente comprensible, impreciso, vago y ambiguo; un artículo que no establece con claridad qué conductas quiere tipificar, qué presupuestos de hecho deben darse o qué pena se desea imponer; un artículo, en fin, farrago-

¹⁵ Véase González-Varas Ibáñez, Alejandro, “Régimen jurídico de los ‘Testamentos vitales’: La protección de los derechos fundamentales a través de estos documentos”, en De la Hera, Alberto, *et al.* (coord.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas*, Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Asuntos Religiosos, 2003, pp. 271-355.

¹⁶ En efecto, en Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 171, se señala: “El número 4 del artículo 143 CP sólo es aplicable si media la ‘petición expresa, seria e inequívoca’ de quien resulta en última instancia muerto. De este modo, sólo están dentro de su ámbito de aplicación los supuestos de eutanasia voluntaria, en los que además no basta con el simple acuerdo o conformidad (*Einverständnis*) ni, incluso con cualquier clase de consentimiento en sentido estricto (*Einwilligung*), sino que ha de tratarse de una solicitud personal y reflexiva expresada de forma que no quepan dudas razonables sobre el sentido de la voluntad del sujeto pasivo”. Posteriormente, en p. 174, puede leerse: “Como es obvio, el requisito recién examinado deja formalmente fuera del precepto los supuestos en que la persona afectada por la grave enfermedad no está en condiciones de prestar su consentimiento: menores, incapaces, pacientes comatosos”.

12 / María José Parejo Guzmán

so, mal redactado y excesivamente complejo, que no ayuda nada a despejar las dudas y controversias que plantea la cuestión de la eutanasia".¹⁷ Si bien para muchos la voluntad o el deseo de morir del enfermo se configura o entiende como un elemento especialmente decisivo e imprescindible en lo que se refiere al estudio del concepto de eutanasia, siguiendo a Romeo Casabona también deben ser considerados supuestos eutanásicos aquellos en los que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos,¹⁸ es decir, aquellos supuestos practicados con pacientes que no pueden expresar su voluntad, situación ésta cada vez más presente en este tipo de realidades, y que son los supuestos más problemáticos y de mayores discrepancias jurídicas,¹⁹ y a la que, sin duda, también debe darse una respuesta adecuada, en nuestra opinión, de reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos. Por consiguiente, lo que se trata de señalar con todo esto es que la eutanasia que se observa en aquellos supuestos en que el enfermo no puede manifestar su voluntad ni ningún deseo o no tiene una voluntad relevante y en los que no media, por tanto, petición expresa de la víctima para que se lleve a cabo la eutanasia, también debe estar incluida en la definición propiamente dicha de eutanasia y debe ser considerada una eutanasia en sentido estricto. Todo ello convierte al consentimiento en un factor especialmente sensible en relación con la acción de la eutanasia, por lo que su estudio pormenorizado debe ser abordado en este momento, y en concreto la problemática del

¹⁷ Siguiendo literalmente lo señalado en Álvarez Gálvez, Iñigo, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 266 y 267.

¹⁸ Romeo Casabona, Carlos María, "El marco jurídico-penal de la eutanasia en el derecho español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero (II)*, 2o. cuatrimestre, núm. 13, 1987, publicado en 1989, pp. 101 y ss., 189-205; *i.d.*, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 424 y 425.

¹⁹ Cfr. Torio López, Ángel, "Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia", *Estudios penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1991, pp. 219 y ss.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 13

consentimiento informado, y ello partiendo de la importantísima y básica idea de que “El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho, siendo una de las máximas aportaciones del mundo jurídico a la medicina en los últimos siglos”.²⁰

Lo primero que debe ser analizado, por lo que se refiere al consentimiento o a la voluntad del enfermo o paciente en la eutanasia, es cómo el artículo 143.4 del Código Penal español de 1995 (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) exige que el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, en estos supuestos en que parece estar refiriéndose a supuestos eutanásicos, debe actuar respondiendo a una petición expresa, seria e inequívoca de esa persona.²¹ Este es, precisamente, el contenido que se va a pretender clarificar ahora:

²⁰ Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 7. Véase, también, Portero García, Luis, “Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1838, 1 de febrero de 1999, pp. 5-11, con.cr., p. 5; Romero Coloma, Aurelia María, *op. cit.*, pp. 72 y 73; Sánchez González, Ma. Paz, *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; y Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, “Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia”, *Suplemento Humana lura de Derechos Humanos. Persona y Derecho*, núm. 10, 2000, pp. 111-141.

²¹ Véase cómo en Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 171, se señala: “El número 4 del artículo 143 CP sólo es aplicable si media la ‘petición expresa, seria e inequívoca’ de quien resulta en última instancia muerto”. En Valle Muñiz, José Manuel, “Libro II: título I (Art. 143)”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.) y Morales Prats, Fermín (coord.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 2a. ed., actualizada, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999, pp. 63-70; puede leerse a este respecto que “La especial atenuación penológica que se prevé para los supuestos que nos ocupan impone, a su vez, determinadas exigencias en el consentimiento del sujeto que ha decidido renunciar a su propia vida. En este sentido, no basta con la anuencia del afectado sino que se precisa su ‘...petición expresa, seria e inequívoca...’. Por tanto, además de los requisitos generales que ya vimos sobre la capacidad del suicida para dotar de validez a su consentimiento, habrá de probarse la petición expresa, seria e inequívoca”. Por su parte, Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, p. 115, señala: “Para que pueda apreciarse el tipo privilegiado, junto a las situaciones objetivas referidas con anterioridad debe darse por parte de la víctima no una mera y simple manifestación aunque sea expresa y reflexiva de su voluntad de morir, sino una petición o solicitud ‘expresa, seria e inequívoca’ dirigida a los posibles autores descritos...”. En Muñagorri Laguía, Ignacio, *Eutanasia y Derecho penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1994, colección Cursos, vol. 14, p. 82, también se menciona este extremo.

14 / María José Parejo Guzmán

las exigencias que, según el legislador español, deben observarse en una actividad de este tipo, para que pueda ser considerada eutanasia, en lo que se refiere al consentimiento de la víctima.²²

A. *Petición expresa; carácter expreso: el testamento vital*

1) En primer lugar, se puede afirmar que “resulta claro que el legislador, al utilizar el término ‘petición’, no ha querido considerar bastante el mero consentimiento del sujeto pasivo (desde luego no cuando sea meramente presunto o tácito, pero tampoco cuando sea expreso en la medida en que siga consistiendo en una mera aquiescencia y no en una solicitud...”.²³ Pero también,

²² Cfr. López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59-69; Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, pp. 15 y 16. Respecto de este consentimiento debe señalarse que uno de los primeros textos que imponía a los médicos la necesidad de obtener el consentimiento previo para los actos de experimentación científica, fue el promulgado en Alemania en 1931, bajo el título “Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre”, en cuyo artículo 12 se prohibía la experimentación en los casos en los que no se había obtenido el consentimiento. En Jorge Barreiro, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 5-33, concr., p. 16, puede leerse, respecto de este consentimiento del paciente: “El consentimiento del paciente es necesario para la licitud jurídico-penal de la intervención médico-quirúrgica, pues si se lleva a cabo sin su consentimiento o en contra de su voluntad estaremos ante un tratamiento médico arbitrario, que es constitutivo de un delito contra la libertad personal, y concretamente, en nuestro Derecho positivo, puede dar lugar a un delito de coacciones (artículo 496 del C.P.). El consentimiento del paciente tiene relevancia jurídica en este ámbito en cuanto su concurrencia convierte en atípica la eventual conducta del médico contra la libertad personal de aquél”. Cfr. también, Moreno De las Heras, Diego, *op. cit.*, p. 282; así como Marín Gámez, José Ángel, “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del Derecho Constitucional a la vida”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 18, núm. 54, septiembre-diciembre de 1998, pp. 85-118, concr., pp. 105-107.

²³ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003, pp. 47-60, concr., p. 52, puntualiza, a este respecto: “...ha de recalarse que se está exigiendo una ‘petición’ por parte del paciente; no basta, por tanto, con que éste se muestre de acuerdo con la sugerencia formulada por un tercero (mero consentimiento), sino que tiene que ser él quien formule la solicitud”.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 15

que “La necesidad de que haya petición, por otra parte, es consistente con la exclusión de los casos de inducción”.²⁴ Mientras que por lo que se refiere al carácter expreso de dicha petición, exigido por nuestro legislador, tampoco sería equivocado señalar que “...tal cosa no supone, obviamente, que la misma haya de formularse por escrito, bastando con una manifestación oral... si quedaría claramente excluida, en cambio, toda voluntad tácita o presunta”.²⁵

Ahora bien, respecto a la eficacia del consentimiento tácito o presunto en el ámbito de la medicina, hay que señalar que, mientras que tradicionalmente se le había otorgado eficacia, de forma que el consentimiento tácito era comprendido en el sentido de que el paciente quiere, en todo caso, que el médico haga todo lo que sea posible para mantenerle con vida sin atender a otras clases de razonamientos, los nuevos planteamientos del concepto de salud y de la disponibilidad, al menos relativa, de la vida y la salud por parte de su titular han obligado a replantear la eficacia de este consentimiento tácito o al menos el contenido de ese consentimiento, llegándose a que la presunción sobre la voluntad del paciente de vivir, sean cuales sean las condiciones en que pueda hacerlo, ya no es admisible: así lo reconoce expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995/7910), en que se afirma que “El ‘consentimiento’ que determina la exención de responsabilidad... ha de provenir de un sujeto naturalmente capaz, ser externamente reconocible y, en todo caso, libre”.²⁶

²⁴ Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 172.

²⁵ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La cooperación al suicidio y la eutanasia...*, *cit.* En este mismo sentido, Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 173; y Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 55.

²⁶ En el caso juzgado por esta sentencia, el médico que realizó la esterilización, sin contar con el consentimiento expreso de la paciente, alegaba que pensó que contaba con el consentimiento presunto de la paciente, puesto que “gozaba de la confianza de la paciente y que ello beneficiaba su salud...”. La sentencia, en cambio, hace hincapié en la necesidad e importancia de contar con el consentimiento expreso del paciente, para la

16 / María José Parejo Guzmán

En sede de este requisito, aunque todo parezca gozar de gran claridad, se ha planteado, en cambio, una importante discusión que merece toda nuestra atención. Se trata, en concreto, de saber si al precepto señalado le es o no inherente, aunque no se haga específica mención de esta circunstancia en el mismo, la exigencia de que la petición sea, además de expresa, seria e inequívoca, también actual.²⁷ Más concretamente, nos referimos aquí al debate existente, tanto en la doctrina y jurisprudencia española como en la extranjera, en torno a la validez (a efecto de lo establecido en el artículo 143.4 del Código Penal español de 1995 y en relación a la actividad eutanásica que estamos estudiando) de la voluntad (expresa) de morir, de la que se deje constancia en una declaración escrita, comúnmente conocida como “testamento vital”.²⁸ En efecto, y aunque sea de forma indirecta, nos estamos refiriendo aquí a la tan debatida cuestión de si procede o no incluir en las actividades eutanásicas aquellas en que una persona causa la muerte de quien, previamente, ha dejado expresa e inequívoca constancia documental del deseo serio de que así se haga, cumplidas unas ciertas circunstancias, en el entendido de que en el momento de realizarse la acción típica el enfermo

realización de tratamientos médico-quirúrgicos, no siendo suficiente un consentimiento tácito o presunto.

²⁷ En Díaz Aranda, Enrique, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1995, pp. 191-202, con-cr., p. 196, puede leerse: “Por actual se entiende que el sujeto pasivo exprese su consentimiento en el momento en que el sujeto activo lo priva de la vida”.

²⁸ En Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La cooperación al suicidio y la eutanasia...*, cit., puede leerse: “...término que, como es sabido, suele aplicarse a los documentos en los que un sujeto consigna una serie de instrucciones sobre el tratamiento médico que desea o no recibir en la eventualidad de perder la capacidad para pronunciarse sobre ello por sí mismo”. Véase también sobre estos “testamentos vitales”, Mora Molina, Juan Jesús, “La eutanasia activa y el principio de autodeterminación: el ideal de la ‘buena muerte’ como un tema límite de la filosofía del derecho”, *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, 2003; y Zurita Martín, Isabel y Garrido Valls, Francisco de P., “Consejos legales ante situaciones terminales”, cit., pp. 75-94. Cfr., también con Fibla, Carla, *Debate sobre la eutanasia*, Editorial Planeta, 2000, p. 24.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 17

ha perdido la capacidad para revalidar o no dicha voluntad, así como de que la situación cumple con el resto de requisitos que el precepto prevé respecto de estas actividades.

Partiendo de la base de que, como se indicaba anteriormente, podría decirse que la voluntad o el deseo de morir del enfermo es un elemento especialmente decisivo e imprescindible en lo que se refiere al estudio del concepto de eutanasia, pero que también son supuestos eutanásicos aquellos en los que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos, es decir, aquellos supuestos en que el enfermo no puede manifestar su voluntad ni ningún deseo o no tiene una voluntad relevante, parece claro señalar que en estos casos, en los que además el paciente o enfermo ha dejado previamente expresa e inequívoca constancia documental de su deseo de que terminen con su vida (posteriormente analizaremos qué ocurre con aquellos casos en los que no existe constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida), sin lugar a dudas, dicha voluntad (expresa) de morir de la que se deja constancia con anterioridad al momento de perder la conciencia, en una declaración escrita (testamento vital), debe considerarse totalmente válida.

2) No obstante esto, y siendo conscientes de que en realidad esta cuestión ha resultado muy polémica en la doctrina y jurisprudencia tanto española como extranjera, en este momento únicamente se va a tratar y analizar todo aquello que rodea a esta voluntad (expresa) de morir de la que se deja constancia en ese documento escrito que se ha denominado “testamento vital”.²⁹ En relación a esto, el problema radica en dilucidar si

²⁹ El testamento vital se define en Urraca, S., “Eutanasia, concepto y contexto”, en Urraca Martínez, Salvador (ed.), prólogo de Pedro Lain Entralgo, *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Madrid, Editorial Noesis, 1996, colección Humanidades Médicas, pp. 27-91. Cfr. con lo que se señala en Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 174. En Rojo-Álvarez Manzaneda, Leticia, “El testamento vital en la legislación autonómica”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2003, disponible en: <http://www.iustel.com>, documento en el que se adelanta que “...la figura del testamento vital tiene una posible

18 / María José Parejo Guzmán

puede o no considerarse verdadera voluntad de morir, a efectos de la figura eutanásica, aquella expresada con anterioridad a la pérdida de la conciencia o de la capacidad para adoptar conscientemente decisiones, dado que dicha solicitud se condiciona a la concurrencia de una serie de circunstancias (sufrimientos padecidos en una enfermedad terminal) que el sujeto todavía no experimente cuando deja constancia de su voluntad.

Un sector doctrinal importante, tanto en España como en el extranjero, descarta la eficacia vinculante de estos testamentos vitales señalando, primordialmente, que el sujeto que las formula no se halla, aún, en la situación con respecto a la que ordena que se proceda provocándole la muerte, sin experimentar realmente, por tanto, los presupuestos fácticos de sufrimiento o enfermedad terminal que habrían de servir de base a su decisión. Esta realidad nos la explica Núñez Paz, Miguel Ángel al señalar:

Como en la mayoría de las declaraciones de este tipo, el problema radica en lo ambiguo de los supuestos y en el valor vinculante que se atribuya a una opción realizada en un momento de

relación con la eutanasia pasiva, ya que el paciente dispone qué tratamientos quiere o no que se le suministren". Esta misma autora explica seguidamente que "Es interesante tener en cuenta cómo, a diferencia de la eutanasia en sí, esta figura —testamento vital— es reconocida por la Conferencia Episcopal Española. En respuesta a la nueva ley aprobada por el Parlamento de Cataluña, la Conferencia Episcopal ha publicado en su página web una propuesta de testamento vital (disponible en: <http://www.conferenciaepiscopal.es>, consultado el 12 de febrero de 2013). En este documento lo que se hace, fundamentalmente, es pedir que no se prolongue abusivamente el proceso de muerte, y que no se mantenga con vida a una persona utilizando tratamientos o medios desproporcionados o extraordinarios". En Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*, también se menciona esta figura del testamento vital. *Cfr.* también, cómo Núñez Paz, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 168, señala: "El llamado testamento vital, puede considerarse una declaración de voluntad documentada en la cual una persona dispone cómo quiere que se opere con ella en caso de encontrarse dentro de una situación que expresa relacionada con un proceso eutanásico". Respecto del testamento vital en los Países Bajos, *cfr.* con lo señalando en Vestergaard, Jorn, "Medical Aid in Dying under Danish Law: Mainly Regarding Living Wills and Other Forms of Renouncing Life Prolonging Treatment", *European Journal of Health Law*, vol. 7, 2000, pp. 405-425, *concr.*, en p. 414 y 422.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 19

bienestar y destinada a surtir efecto precisamente cuando —alteradas gravemente las facultades del paciente— puede prevalecer, sobre todo, el instinto de conservación. Por ello, la doctrina dominante valora negativamente tales declaraciones, ya que son inadecuadas en el intento de atribuirse un derecho a rechazar un tratamiento terapéutico para un futuro, determinando como consecuencia la decisión del médico que habría de atenerse a tales declaraciones... La discusión doctrinal radica, sobre todo... en que la situación anímica del declarante cambia cuando se presenta el momento de peligro para su vida, que motivó la firma de la declaración. Por consiguiente, el estado psicológico del declarante no es el mismo que cuando emitió la declaración, lo cual afecta a la validez del consentimiento. La verdad es que la dificultad se establece cuando el paciente se encuentra precisamente en situación de inconsciencia y afecta a la validez del consentimiento ya que, en otro caso, el paciente puede ratificarse o revocar el documento elaborado en el momento en que gozaba de salud... Particularmente en el caso de la producción directa de la muerte (eutanasia activa) ofrecerá dificultades su validez, habida cuenta de que en nuestro derecho se mantiene su prohibición... Todo lo cual no obsta para las consideraciones de lege ferenda a que más adelante se aluda.³⁰

En base a esto, esta parte de la doctrina ha venido señalando que, a lo expresado en los testamentos vitales le correspondería, todo lo más, un valor indicativo de la voluntad del paciente, pero

³⁰ Véase Núñez Paz, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 171-173. También se pronuncia en este mismo sentido, en nuestra opinión de forma equivocada, Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *Eutanasia y vida dependiente. Inconvenientes jurídicos y consecuencias sociales de la despenalización de la eutanasia*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001, pp. 75-78. En este sentido, Quintana Trias, Octavi, "Perspectivas político-legislativas sobre la eutanasia", *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003, pp. 61-66, con cr., p. 66, también indica: "Las voluntades anticipadas plantan muchas dudas respecto a la voluntad real del paciente en el momento de la eutanasia. No parece prudente comenzar una regulación admitiendo las voluntades anticipadas, porque no se puede comprobar la voluntad reiterada del paciente".

20 / María José Parejo Guzmán

nunca un valor *per se* definitivo o vinculante,³¹ cuestionando así la validez de una voluntad manifestada cuando el sujeto no atraviesa todavía la situación extrema a la que se condiciona esta actividad eutanásica.³²

Por su parte, otro sector doctrinal, dentro del cual nos incluimos, se muestra favorable a la aceptación de estos testamentos vitales, considerando que esta clase de reservas frente a la petición previamente expresada no resulta suficiente para negar la validez a la misma. Carmen Tomás-Valiente Lanuza, por ejemplo, señala a este respecto que

...a mi entender, la solicitud previa puede seguir siendo interpretada como una expresión inequívoca de la voluntad del sujeto pasivo, siempre, naturalmente, que las circunstancias a las que la petición se ha condicionado coincidan plenamente con la situación real concurrente en el momento de realizarse la conducta típica solicitada; sólo así se posibilita un cierto respeto a la autodeterminación de personas que, conscientes de que en un determinado momento pueden perder la capacidad de seguir

³¹ Véase en la doctrina española, por ejemplo, Bueno Arús, Francisco, "El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario", *cit.*, nots. marg. 395-406, concr., not. marg. 404; Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, pp. 197 y 202; Martín Gómez, Miguel y Alonso Tejuca, José L., "Aproximación jurídica al problema de la eutanasia", *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 3, 1992, pp. 861-879, concr., pp. 874-875; Queralt Jiménez, Joan J., "La eutanasia: perspectivas actuales y futuras", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fascículo I, enero-abril de 1988, pp. 115-135, concr., p. 129; Zugaldía Espinar, José Miguel, "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero (II)*, 2o. cuatrimestre, núm. 13, 1987, publicado en 1989, pp. 281-299, concr., p. 296; Muñoz Conde, Francisco, "Especial consideración de la eutanasia", *Derecho Penal. Parte especial*, 14a. ed., actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 75-80.

³² En contra de la validez de esta voluntad manifestada cuando el sujeto no atraviesa todavía la situación extrema a la que se condiciona esta actividad eutanásica (testamento vital, en definitiva) están, entre otros, García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 233, nota 299; Núñez Paz, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 429; y Valle Muñoz, José Manuel, "Libro II: Título I (Art. 143)", *cit.*, pp. 63-70.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 21

ejerciendo su autonomía, quieren dejar constancia documental expresa de cómo desean que se proceda respecto a ellas. Únicamente la existencia de indicios fundados que apunten a que la voluntad del sujeto en el momento de realizarse el hecho típico no coincidiría con la anteriormente expresada (lo que en nuestro caso habría de ser valorado por el juzgador) podría bloquear la relevancia de tal solicitud a efectos del Art. 143.4.³³

En este sentido, se puede precisar que

pocas dudas acerca de la validez de la voluntad de morir del afectado han de plantearse cuando se aúna el consentimiento prestado en abstracto, tiempo antes de la situación crítica, y el otorgado en concreto, en el trance de la muerte inminente. De lo que se sigue que el testamento vital no sólo es útil en los casos de material imposibilidad del consentimiento, sino sobre todo en los otros muchos en los que puedan plantearse dudas acerca de la serenidad del paciente en el momento de tomarla decisión. Por otra parte, piénsese que el testamento vital puede perfectamente ser expreso, serio e inequívoco; desde luego, cualquier duda razonable sobre su alcance, contenido o veracidad habrá de convertirlo inmediatamente en papel mojado.³⁴

³³ Cfr. Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La cooperación al suicidio y la eutanasia...*, cit., También a favor de la admisibilidad de esta voluntad del paciente, previamente expresada, en relación con la actividad eutanásica, se muestran, entre otros: González Rus, Juan José, "El tratamiento penal de la eutanasia", en Cobo Del Rosal (dir.), *Curso de derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 1996, t. I, pp. 92-101, concr., p. 97; Díez Ripollés, José Luis, "Comentario al artículo 143 del Código Penal", en Díez Ripollés, J.L. et al., *Comentarios al Código Penal. Parte especial I (títulos I a VI y faltas correspondientes)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 164-266, concr., not. marg. 113 y nota al pie 364; Casado González, María, *La eutanasia, aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Editorial Reus, 1994, pp. 43 y 44; Muñagorri Laguía, Ignacio, *op. cit.*, p. 85; Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., pp. 463-465; Toledano Toledano, Jesús R., *Limites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Barcelona, Atelier Penal, 1999, pp. 208-209; y Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, p. 117.

³⁴ Cfr. Roxin, Claus et al., *op. cit.*, pp. 175 y 176. En esta misma línea de aceptación del testamento vital como algo que puede ser perfectamente expreso, serio e inequívoco,

22 / María José Parejo Guzmán

Profundizando en el estudio del documento llamado testamento vital,³⁵ debe empezar señalándose, para evitar así posibles confusiones terminológicas, que éste ha venido denominándose también, recientemente, documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas (DVA).³⁶

con la precaución de comprobar que el mismo sea sin duda fiel reflejo de la voluntad del paciente, se pronuncia Álvarez Gálvez, Iñigo, *op. cit.*, pp. 123-124.

³⁵ Véase que en González, François, "La eutanasia en Francia: Un problema jurídico y social", en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 155-188, se nos muestra cómo, en Francia, la Asociación por el derecho a morir con dignidad presentó una propuesta, en el Congreso Internacional de Asociaciones por el Derecho a morir con dignidad, que tuvo lugar en Niza del 20 al 23 de septiembre de 1984, la cual fue denominada "testamento biológico". Respecto de dicho testamento, González señala que el mismo, redactado en dos ejemplares y siempre actualizado, establece: "A partir del momento en que ya no esté en condiciones de expresarme y cuando el tratamiento no garantice el restablecimiento normal de mis facultades mentales o psíquicas, rechazo el permanecer con vida a través de medicamentos, técnicas o medios artificiales; deseo que me sean administrados medicamentos para aliviar mis sufrimientos, aunque adelanten la fecha de mi muerte; pido que se utilice la eutanasia (muerte dulce)". Por otra parte, en noticia de *El Diario La Estrella* en su edición de papel, del 14 de diciembre de 2003, puede observarse, cuando se comenta la postura de la Iglesia Católica respecto de la eutanasia y después de explicarnos que la Conferencia Episcopal Española (CEE) suscribe hasta la última coma de la Declaración Sobre la Eutanasia elaborada en 1980 por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del Vaticano y posteriormente aprobada por Juan Pablo II, que "No obstante, la CEE alteró levemente ese inmovilismo en diciembre de 2000, al aprobar su propio modelo de testamento vital, que desaprueba los tratamientos médicos «desproporcionados» para enfermos en «situación crítica»".

³⁶ En Antoni Broggi, Marc, "Las voluntades anticipadas", *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003, pp. 61-70, concr., p. 62, se nos dice sobre éste: "Lo que se ha venido en llamar 'voluntades anticipadas', o 'directrices previas', es una forma de proporcionar al enfermo una oportunidad de llegar a las decisiones clínicas que se tomen el día de mañana, cuando él ya no pueda expresar su voluntad". En el mismo sentido, véase Rojo-Álvarez Manzaneda, Leticia, "El testamento vital en la legislación autonómica", *cit.*, disponible en: www.iustel.com; y Suárez Suárez, Antonia, *Disponibilidad sobre la propia vida y el derecho a morir con dignidad*, disponible en: <http://noticias.juridicas.com> (artículos-doctrinales), febrero de 2000.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 23

MODELO DE DOCUMENTO DE TESTAMENTO VITAL

ASOCIACIÓN DERECHO A MORIR DIGNAMENTE DMD

Inscrita en el Registro del Ministerio del Interior
el 13 de diciembre de 1984 con el n° 57889

NIF G 78599578

DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS / TESTAMENTO VITAL (Manifestación de voluntad sobre el final de mi propia vida)

Yo.....con D.N.I. n°.....mayor de edad, con domicilio en....., en

plenitud de mis facultades, libremente y tras prolongada reflexión, DECLARO:

Que, si llego a encontrarme en una situación en la que no pueda tomar decisiones sobre mi cuidado médico, a consecuencia de mi deterioro físico y/o mental, por encontrarme en uno de los estados clínicos enumerados en el punto 4 de este documento, y si dos médicos independientes coinciden en que mi estado es irreversible, mi voluntad inequívoca es la siguiente:

1. Que no se prolongue mi vida por medios artificiales, tales como técnicas de soporte vital, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial.

2. Que se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo mi malestar, sufrimiento psíquico y dolor físico causados por la enfermedad o por falta de fluidos o alimentación, aún en el caso de que puedan acortar mi vida.

3. Que, si me hallo en un estado particularmente deteriorado, se me administren los fármacos necesarios para acabar definitivamente, y de forma rápida e indolora, con los padecimientos expresados en el punto 2 de este documento.

Los estados clínicos a las que hago mención más arriba son: Daño cerebral severo e irreversible. Tumor maligno diseminado en fase avanzada. Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada, con importante limitación de mi movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento específico si lo hubiere. Demencias preseniles, seniles o similares. Enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores. Otras: (especificar si se desea).....

DATOS DE TESTIGOS Y REPRESENTANTE

TESTIGOS:

1. Nombre.....D.N.I.....Firma.....

2. Nombre.....D.N.I.....Firma.....

3. Nombre.....D.N.I.....Firma.....

Designo como mi REPRESENTANTE para que vigile el cumplimiento de las instrucciones sobre el final de mi vida expresadas en este documento, y tome las decisiones necesarias para tal fin, a:

Nombre.....

D.N.I. Fecha..... Firma.....

2º Representante (sustituto)

Nombre.....

D.N.I. Fecha..... Firma.....

Me reservo el derecho de revocar esta declaración en cualquier momento, en forma oral o escrita.

Lugar.....Fecha.....Firma.....

NOTA: modelo de documento disponible en: www.eutanasia.ws.

24 / María José Parejo Guzmán

En primer término, resulta necesario mencionar, ya que puede ayudar a comprender mejor su sentido, que su antecedente se encuentra en los Estados Unidos, donde han sido numerosos los Estados de la Unión que han promulgado leyes sobre la muerte natural (Natural Death Acts).³⁷ Aunque pudiera opinarse lo contrario, principalmente influidos por la corriente doctrinal anteriormente mencionada que descarta la eficacia vinculante de estos testamentos vitales,³⁸ ya se ha señalado en líneas anteriores que nuestra opinión está en el sentido de la de aquel sector doctrinal que se muestra favorable a la aceptación de los mismos.³⁹ Es más, a nuestro entender, su validez también puede venir asegurada por el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa (el conocido Convenio de Oviedo), vigente en España desde enero de 2000. En el mismo se dispone, en su artículo 9, que “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en disposición de expresar su voluntad”.⁴⁰ A esto

³⁷ Véase Romeo Casabona, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, en Urraca Martínez, Salvador (ed.), prólogo de Pedro Lain Entralgo, *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, Madrid, Editorial Noesis, 1996, colección Humanidades Médicas, pp. 485-488. También Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 461. Resulta significativo observar que en Italia, en cambio, y aunque sea algo con lo que no parecen estar de acuerdo todos los autores italianos que estudian esta cuestión, no se les ha concedido a estos testamentos vitales valor alguno: véase lo señalado en Seminara, Sergio, “La eutanasia en Italia”, en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 77-152.

³⁸ Véase Romeo Casabona, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, cit., pp. 485-488.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Con una fórmula casi literal, puede observarse que señala esto mismo el artículo 27.2 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, de 1999: “2. El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 25

debe añadirse que el 31 de octubre de 2002, el Congreso de los Diputados español aprobó la llamada Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), en la que se regula detenidamente el uso de estos documentos. En concreto, en el artículo 11 de esta ley (El artículo 11 de la citada 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, referente, como ha preferido denominarle esta ley, a las “instrucciones previas”, señala: “1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y 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. 2. 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. 3. 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 razona-

indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”. En Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 127 y 128, puede leerse respecto de este artículo 9 del Convenio del Consejo de Europa: “...el citado artículo obliga a tomar en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

26 / María José Parejo Guzmán

da de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. 5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”) se regulan los denominados documentos de instrucciones previas, con pocos cambios sustanciales pero, eso sí, con algunas pequeñas mejoras. No obstante, se mantiene una confusión en la redacción del mencionado artículo 11 de la Ley 41/2002, cual es la explicitación de que estas instrucciones deben ser hechas por escrito (“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”), confundiendo con ello, lo que sería la directriz previamente expresada, con el documento mismo que pueda contenerla, y yendo en contra de la afirmación, que hacíamos anteriormente, de que el carácter expreso de la petición o consentimiento en las actuaciones médicas “...no supone, obviamente, que la misma haya de formularse por escrito, bastando con una manifestación oral...”⁴¹ A este respecto, debe señalarse que también la Ley General de Sanidad⁴² contiene la misma confusión en su redacción cuando en su artículo 10.6 establece “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso,

⁴¹ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, La cooperación al suicidio y la eutanasia..., *cit.*; Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 173; y Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 55.

⁴² Ley 14/1986, de 25 de abril, BOE 101/1986, de 29 de abril de 1986.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 27

siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto...”. Opinamos, con algún autor de la doctrina europea, que “se produce en la redacción de la Ley una cierta arritmia o desconexión con la realidad práctica, pues estamos ante uno de los pocos casos en los que el derecho va por delante de los hechos, desconociendo la práctica usual de la medicina, por cuanto en la mayoría de las ocasiones el consentimiento se presta de forma oral”⁴³ y que, a nuestro juicio, la forma escrita exigida por la Ley General de Sanidad es una forma *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en que la carga de la prueba corresponde al médico, de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien afirma la carga de la prueba de la prestación, por cuanto de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica, mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo.⁴⁴

De entre las mejoras, la más interesante y relevante es la provocada cuando en el artículo en cuestión se señala “...para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona...”, ya que, teniendo en cuenta la redacción del Consejo de Europa, que señalaba “serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente” (con la que parte de la doctrina ponía en duda aquello que señalábamos anteriormente de que, en nuestra opinión, con la aprobación de este Convenio venía ya asegurada la validez de estos documentos), puede observarse con facilidad que la intención y voluntad del legislador español es, desde este momento, la de aceptar y dotar de plena eficacia vinculante y validez a estos documentos.

Una segunda cuestión igualmente interesante e importante, que deja sentada la Ley 41/2002, viene relacionada con la necesidad de dotar de plena eficacia a todos aquellos documentos

⁴³ Véase Galán Cortés, Julio César, El consentimiento informado del usuario..., *cit.*, p. 36 y 37.

⁴⁴ Así lo explica, detalladamente, Julio César Galán Cortés, *idem*.

28 / María José Parejo Guzmán

de instrucciones previas que hayan sido manifestados y formalizados por los pacientes de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, cuando en el artículo 11 se dispone:

Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Con estas palabras, se reconoce con más claridad y transparencia la validez y eficacia de los testamentos vitales realizados en todo el territorio nacional, siempre que éstos se llevasen a cabo de acuerdo a lo establecido en alguna de las leyes autonómicas que, sobre esta materia, se habían venido promulgando y se seguían promulgando después de esta Ley en todo el territorio nacional español.⁴⁵ Concretamente, a partir del año 2000, los Parlamentos de distintas Comunidades Autónomas del territorio español han ido dictando diversas leyes, que han venido a regular concretamente la materia que estudiamos. Es así que puede afirmarse, incluso, que esta figura del “testamento vital” o “documento de voluntades anticipadas” ha sido regulada y permitida, antes que nada, por distintas Comunidades Autónomas.⁴⁶ De hecho, con la promulgación de la mencionada, Ley Básica Reguladora de la Autonomía

⁴⁵ En efecto, en Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 129, ya se comentaba la necesidad de establecer los cauces y requisitos necesarios para acceder a estos documentos, así como la necesidad de prever la eficacia de los testamentos vitales otorgados al amparo de la norma de una Comunidad Autónoma concreta, regulando su alcance y aplicación a la totalidad del territorio nacional, a fin de que el documento fuera perfectamente válido en todo el Estado español.

⁴⁶ Rojo-Álvarez Manzaneda, Leticia, “El testamento vital en la legislación autonómica”, *cit.*, disponible en: www.iustel.com, señala: “Dicha regulación... presenta diferencias en cada una de las comunidades autónomas, pero todas ellas tienen en común el respeto de

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 29

del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica⁴⁷ que, como acabamos de explicar, también aborda esta cuestión, se ha planteado un interesante problema, en el sentido de que alguna Comunidad Autónoma ha considerado a dicha ley como una invasión en las competencias de las Comunidades Autónomas, decidiendo recurrirla ante el Tribunal Constitucional.⁴⁸

A modo de conclusión, se reitera que con el estudio de la temática del “testamento vital” y de la cuestión de la validez de la voluntad (expresa) de morir, de la que se deja constancia en una declaración escrita comúnmente conocida como “testamento vital”, de conformidad con lo previsto en el artículo 143.4 del Código Penal español de 1995, y en relación a la actividad eutanásica, debe aceptarse y dotarse de plena eficacia vinculante y validez a esa voluntad de morir de la que se deja constancia con anterioridad al momento de perder la conciencia en una declaración escrita.

los valores y derechos de los pacientes. Estamos ante una figura cuya regulación acaba de comenzar, y todavía existen algunas lagunas que se irán paliando con el tiempo”.

⁴⁷ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

⁴⁸ Nos referimos, más concretamente, al hecho de que el Parlamento de Cataluña, a principios de 2003, decidió por mayoría de todos los grupos políticos, a excepción del PP, llevar dicha Ley ante el Tribunal Constitucional. En noticia, tomada de Internet (disponible en: <http://www.eutanasia.ws/dmdNoticias.html>), de 19 de noviembre de 2002, se anunciaba ya: “La nueva ley estatal de ‘voluntades anticipadas’ anulará las autonómicas, lo que provoca el rechazo de los partidarios de lo autonómico”. En dicha noticia puede leerse: “La nueva Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica aprobada recientemente en el Congreso y enviada al Ministerio de Salud para que regule su reglamento, acabará con las leyes de ámbito autonómico. De ahí la abstención de CIU y PNV en su aprobación, al considerarla ‘una invasión de competencias de las comunidades autónomas’. La Generalitat está pensando en recurrirla al Tribunal Constitucional”. En otra noticia sobre esta cuestión, tomada también de Internet (disponible en: <http://www.eutanasia.ws/dmdNoticias.html>), de 28 de febrero de 2003, se anunciaba: “Cataluña recurre al TC la Ley básica de Derechos del Paciente”, y en ella se puede leer que, finalmente, “El Parlamento de Cataluña ha decidido por mayoría de todos los grupos políticos, a excepción del PP, llevar a la Ley 41/2002, básica de Autonomía del Paciente al Tribunal Constitucional. Como ya adelantó *Diario Médico*, la razón fundamental que ha llevado a los grupos catalanes ha sido que el texto que aprobaron las Cortes atribuye carácter básico a toda la ley, en lugar de sólo a algunos artículos”.

30 / María José Parejo Guzmán

3) Una vez estudiado todo lo referente a los documentos del testamento vital, de instrucciones previas o voluntades anticipadas, y volviendo por un momento a recordar lo que se ha señalado anteriormente, consideramos que en aquellos supuestos en los que el paciente o enfermo, en algún momento anterior a la pérdida de conciencia, ha dejado expresa e inequívoca constancia documental de su deseo de que terminen con su vida, dicha voluntad (expresa) debe considerarse, sin duda, totalmente válida; en consecuencia, ha llegado el momento de analizar qué ocurre con aquellos casos en los que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos y, por tanto, el paciente está impedido para expresar su voluntad o deseo alguno, o bien, no tiene una voluntad relevante y los casos en que, además, no existe constancia documental expresa, anterior, de la voluntad del paciente o enfermo terminal de que pongan fin a su vida (es decir, en los que no existe, en definitiva, un testamento vital). Partiendo, para solucionar esta problemática, de lo que ya se ha señalado en el sentido de que también son supuestos eutanásicos aquellos en los que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos, es decir, aquellos supuestos en que el enfermo no puede manifestar su voluntad ni ningún deseo o no tiene una voluntad relevante, debe señalarse —en nuestra opinión— que estos supuestos, en los que además no existe el testamento vital del paciente, deberían solucionarse atendiendo a la cualificada decisión que tome, para cada caso concreto, un comité de expertos y especialistas de la medicina,⁴⁹ porque consideramos que sólo así se estaría dotando a la eutanasia de las condiciones especiales de garantía y de seguridad jurídica necesarias, como tantas veces antes se ha mencionado.⁵⁰ Somos conscientes de que podría

⁴⁹ Ya en 1990, Francisco A. Cabello Mohedano, José Manuel García Gil y Agustín Viqueira Turnez se empezaban a pronunciar en este sentido. *Cfr.* Cabello Mohedano, Francisco A. *et al.*, *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1990, pp. 78 y 79.

⁵⁰ Recordemos que, en apoyo de esta teoría, podía leerse De Esteban, Jorge y González-Trevijano, Pedro J., "El derecho a la vida", *Curso de Derecho Constitucional Español*, Ma-

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 31

objetarse a esta posición que, la toma de decisión sobre dicha acción no puede corresponder a un comité de expertos, ya que decidir sobre la vida o la muerte es siempre una resolución personalísima y no puede dejarse en manos de terceras personas, es decir que, si bien el comité sería el encargado de llevar a cabo la acción, no podría corresponderle el derecho de tomar la decisión en lugar del paciente, sin embargo, frente a esta objeción habría que considerar que, en aquellos supuestos en que un enfermo terminal, en estado de inconsciencia irreversible, el cual no puede manifestar su consentimiento, y en que no existe constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida, y sólo en ellos, la toma de decisión sobre la acción sí puede corresponder al comité de expertos y especialistas de la medicina, en aras de mayor seguridad jurídica y mayores garantías,⁵¹ porque tales expertos y especialistas son quienes, ciertamente, con mayor fundamento, pueden conocer si en efecto se está o no en una situación de enfermedad mortal o terminal.⁵² No debe pasarse por alto que

drid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, t. II, pp. 28-38.

⁵¹ Véase, en nuestra línea de opinión, lo señalado por Corcoy Bidasolo, Mirentxu, "Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", *cit.*, pp. 261-283. La única diferencia está en que esta autora habla de "comités éticos" mientras que, a nuestro entender, sería preferible hablar de "comités médicos"; no obstante, no cerramos la puerta a admitir que dichos comités que proponemos puedan estar formados, además de por expertos y especialistas de la medicina, por otros especialistas, como puedan ser los juristas, que puedan ayudar a decidir sobre la terapia de la forma más adecuada posible. Resulta interesante que Corcoy Bidasolo señala, como nosotros, la imposibilidad de que sean otras personas (la familia) las que se posicionen en el lugar del enfermo. Véase, igualmente, en este sentido, lo señalado en Kevorkian, Jack, *La buena muerte. Los médicos y la eutanasia*, trad. de Mireia Carol, Barcelona, Hojas Nuevas Grijalbo Menor, 1991-1993, pp. 210-219, con cr., pp. 213-214. Véase en relación a esto, Quintana Trias, Octavi, "Perspectivas político-legislativas sobre la eutanasia", *cit.*, pp. 61-66, con cr., p. 66. García Rivas, Nicolás, "Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia", *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (in memoriam)*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, vol. II, pp. 149-171, con cr., p. 168; también se pronuncia en la misma línea que nosotros y que Corcoy Bidasolo.

⁵² Así, señala muy acertadamente —en nuestra opinión— Vilar, Joan, "Tiempo para vivir, tiempo para morir. Consideraciones acerca de la eutanasia", *Persona y Derecho*, núm.

32 / María José Parejo Guzmán

esta solución que se aporta aquí está en la línea propuesta por las existentes legislaciones holandesas y belgas, en las cuales se observa la solución de que los supuestos de eutanasia se notifiquen a un comité de ética para favorecer así la determinación. Incluso cabe precisar que, respecto de estos casos, y sólo en estos casos descritos (de enfermo terminal en estado de inconsciencia irreversible, el cual no puede manifestar su consentimiento, y en que no existe constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida), el comité de expertos y especialistas de la medicina pasa a colocarse, además de en el lugar del sujeto que ejecuta la acción, en el lugar del paciente o enfermo “en lo que se refiere a su toma de decisión”. No nos mostramos partidarios de dejar que sean otras personas las que se posicionen en este lugar (familiares, amigos...),⁵³ porque se podrían llegar a realizar homicidios y asesinatos, o bien, se podrían generar situaciones en las que la decisión de acabar con la vida de una persona se tomara sin conocimiento de causa y de forma apresurada, o sin necesariamente perseguir el interés del paciente, es decir, acabar con su dolor y sufrimiento por motivos de piedad o compasión, persiguiendo, más bien, otros fines o intereses distintos y no del todo legítimos. En definitiva, en nuestra opinión, en ningún caso deben ser los familiares o allegados quienes tengan la última palabra,⁵⁴ de he-

10, 1983, pp. 235- 259, concr., p. 256: “A pesar de todo, el médico es el único que la mayoría de las veces posee los datos suficientes y la imparcialidad debida para decidir en conciencia con la mayor objetividad posible, a partir de qué momento todo esfuerzo puede considerarse inútil e incluso morboso”. También Fibla, Carla, *op. cit.*, p. 26; Pániker, Salvador señala: “Debo añadir que en este tema es crucial la actitud de la clase médica. Porque el tema no puede, ni debe, desmedicalizarse. Precisamente, los médicos han de ser la garantía de que no se produzcan abusos”.

⁵³ Como, en nuestra opinión equivocadamente, han sostenido algunos autores de la doctrina: Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Editorial Bosch, 1981; López Navarro, José, “La prolongación artificial de la vida y los límites de la actuación médica”, *Persona y derecho*, 1975, vol. II, pp. 183-193, concr., p. 193; Díez Ripollés, José Luis, “Eutanasia y Derecho”, en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, p. 509-546.

⁵⁴ Véase por ejemplo, cómo en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), “Con-

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 33

cho, así lo contemplaba —consideramos que acertadamente— la reforma presentada en el Congreso de los Diputados por parte del grupo parlamentario Iniciativa per Catalunya-Verds, el 1 de octubre de 2002, intentando reformar la Ley General de Sanidad, optando claramente por un criterio distinto al adoptado por la proposición de Izquierda Unida, de 11 de junio del mismo año, al señalar que, cuando la inconsciencia impide al enfermo cualquier manifestación de voluntad, no son entonces los familiares o allegados quienes tienen la última palabra al respecto, sino que se apela al criterio médico como parámetro regulador.⁵⁵ Señalar aquí además que, dada la necesidad de una regulación específica de este problema por parte del legislador y en razón de que nuestra propuesta es que la solución que adopte el legislador sea la de que la eutanasia, en todas sus formas, sea destipificada y sea considerada una actuación no punible, y teniendo en cuenta que los supuestos más problemáticos y de mayores discrepancias jurídicas son aquellos de eutanasia practicada con pacientes que no pueden expresar su voluntad, proponemos, para estos supuestos conflictivos, seguir en sus planteamientos, del todo de acuerdo con nuestra propuesta de solución, a Jakobs, quien señala que sería un acto de pura crueldad gratuita excluir a los pacientes no

clusiones del seminario internacional sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia", *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 591 y 592, se señala en este sentido que: "...no parece procedente condicionar la relevancia de tal consentimiento a la opinión de otras personas sobre la corrección de su decisión". Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *op. cit.*, p. 55, escribe: "La experiencia médica contemporánea muestra cómo la familia no es siempre una fuente de solución a la hora de tomar decisiones que resuelvan situaciones controvertidas... Casi todo lo que se dice de la familia, se puede decir de los amigos o cercanos, con el problema añadido de que resulta muy difícil definir esa condición desde el derecho. Para éste, en general, el amigo es cualquier tercero"; *cfr.* asimismo, las palabras de Suárez Suárez, Antonia, *op. cit.*; y las de Queral Jiméñez, Joan J., "La eutanasia: perspectivas actuales y futuras", *cit.*, pp. 115-135, *concr.*, p. 127; *cfr.* también Vilar, Joan, "Tiempo para vivir, tiempo para morir. Consideraciones acerca de la eutanasia", *cit.*, pp. 235- 259, *concr.*, p. 251; y García Rivas, Nicolás, "Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia", *cit.*, pp. 149-171, *concr.*, p. 168.

⁵⁵ Véase García Rivas, Nicolás, "Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente", *Revista Penal*, núm. 11, 2003, pp. 15-30.

34 / María José Parejo Guzmán

capaces de consentir del derecho al tratamiento ya que, aunque reconoce que la solución no es razonable hoy para la eutanasia directa, predice que lo será en el futuro, cuando estas situaciones pasen a ser frecuentes y se modifique lo que los médicos tienen por estándar, cambiando el sentido de la presunción en los casos de voluntad no comprobada. Más concretamente, Jakobs indica:

En estas circunstancias, sería un acto de pura crueldad, una tortura inútil, que sólo se pudiera actuar en la manera y modo descrito con los pacientes que están en situación de hacer una petición sería o que han hecho oportunamente, con carácter previo, una petición para este caso, y que hubiera que abandonar, en cambio, a su suerte, a los pacientes incapaces de consentir, a pesar de conocer lo querido por ellos de modo habitual. Por eso se busca la voluntad presunta de estos pacientes que, a consecuencia de su invalidez o por otras razones, no puedan articular más una voluntad expresa, y esto quiere decir, en consecuencia, que las medidas médicas en cuestión se harán efectivas en los mismos términos cuando no sea conocida otra voluntad del paciente; lo querido presuntamente debe ser siempre lo que sirva como modelo en caso de duda. En consecuencia, la vida de este paciente sin capacidad para consentir se acorta, como consecuencia accesoria de los analgésicos, sin su petición, pero con su consentimiento presunto. ‘Sin su petición’ quiere decir que no se trata de un homicidio a petición, sino de un verdadero homicidio; y ‘con su consentimiento presunto’ quiere decir que el homicidio podría ser justificado, lo que sucederá siempre que además se presente el hecho como un comportamiento objetivamente razonable y, por eso mismo, como un estándar

y, poco más adelante y volviendo sobre lo mismo, que:

...sería un acto de pura crueldad que, en los casos habituales ya conocidos, se procediera a la eutanasia pasiva únicamente cuando el paciente sea capaz de consentir. El derecho al tratamiento

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 35

no sólo termina cuando el paciente no admite la prolongación de su agonía —ya que, en todo caso, un paciente puede, como ya se concluyó, no admitir, válidamente, cualquier tratamiento—; sino, más aún: no se puede hablar, en términos jurídico-penales, de un deber de tratar (médicamente) sin atender a la voluntad del paciente. Por tanto, cae fuera del deber de garante del médico alargar la agonía sin atender a la calidad del resto de la vida que aún le queda al paciente. Lo vuelve a demostrar una regla usualmente aplicada de modo general: hay situaciones en las que es razonable aceptar la muerte y renunciar a una prolongación de la vida. Esta regla no sólo delimita la posición de garante del médico cuando el paciente lo solicita, sino incluso, en general, también en caso de homicidio basado en el consentimiento presunto.⁵⁶

Y por otra parte, y al mismo tiempo, debemos rodear esta acción de todas las garantías posibles exigiendo que el estado terminal o de irreversibilidad, en que debe encontrarse el enfermo para que pueda hablarse de eutanasia, deba ser certificado, no sólo por un médico, sino por más de uno, a fin de evitar posibles errores en el diagnóstico.⁵⁷

⁵⁶ Jakobs, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 58 y 59.

⁵⁷ Véase Gómez Rivero, Carmen, *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 559 y 560. Esta autora anuncia algo que nos parece interesante y sobre lo que volveremos en pocas páginas que es la posibilidad de solucionar estos casos conflictivos y problemáticos acudiendo a la intervención judicial. Al mismo tiempo, se pronuncia a favor de que, en ningún caso, podrán decidir los familiares del paciente. Poco más adelante (p. 561), en cambio, la autora nos muestra que "Si bien es verdad que en tales supuestos la doctrina mayoritaria considera que la toma de decisión debe corresponder a los familiares, no han faltado voces que, en aras de objetivar al máximo posible la salida racional del conflicto, han propuesto vetarles dicho poder decisorio y atribuirselo a Comités de ética creados al efecto en los distintos hospitales, y que deberían estar integrados por personas cualificadas y sometidos a algún mecanismo de control. Ello, dicen sus defensores, garantizaría al ser humano recién nacido el mismo derecho a morir que tendría una persona adulta en su misma situación de grave sufrimiento" y respecto de esta teoría, que es claramente, como puede comprobarse, la solución que nosotros proponemos en este libro, la propia autora señala (pp. 561 y 562), para nuestra satisfacción, que "El trazo de este diseño me parece como línea teórica impecable... Como diseño teórico, por tanto, nada habría que objetar a esta solución".

36 / María José Parejo Guzmán

En consonancia con lo que, unas líneas atrás, se señalaba que podría objetarse a nuestra teoría, tanto la ley holandesa como la ley belga referentes a la eutanasia, de 2002, consideran que el enfermo debe solicitar la muerte digna⁵⁸ y que, si se encontrara en estado de inconsciencia irreversible, se autoriza la actuación médica siempre que exista constancia de su voluntad a través de una “solicitud de terminación de la vida” suscrita cuando el afectado “estuviera en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses”. La mayor parte de la doctrina española y extranjera parece estar de acuerdo con esta posición,⁵⁹ por lo que debe señalarse que, en nuestra opinión, la solución a los supuestos de inconsciencia irreversible del enfermo debería ir más lejos y tratar de dar solución a qué ocurre con aquellos pacientes que, cuando aún estaban en condiciones de hacerlo, no tuvieron la “precaución” de solicitar la terminación de su vida, para el caso de que en un futuro se encontrasen en situaciones extremas. En definitiva: ¿cómo solucionar los supuestos en que un enfermo terminal no haya barajado la posibilidad de encontrarse en dicha situación y no haya dejado, por tanto, constancia expresa de su voluntad en tales supuestos?, ¿no ayudaríamos a “bien morir” a esos pacientes?, ¿les “castigaríamos” con tener que padecer una muerte lenta llena de sufrimientos? Sin duda, la situación ideal sería que existiese expresa constancia de la voluntad del paciente en el sentido de solicitar la terminación de su vida (es decir, que

⁵⁸ Esta es una realidad de la que deja constancia, con mucha claridad, Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, p. 555.

⁵⁹ Recordemos, por ejemplo, cómo indicábamos anteriormente que García Rivas, Nicolás señala: “Las legislaciones sanitarias suelen conceder a los familiares o allegados la condición de sustitutos para la expresión del consentimiento del paciente cuando éste no puede hacerlo (véase por ejemplo, el artículo 9.3 de la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 31.10.2002 –BOCG, serie B, núm. 134-21, de 8 de noviembre de 2002–). Buen número de autores considera plausible que existan reglas similares para los casos de eutanasia. Con todo acierto, la legislación holandesa no se hace eco de esa posibilidad”, *cf.* García Rivas, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *cit.*, pp. 15-30.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 37

existiese un testamento vital del paciente), que no es, por otra parte, lo normal en la realidad actual,⁶⁰ pero, al mismo tiempo, estos serían, por decirlo de alguna manera, los supuestos más fáciles de solucionar (y que ya han sido estudiados y analizados por las doctrinas española y extranjera y por nosotros anteriormente).

En nuestra opinión, la labor más importante e interesante debe centrarse en dar una propuesta de solución para aquellos casos, cada vez más presentes en nuestra vida diaria y a los que, sin duda, también debe darse una respuesta adecuada, en los que un enfermo terminal, en estado de inconsciencia irreversible, no pueda manifestar su consentimiento, y en los que no exista esa constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida.⁶¹ Sin duda, el enfermo terminal que se encuentre en este tipo de situaciones ya tiene bastante con el sufrimiento que le causa su enfermedad y, por tanto, nos preguntamos: ¿le debe/puede castigar un ordenamiento jurídico por no haber tenido la “precaución” de solicitar la terminación de su vida, para el caso de que en un futuro se encontrase en situaciones extremas de este tipo, y por no haber contemplado la posibilidad, anteriormente, de que en algún momento de su vida podía encontrarse en dicha situación?, ¿le debe/puede castigar un ordenamiento jurídico por ello, negándole la posibilidad de que, atendiendo a la cualificada decisión al respecto de un comité de expertos y especialistas de la medicina, se le ayude a bien morir? Basándonos en todo lo analizado, la propuesta de solución más acertada debe estar dirigida a buscar el equilibrio entre todos los sujetos que pueden estar implicados en el conflicto, o que de manera directa o indirecta pueden intervenir en el mismo: el paciente o enfermo terminal, los familiares o allegados y el comité de expertos y especialistas de la medicina. Lo primero a tener en cuenta y que debe prevalecer en todo caso es el consentimiento expreso, libre e informado,

⁶⁰ Véase Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, p. 556.

⁶¹ Con mucha claridad se señala el vacío normativo existente en estos supuestos en García Rivas, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *cit.*, pp. 15-30.

38 / María José Parejo Guzmán

del paciente o enfermo terminal. Sólo en caso de que éste no se produzca, es decir, en caso de que el consentimiento no pueda manifestarse por el motivo que sea y no exista, además, constancia documental expresa, anterior, de la voluntad del paciente o enfermo terminal de que pongan fin a su vida (testamento vital), podrá acudir, como mecanismo de sustitución, a la toma de decisión por un comité de expertos y especialistas de la medicina. Únicamente en caso de que exista discrepancia entre la decisión adoptada por este comité y lo que opinen los familiares o allegados del paciente, entendemos que la vía de solución no pueda ser otra que la vía jurisdiccional.⁶² Los penalistas, en su mayoría, parecen seguir opiniones contrarias a la nuestra, en el sentido de que consideran que única y exclusivamente con expresa voluntad del paciente es lícita la eutanasia.⁶³ En nuestra opinión, en cambio, que exista esta expresa voluntad del paciente será la situación ideal, pero, en aquellos supuestos en que no la haya, podrá acudir, como mecanismo de sustitución, a la toma de decisión por un comité de expertos y especialistas de la medicina, quedando incluso la posibilidad de acudir a un juez en caso de que exista discrepancia entre la decisión adoptada por este

⁶² Y aquí encaja a la perfección lo que veíamos unas páginas atrás, que señala Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, pp. 559 y 560: "Hasta aquí se ha sostenido la conveniencia de indagar la voluntad del enfermo... Cuestión distinta es la relativa a quién deba decidir la concurrencia o ausencia de aquélla. Según entiendo, esa tarea no puede confiarse al médico ni, menos aún a los familiares del paciente, sino que reclama la intervención judicial que dote a este proceder de garantías inalienables. Porque sólo recurriendo a la misma se pueden evitar los respectivos riesgos que comporta una u otra vía...". Allí mismo indicábamos que esta autora estaba anunciando la posibilidad de solucionar estos casos conflictivos y problemáticos acudiendo a la intervención judicial, parte final ahora, como vemos, de nuestra propuesta de solución a los supuestos en que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos y el paciente no puede, por tanto, manifestar su voluntad ni ningún deseo o no tiene una voluntad relevante, y en los que no existe, además, constancia documental expresa, anterior, de la voluntad del paciente o enfermo terminal de que pongan fin a su vida (en los que no existe, en definitiva, un testamento vital).

⁶³ Por ejemplo, entre otros, Del Rosal Blasco, Díez Ripollés, Carbonell Mateu..., véase así lo señalado en García Rivas, Nicolás, "Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente", *cit.*, pp. 15-30.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 39

comité y lo que opinen los familiares o allegados del paciente, de forma que la eutanasia también podría ser considerada lícita⁶⁴ (en esta misma línea de opinión se pronuncia, por ejemplo, García Rivas;⁶⁵ como puede comprobarse, este autor está en nuestra línea de opinión, como veíamos anteriormente que ocurría con Mirentxu, Corcoy Bidasolo; nuevamente aquí, como señalábamos antes respecto de la teoría de esta autora, la única diferencia entre lo señalado por García Rivas y lo planteado por nosotros está en el tipo de comité que se sugiere para poder tomar decisiones en estos supuestos, ya que este autor habla de “comités interdisciplinarios” mientras que, a nuestro entender, sería preferible hablar de “comités médicos”; no obstante, señalaremos nuevamente que no cerramos la puerta a admitir que dichos comités que proponemos puedan estar formados, además de por expertos y especialistas de la medicina, por otros especialistas, como puedan ser los juristas, que puedan ayudar a decidir sobre la terapia de la forma más adecuada posible).

B. *Petición seria*

En orden a la configuración de la exigencia, formulada por nuestro Código Penal vigente, respecto de la petición de la víctima en los supuestos eutanásicos, para que dicha actuación pueda ser considerada de eutanasia, varios son los factores que parece que habrían de concurrir:

1) Por una parte, que se trate de una solicitud reflexionada, definitiva o firme, no sujeta a momentáneos estados de ánimo por los que pueda atravesar el paciente.⁶⁶

⁶⁴ Véase Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *op. cit.*, p. 56.

⁶⁵ En García Rivas, Nicolás, “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, *cit.*, pp. 149-171; y en García Rivas, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *cit.*, pp. 15-30.

⁶⁶ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, La cooperación al suicidio y la eutanasia..., *cit.*; Toledano Toledano, Jesús R., *op. cit.*, pp. 205 y 206. Por su parte, Díez Ripollés, José Luis, “Comentario al artículo 143 del Código Penal”, *cit.*, not. marg. 113, p. 245; Quintana

40 / María José Parejo Guzmán

2) Por otra parte, que el sujeto se hallase correctamente informado de la gravedad y pronóstico de la enfermedad:⁶⁷ “en la medida en que la base sobre la que se asienta la voluntad de morir es precisamente el padecimiento de un mal de determinadas características, la decisión no podrá considerarse seria cuando se haya fundamentado en asunciones falsas en cuanto al carácter mortal o irreversible de aquél”.⁶⁸ Este requisito de la correcta y completa información del paciente es imprescindible para la formación de su correcta voluntad y para la validez de la petición del enfermo en las acciones eutanásicas:⁶⁹ se habla pues de un derecho a la información del paciente y de un deber de informar del facultativo.⁷⁰ Según se ha dicho, “la información (que cons-

Trias, Octavi, “Perspectivas político-legislativas sobre la eutanasia, *cit.*, pp. 61-66, concr., p. 63; véase, asimismo, Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, *cit.*, pp. 47-60, concr., p. 53.

⁶⁷ Cfr. en este sentido, Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), “Conclusiones del seminario internacional sobre el tratamiento jurídico de la eutanasia”, *cit.*, pp. 591 y 592; Sánchez Caro, Javier, “El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles”, *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 3, 1993, pp. 941-961, concr., p. 942. En el mismo sentido de estas afirmaciones anteriores, véase Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*; Viana Conde, Antonio y De Sas Fojon, Anton, “El consentimiento informado del enfermo”, *cit.*, pp. 1330-1338. Igualmente, *cfr.* Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, *cit.*, p. 432; y Suárez Suárez, Antonia, *op. cit.*, Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, *cit.*, pp. 47-60, concr., p. 53, también escribe en a este respecto. Aunque no será objeto de nuestro estudio, por exceder del ámbito del mismo, ha de señalarse que esta necesidad de que el paciente se encuentre debidamente informado por el facultativo, se observa también en la medicina alternativa y complementaria y así se explica en Galán Cortés, Julio César, “Responsabilidad profesional en la medicina alternativa y complementaria”, *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003, pp. 63-68, concr., p. 68.

⁶⁸ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, La cooperación al suicidio y la eutanasia..., *cit.*; véase, asimismo, Jorge Barreiro, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *cit.*, pp. 5-33, concr., p. 33.

⁶⁹ Es tal la importancia de este requisito de la correcta y completa información del paciente que así se señala entre otros en Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, pp. 16 y 17; así como Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, p. 157.

⁷⁰ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento mé-

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 41

tituye una carga o un deber para el facultativo), en el caso de actos de disposición sobre el propio cuerpo, habrá de comprender los peligros para la salud y la vida, las probabilidades de éxito, la previsible duración del tratamiento, y la significación jurídica y moral del hecho desde el punto de vista de la Sociedad".⁷¹ El derecho a la información de los enfermos ha sido subrayado, por ejemplo, por la Recomendación 779 (1976) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁷² y, algo después en el tiempo, por la Recomendación 1418, también de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1999;⁷³ por el Código de Deon-

dico-quirúrgico", *op. cit.*, pp. 261-283. También Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 66; y Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, *cit.*, p. 20. Por otra parte, Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 37; y Viana Conde, Antonio y De Sas Fojon, Anton, "El consentimiento informado del enfermo", *cit.*

⁷¹ Bueno Arús, Francisco, "Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal", *Poder Judicial*, núm. 15, 1985, pp. 11-22, *concr.*, p. 12. *Cfr.* también a este respecto Marín Gámez, José Ángel, "A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»", *Revista General de Derecho*, año II, núms. 610 y 611, julio-agosto de 1995, pp. 8237-8257. Más o menos lo mismo viene a decir Fernando Niño, Luis, *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1994, p. 180.

⁷² Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Twenty-Seventh Ordinary Session, Recommendation 779 (1976) on the Rights of the Sick and Dying (relativa a los derechos de los enfermos y de los moribundos). Assembly Debate on 28 January 1976 (23rd Sitting). Text adopted by the Assembly on 29 January 1976 (24th Sitting). Esta recomendación ha destacado, entre otras cuestiones, el tema del respeto que debe el médico a los deseos del enfermo.

⁷³ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1418 (1999) on the Protection of the Human Rights and Dignity of the Terminally Ill and the Dying. Assembly Debate on 25 June 1999 (24th Sitting). Text adopted by the Assembly on 25 June 1999 (24th Sitting). En ella, la mayor relevancia se le da a todo lo concerniente a la dignidad de los enfermos terminales, si bien, junto a ello, o, más bien, como medio para ello, se destacan, entre otras cuestiones, la protección del derecho de los enfermos terminales de decidir sobre ellos mismos (autodeterminación), previa la suficiente información sobre su estado de salud. Nos parece de suma importancia en esta recomendación lo que señala en sus últimas palabras de que: "La Asamblea, por tanto, recomienda que el Comité de Ministros inste a los Estados miembros del Consejo de Europa a respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos en todos los aspectos: b. Protegiendo el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodetermi-

42 / María José Parejo Guzmán

tología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos de España (de 21 de mayo de 1979);⁷⁴ por la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril, BOE 101/1986, de 29 de abril de 1986);⁷⁵ y, más recientemente, por el Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (del año 1999).⁷⁶ También en el ámbito del Convenio Europeo, de 4 de

nación, al tiempo que se adoptan las medidas necesarias: i. Para dar eficacia al derecho de la persona en fase terminal o moribunda a una información veraz y completa, pero proporcionada con compasión, sobre su estado de salud, respetando, en su caso, el deseo del paciente a no ser informado...". Nos parece interesante e importante porque consideramos que en estas palabras se encuentra el contenido de la Recomendación, basado en que los Estados miembros del Consejo de Europa deben legislar en esta materia.

⁷⁴ En su artículo 22 establece que "el médico debe informar las razones de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, si ello le fuere solicitado, siempre de forma que no resulte perjudicial para el enfermo".

⁷⁵ El artículo 10.5 de esta ley, señala: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento". *Cfr.* sobre esto, lo señalado por López Ortega, Juan José, en "Consentimiento informado y límites a la intervención médica", *cit.*, pp. 59-69. En relación con este artículo de la Ley General de Sanidad, hay que recordar las propuestas de reforma de la legislación sanitaria que fueron llevadas a cabo por el Grupo de Estudios de Política Criminal, en sus documentos elaborados y aprobados en las tres reuniones habidas, desde noviembre de 1991 a febrero de 1993, en la Universidad Complutense de Madrid, en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Alicante, que proponían modificar este artículo 10 de la Ley General de Sanidad con la intención de que se tuviese más en cuenta, entre otras cosas, la relevancia del consentimiento del paciente. Remitimos al capítulo anterior para ver cómo se proponía modificar la Ley General de Sanidad en el sentido de introducir, en su artículo 10, una nueva redacción. Allí mismo indicábamos también cómo Del Rosal Blasco, Bernardo, "El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España", *cit.*, pp. 43-72, señala, respecto de estas propuestas de reforma, literalmente: "...mi posición se adhiere, fundamentalmente, a las propuestas que, en fechas recientes, ha llevado a cabo el Grupo de Estudios de Política Criminal...".

⁷⁶ En este Código de 1999, muchos son los artículos que hacen referencia a este derecho a la información de los enfermos. Así, por ejemplo, atendiendo a la materia que ahora se analiza, puede observarse que se señala, en su artículo 9: "2. El médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa"; en su artículo 10: "1. Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Respetará la decisión del paciente de no

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 43

abril de 1997, sobre la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Biomedicina),⁷⁷ resulta relevante y exigible esta información (y la consiguiente previa autorización o consentimiento) por parte de la persona interesada.⁷⁸ En concreto, en relación con el consentimiento como requisito necesario, el artículo 5 prevé que “No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre”.⁷⁹ Igualmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse de manera muy precisa sobre estas cuestiones, con ocasión del llamado caso “X contra Comisión” (asunto C-404/92 P), que dio lugar a la sentencia de 5 de octubre de 1994.⁸⁰ Partiendo de ésta,

ser informado y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin. 2. Un elemento esencial de la información debida al paciente es darle a conocer la identidad del médico que en cada momento le está atendiendo. 4. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas” y en su artículo 27: “1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aún cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso, el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a éste mismo”. Véase sobre éstos, el estudio de Herranz Rodríguez, Gonzalo, *El Código de Ética...*, cit.

⁷⁷ De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 del mismo. Su entrada en vigor se produjo con fecha 1 de diciembre de 1999 y dicho Convenio fue ratificado por España por Instrumento de 1 de septiembre de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999; corrección de errores: BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1999), entrando en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000.

⁷⁸ Véase lo señalado por Contreras Mazarío, José María, “Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año V, núm. 9, julio-diciembre, 2000, pp. 189-223, con-cr., p. 213.

⁷⁹ Véase en relación con este precepto, lo señalado por los artículos 8 y 9 de dicho Convenio.

⁸⁰ *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, vol. 10, 1994, p. I-4780-4794.

44 / María José Parejo Guzmán

y por lo que se refiere al consentimiento informado, nos mostramos plenamente de acuerdo con el planteamiento mantenido por el abogado general, Sr. Walter van Gerven, en el apartado 24 de sus conclusiones, de 27 de abril de 1994, cuando señala que

El requisito del consentimiento con conocimiento de causa consta de dos elementos estrechamente relacionados: es preciso suministrar información suficiente para que el consentimiento del interesado pueda ser completo, es decir, para que se pueda dar causa. Así pues, pueden atentar contra el derecho a la protección de la vida privada, tanto el hecho de no suministrar información suficiente como el hecho de no pedir su conformidad al interesado.⁸¹

A raíz de estas palabras del abogado general, José María Contreras Mazarío señala:

En consecuencia, cabe distinguir un doble aspecto relativo a la información suministrada, el primero, y a la manifestación del consentimiento, el segundo. Por lo que se refiere al primero de los elementos, es decir, la información a suministrar al interesado para que éste pueda elegir con suficientes elementos de juicio, ésta deberá constar al menos de los siguientes datos, a saber: sobre la forma, el motivo, el objeto, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias y los posibles efectos secundarios de la prueba médica a realizar. En este sentido, el art. 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Biomedicina dispone, en su párrafo segundo, que dicha información ha de ser “adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus consecuencias y riesgos”. En cuanto al segundo de los elementos, esto es, la manifestación del consentimiento, entendemos que en los casos como el presente deberá realizarse de forma explícita y concreta (con el término concreta queremos hacer referencia a la cuestión temporal, en el sentido de que no

⁸¹ Contreras Mazarío, José María, “Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *cít.*, pp. 189-223, *concr.*, p. 215.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 45

podrá entenderse con carácter absoluto o atemporal. A este respecto, el artículo 5 del Convenio Europeo de 1996, en su párrafo tercero, establece que “La persona afectada podrá retirar su consentimiento en todo momento y con entera libertad”) y el mismo se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde el interesado haya sido informado, no cabiendo –tal y como pretende la Comisión– un consentimiento emitido de forma implícita o indirecta...

Escribe Simón Lorda respecto de este consentimiento informado, con criterio certero a nuestro entender, que “el consentimiento informado tiene en realidad su origen en el largo proceso de cambio que experimenta la fundamentación del poder político como consecuencia de la entrada, en el escenario histórico de la Modernidad, del concepto de sujeto moral racional con autonomía para gobernar su propia vida, sus propias creencias religiosas, sus propias convicciones”.⁸² Finalmente, se puede señalar, respecto de este requisito de la correcta y completa información del paciente, que “el deber de información del médico no es, ni puede ser, absoluto. Incluso considerando prevalente el derecho a la autodeterminación del paciente, su derecho a recibir información no puede considerarse ilimitado”.⁸³

3) Por último y también muy importante, resulta igualmente evidente que esta exigencia no se verá satisfecha si la libre formación de la voluntad del sujeto se ha visto interferida por

⁸² Véase Simón Lorda, Pablo, “El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas”, *Problemas Prácticos del Consentimiento Informado*. Barcelona, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, 2002, núm. 5. Véase Marín Gámez, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»”, *cit.*, pp. 8237-8257; Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 23. Igualmente, señalaba ya con anterioridad algo parecido Casado González, María, *op. cit.*, p. 41.

⁸³ Así lo indica López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59-69, quien continúa explicando que: “Así, puede admitirse que el médico deje de cumplir el deber de informar cuando del mismo se derive para el paciente un peligro más grave que el perjuicio causado a su derecho a la autodeterminación”.

46 / María José Parejo Guzmán

el ejercicio de intimidación o violencia, por parte de un tercero, ni en los supuestos de engaño. Así, ha venido señalándose que “En los casos de consentimiento nulo o ineficaz..., esta ineficacia puede venir dada... por adolecer el consentimiento de un vicio cualquiera en la formación o emisión del mismo. En concreto, se alude a la violencia en la obtención del consentimiento o bien a su consecución mediante engaño u otra forma fraudulenta”.⁸⁴

C. *Carácter inequívoco de la petición*

Con el requisito de la petición por parte del enfermo, no se hace referencia, como han interpretado algunos autores a que la solicitud haya de formularse sobre bases fácticas realmente existentes,⁸⁵ sino, sencillamente, a que la voluntad de morir tiene que poder deducirse sin duda alguna. Más exactamente, este requisito de la petición se refiere a que la misma debe ser formulada “en términos claros y precisos, despojada de ambigüedades que pudieran dar pie a discutibles interpretaciones en torno a la voluntad del sujeto”.⁸⁶

⁸⁴ Cfr. Asua, Adela y De La Mata, Norberto J., “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 3, 27 de julio de 1990, pp. 865-873, concr., p. 870. También en este sentido, Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I...*, cit., p. 348, diferencia entre los diferentes tipos de vicios y señala que tanto la violencia como el engaño invalidan la declaración así obtenida y hacen la conducta punible por coacciones, siempre, en caso de engaño, que el error se relacione con el bien jurídico. Véase también, lo señalado por Jorge Barreiro, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, cit., pp. 5-33, concr., p. 33; Palomares Bayo, Magdalena et al. (coords.), *op. cit.*, p. 60; asimismo, Núñez Paz, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 428; y Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, cit., pp. 47-60, concr., p. 53.

⁸⁵ Que es lo que señala Díez Ripollés, José Luis, “Comentario al artículo 143 del Código Penal”, cit., not. marg. 113, p. 245, cuando escribe: “El que la solicitud sea inequívoca parece aludir a que se plantea por una persona cuya decisión de morir se asienta sobre bases fácticas reales y no ficticias...”.

⁸⁶ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, La cooperación al suicidio y la eutanasia..., cit.; Núñez Paz, Miguel Ángel, *op. cit.*, pp. 428 y 429. Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, p.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 47

3. El principio de autodeterminación

Debe comenzarse este apartado señalando que “El fundamento de la gran importancia que actualmente se otorga al consentimiento se encuentra en la libertad de autodeterminación del sujeto, considerado como derecho fundamental en todas las Constituciones modernas”.⁸⁷ Junto a esto, en líneas generales y de una manera totalmente abstracta aún, se ha dicho que

Es indiscutible el derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento, lo que implica la necesidad de otorgar su consentimiento (él o quien deba sustituirle legalmente si no está en condiciones de hacerlo por sí mismo) después de haber recibido la información necesaria; sólo así podrá otorgar el llamado “consentimiento informado”. No es menos cierto que también le asiste el derecho a negarse a él si lo estima más conveniente para sus intereses personales.⁸⁸

En este sentido, se puede afirmar, como ha señalado Contreras Mazarío, que “tanto la información como la autorización previa por parte de la persona interesada... resultan requisitos necesarios y de cumplimiento absoluto, ya que de lo contrario se pone en riesgo no sólo los derechos fundamentales mencionados, sino incluso el propio desarrollo de la persona y su dignidad”.⁸⁹ Para

116; Toledano Toledano, Jesús R., *op. cit.*, p. 206; y Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, *cit.*, pp. 47-60, *concr.*, p. 53.

⁸⁷ Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *cit.*, pp. 261-283. *Cfr.* Seminara, Sergio, “La eutanasia en Italia”, *cit.*, pp. 77-152.

⁸⁸ *Cfr.* Romeo Casabona, Carlos María, en “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, *cit.*, pp. 485-488.

⁸⁹ Véase Contreras Mazarío, José María, “La protección de la libertad de conciencia y de las minorías religiosas en la Unión Europea: Un proceso inacabado”, *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, año VII, núm. 11, enero-diciembre de 2002, pp. 155-222, *concr.*, p. 213.

48 / María José Parejo Guzmán

apoyar esta afirmación, el citado autor continúa refiriéndose a lo establecido en el, anteriormente mencionado, Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa (el conocido Convenio de Oviedo), vigente en España desde enero de 2000,⁹⁰ pues, efectivamente, resulta interesante observar, a efectos de lo que ahora estudiamos, cómo éste, en su artículo 5, dispone que “no podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre”.⁹¹

En definitiva, de todas las afirmaciones anteriores se deduce la importancia, y consiguientemente la necesidad de su estudio, del derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento (autodeterminación)⁹² y de que este paciente, atendiendo a su decisión, otorgue su consentimiento.⁹³ A pesar de esto, en paí-

⁹⁰ El Convenio a que nos referimos es, más específicamente, el anteriormente mencionado Convenio Europeo, de 4 de abril de 1997, sobre los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina, adoptada en el marco del Consejo de Europa.

⁹¹ Cfr. así, cómo puede leerse en Contreras Mazario, José María, “Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *cit.*, pp. 189-223, *concr.*, p. 218, que: “La problemática del consentimiento plantea, finalmente, una tercera cuestión... En cualquier caso lo que sí parece exigible, en primer lugar, es que el sujeto en cuestión manifieste el consentimiento y que para ello lo haga con pleno conocimiento de causa”.

⁹² Cfr. Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *cit.*, p. 17. Véase también Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, *cit.*, p. 18; Jorge Barreiro, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *cit.*, pp. 5-33, *concr.*, p. 23; García Rivas, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *cit.*, pp. 15-30; Marcos Del Cano, Ana Ma., *La eutanasia, estudio filosófico-jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 195; Koch, Hans-Georg, “La ayuda a morir como problema legal en Alemania”, en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 235-260, respecto de Alemania; y, respecto de Suiza, Queloz, Nicholas, “Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza”, en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 191-231.

⁹³ Díaz Aranda, Enrique, *op. cit.*, pp. 191-202, *concr.*, p. 192. También resulta ilustrativo lo que señalan Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, en *op. cit.*, pp. 15

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 49

ses como, por ejemplo, Francia, François Gonzalez, nos muestra que en este país el consentimiento del paciente, por sí sólo, no tiene tanta relevancia jurídica:

Desde el 1 de marzo de 1994, en el nuevo código penal la eutanasia sigue siendo asimilada, como ya se puso de manifiesto con anterioridad, al homicidio, previsto ahora en el art. 221-1. La práctica de la eutanasia sigue, pues, siendo castigada penalmente... el consentimiento de la víctima por sí solo no da al acto un carácter lícito... El consentimiento de la víctima no puede hacer desaparecer la infracción. Sin embargo, las circunstancias atenuantes podrán eventualmente tener efecto si el autor puede demostrar que recibió de la víctima la orden de darle muerte. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, será imposible presentar esta prueba;⁹⁴

en el mismo sentido, en Canadá, según muestra Keyserlingk,

En el derecho Penal canadiense, la voluntariedad del homicidio por compasión de un paciente no reduce ni altera en modo alguno la naturaleza penal del hecho, ni existe ninguna disposición que reduzca la condena en virtud de que el paciente haya sollicitado que se le cause la muerte. Esto se establece de forma explícita en el artículo 14 del Código Penal canadiense que dice lo siguiente: 14. Ninguna persona tiene derecho a que se le cause la muerte, y, por tanto, el consentimiento en este sentido no afecta la responsabilidad penal de cualquier persona que cause la muerte del que haya consentido a ello;⁹⁵

y 16; y Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, cit., p. 17. Véase, por último, Tomás-Valiente Irujo, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., p. 499.

⁹⁴ Gonzalez, François, "La eutanasia en Francia: Un problema jurídico y social", cit., pp. 155-188. En la misma idea respecto del ordenamiento jurídico francés abunda, por su parte, Llamazares, Dionisio, "Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Cap. V)", *Derecho de la libertad de conciencia (II). Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, 2a. ed., reelaborada y puesta al día, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pp. 281-383.

⁹⁵ Keyserlingk, Edward, "La eutanasia y ayuda al suicidio en Canadá", en Díez Ripollés, J.L. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspec-*

50 / María José Parejo Guzmán

en Australia, en cambio, como escribe Kelly respecto de esto del consentimiento, “...el problema que plantea la falta de consentimiento actual es desde luego suficiente como para requerir que se tomen medidas de protección especiales para asegurar que la decisión que se tome sea aquella que la persona en cuestión hubiese tomado, no la decisión de otra persona con otros puntos de vista en relación con la vida y la muerte”;⁹⁶ en Alemania, por su parte, Hans-Georg Koch indica sobre este tema del consentimiento del paciente:

Uno de los ámbitos de mayor debate desde la perspectiva de la ética y el derecho médico en Alemania es el relativo a los problemas de la ayuda a morir. En el aspecto terminológico, se suele evitar la palabra “eutanasia” a fin de esquivar cualquier asociación con las atrocidades de los Nazis en el pasado. Como antecedente de la discusión que sigue, los siguientes comentarios resumen sucintamente ciertas premisas básicas en derecho alemán: por un lado... Por otro lado, una persona enferma, en principio, no tiene ninguna obligación de someterse a un tratamiento médico aun cuando la omisión del tratamiento le causara la muerte. Esto significa que los actos propios de la asistencia médica no devienen legítimos por la mera razón de la existencia de una afección que requiera tratamiento y pueda ser tratada. Su justificación sólo surge del consentimiento del paciente (o del consentimiento del representante legal del paciente);⁹⁷

igualmente es importante e imprescindible el consentimiento en Italia, así lo reconoce y expresa la doctrina italiana, en la que destaca Sergio Seminars, quien indica que

tiva comparada, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 417-448.

⁹⁶ Kelly, D., “La eutanasia en Australia”, en Díez Ripollés, J.J. y Muñoz Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994, pp. 492 y ss.

⁹⁷ Koch, Hans-Georg, “La ayuda a morir como problema legal en Alemania”, *op. cit.*, pp. 235-260.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 51

Alternativamente a las hipótesis ya consideradas de enfermos incapaces de modo natural de expresar una voluntad, la doctrina dominante afirma que la obligación de asistencia y de aplicación de tratamiento por parte del médico encuentra su propia fuente de legitimación y su límite en la voluntad expresa del paciente que, informado adecuadamente, puede dar su consentimiento al tratamiento al igual que puede pretender la interrupción del mismo. Al enfermo, en otras palabras, le compete el derecho a rechazar cualquier terapia y, por consiguiente, a dejarse morir. Tal solución –inspirada por el aforismo *voluntas aegroti suprema lex*– encuentra ya reconocimiento en la necesidad del consentimiento para toda intervención o tratamiento sanitario... Prescindiendo de algunas posiciones aisladas la opinión dominante en la doctrina es partidaria de la ilicitud de la eutanasia activa a la luz de razones recurrentes... Un problema particular afecta igualmente a la validez del consentimiento, sobre el que se fundamenta la aplicabilidad de la figura menos grave prevista en el art. 579 Cód. Pen. Este consentimiento debe ser personal, real (es decir, no presunto), libre, ponderado, informado y plenamente válido, lo que por un lado lleva a excluir obviamente la posibilidad de emitirlo para cuantos hayan alcanzado un estado de vida vegetativa o para los recién nacidos afectados por graves problemas de supervivencia, por otro lado, remite a una efectiva capacidad del sujeto, que no puede ser un menor de 18 años ni estar afectado por enfermedad mental o por simple deficiencia psíquica... La doctrina italiana dominante, aun construyendo la legitimidad del tratamiento médico-sanitario sobre el principio del consentimiento, niega.⁹⁸

Este consentimiento deberá atender a unos requisitos, a un contenido y a unos límites concretos. Todos estos contenidos se estudiarán seguidamente.

A. *Requisitos del consentimiento*

Se ha señalado que “el consentimiento requiere diversos requisitos de validez, pues el consentimiento ineficaz se equipara a

⁹⁸ Seminara, Sergio, “La eutanasia en Italia”, *op. cit.*, pp. 77-152.

la ausencia de consentimiento”⁹⁹ y que “los requisitos de validez del consentimiento, en el ámbito penal, no son los mismos en todos los supuestos”.¹⁰⁰ No obstante lo dicho, nadie puede negar que el consentimiento con relevancia jurídico-penal (como causa de atipicidad o de justificación) es, en todo caso, un acto jurídico y que, como tal, debe reunir unos requisitos mínimos, relativos a la adecuación subjetiva, objetiva y formal del acto para producir los efectos pretendidos.¹⁰¹ Teniendo en cuenta los artículos 1261 y siguientes del Código Civil español, los requisitos esenciales del consentimiento serán: capacidad, titularidad, libertad, licitud del objeto y de la causa, forma y tiempo.¹⁰²

Empezando por el primero de estos requisitos, la capacidad es “la aptitud de las personas para realizar actos con trascendencia jurídica”¹⁰³ y, más concretamente, en sede de tratamientos médi-

⁹⁹ Véase López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *op. cit.*, pp. 59-69. Muy ilustrativo en relación con este tema de los requisitos del consentimiento de un paciente, resulta lo que señalaba Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I...*, *cit.*, pp. 369-410, concr., pp. 405-408, 1981.

¹⁰⁰ Bueno Arús, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal”, *op. cit.*, pp. 11-22, concr., p. 11.

¹⁰¹ Marín Gámez, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»”, *op. cit.*, pp. 8237-8257, señala: “Es patente que la mayor parte de los requisitos del consentimiento informado se han fraguado gracias a las resoluciones de los Tribunales norteamericanos”.

¹⁰² En Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *op. cit.*, pp. 261-283, en cambio, se señala que: “Los requisitos para la validez del consentimiento no son los previstos en los artículos 1261 y siguientes del Código Civil, que están pensando en la capacidad jurídico-civil para negociar válidamente. Para la validez del consentimiento, en relación con el tratamiento médico-quirúrgico, es suficiente que quién consiente tenga capacidad natural de discernimiento, puesto que no se trata de contratar sino de ejercitar derechos personales”, afirmación con la que no estamos del todo de acuerdo porque, en nuestra opinión, el consentimiento del paciente debe reunir los requisitos mínimos de todo consentimiento y sólo así estará rodeado de las suficientes garantías, a efectos de su validez, de forma que no es suficiente con el requisito de la capacidad del sujeto que consiente.

¹⁰³ Bueno Arús, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal”, *op. cit.*, pp. 11-22, concr., p. 12.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 53

cos, “La capacidad puede definirse como la aptitud del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los procedimientos de actuación posibles con las consecuencias previsibles de cada una de ellos, para, a continuación tomar, manifestar y sostener una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”.¹⁰⁴ De dicha capacidad están excluidos, en principio, los menores de 16 años, los enajenados, los que se hallen en situación de trastorno mental transitorio y los que tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia. No obstante, el criterio que parece mantener en la actualidad el Código Civil español es el de excluir la capacidad de acuerdo con puntos de vista generales, examinando si el lesionado poseía la necesaria capacidad de juicio y si el consentimiento correspondía a su verdadera voluntad (este era, igualmente, el razonamiento seguido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de marzo de 1990).¹⁰⁵ Así, según el artículo 162. 1 Código Civil, el menor puede actuar por sí mismo, en los actos relativos a derechos de la personalidad, de acuerdo con sus condiciones de madurez.¹⁰⁶ La capacidad termina, naturalmente, con la muerte.

Por lo que se refiere a la titularidad, únicamente señalar que la persona que consiente ha de ser titular del bien jurídico o

¹⁰⁴ Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 59.

¹⁰⁵ La postura defendida por el Tribunal Supremo en esta sentencia, de 27 de marzo de 1990 (RJ 1990/2626 –Sala de lo penal–), es la de una preeminencia absoluta del derecho a la vida, de forma que el consentimiento del paciente debidamente informado no tiene un valor absoluto ni tiene eficacia legitimadora de cualquier tratamiento. En ella, se condena a un tercero que retiró un catéter que se había puesto a una testigo de Jehová para realizarle una transfusión de sangre, por entender que la testigo de Jehová no tiene suficiente lucidez como para que su consentimiento sea válido.

¹⁰⁶ López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59-69, explica esto. *Cfr.* además con lo que señalaba en esta misma línea de opinión, ya en 1983, De Ángel Yáguez, Ricardo, “Problemas actuales de derecho médico comparado: el consentimiento de los cónyuges en el acto médico”, *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballesteros*, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico” (CSIC), 1983, pp. 11-29, conocr., p. 14.

54 / María José Parejo Guzmán

derecho del que dispone con su acto¹⁰⁷ (principio que ha sido expresamente acogido por nuestra jurisprudencia, señalando nuestro Tribunal Supremo que: “el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo”),¹⁰⁸ a lo que debe añadirse, no obstante, que la titularidad de un derecho cede ante la titularidad de un derecho superior, que pueda estar íntimamente vinculado con el primero, y que dicha titularidad puede ser también traspasada a otra persona, en aquellos supuestos extraordinarios en que el ordenamiento así lo autorice. Dentro de este último supuesto entrarían los casos conflictivos en que el paciente sea un menor de edad ya que, “En el paciente mayor de edad, no incapacitado y consciente, el supuesto resulta claro, y es el interesado, usuario o paciente destinatario de la información, quien tiene que hacer uso de ella para evaluar los pros y los contras en la toma de decisión”.¹⁰⁹ Respecto de los menores, y partiendo de que el artículo 162. 1 del Código Civil señala que el menor puede actuar por sí mismo en los actos relativos a derechos de la personalidad de acuerdo con sus condiciones de madurez, excluyendo así del

¹⁰⁷ Bueno Arús, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal”, *cit.*, pp. 11-22, concr., p. 12. También acaba de señalarse como López Ortega, Juan José, en “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59-69, señala que “En relación con el sujeto que debe prestarlo, naturalmente será el paciente”. Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, *cit.*, p. 33, escribe que “Dada la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego, del que sólo el paciente es su titular, resulta evidente que es el propio paciente o usuario de los servicios sanitarios quien ostenta el derecho y quien debe consentir la actuación o intervención médica, siempre y cuando su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita”; y en Marín Gámez, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»”, *cit.*, pp. 8237-8257, puede leerse: “Se puede colegir que en atención a la naturaleza personalísima de los bienes jurídicos en juego (libertad, vida, salud, integridad...) sólo el paciente es titular de dicha facultad”. Véase también, lo señalado en Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*

¹⁰⁸ Es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) –RJ 1995/4262–, de 24 de mayo de 1995 la que con más rotundidad señala el carácter personalísimo del consentimiento prestado para el tratamiento.

¹⁰⁹ Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 35.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 55

ámbito de representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad, ha de señalarse que éstos no podrán otorgar el consentimiento desempeñando la función de la representación legal (artículo 154.2 del Código Civil), pero que sí “podrían hacerlo en cumplimiento del deber de velar por ellos –artículo 145.1 del Código Civil–. Sin embargo, la admisión del consentimiento paterno en cumplimiento de este último deber, sería siempre subsidiaria del consentimiento del menor siempre y cuando éste gozase de las condiciones de madurez suficientes, sin que esta esté vinculada en el art. 162.1 del C.C. a una edad determinada...”.¹¹⁰ Estas consideraciones respecto de la titularidad, como requisito esencial del consentimiento, deben completarse, para concluir, refiriéndonos a la imprecisa y carente de técnica jurídica expresión del artículo 10.6, inciso *b* de la Ley General de Sanidad cuando establece que se puede prescindir del consentimiento del usuario (además de en otros dos supuestos, que se verán posteriormente, a saber, “cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública” y “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”), “Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas”. En nuestra opinión, esta norma, además de representar una indeterminación en los conceptos utilizados, permite el absurdo de que consienta un familiar de cualquier grado, que incluso puede no tener relación alguna con el incapaz, y permite que pueda darse el caso de que el familiar o allegado consienta la intervención, sin contar con el asentimiento del representante legal, o en contra del mismo, y en oposición de la propia voluntad del paciente.¹¹¹ Por todo ello, estimamos que el legislador debería haber optado por señalar que, en este caso, el derecho a tomar la decisión corresponderá al

¹¹⁰ Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, p. 36.

¹¹¹ En este sentido, Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, *cit.*, p. 35.

56 / María José Parejo Guzmán

criterio médico objetivo de un comité de expertos y especialistas de la medicina y, en última instancia, al juez, todo ello en aras de una mayor seguridad jurídica y mayores garantías para el paciente o enfermo terminal;¹¹² así como con el previo asentimiento de sus familiares de primer grado o de segundo grado si los hubiera.

El requisito de la libertad se refiere a que el consentimiento supone la concurrencia de dos libres voluntades sobre un mismo objeto, de forma que no habrá libertad cuando el consentimiento se haya prestado por alguno de los vicios de la voluntad, anteriormente ya apuntados, a los que se refiere el artículo 1265 Código Civil (error, violencia, intimidación o dolo). En este sentido puede observarse que se ha señalado que “El consentimiento ha de ser emitido libremente, esto es, sin vicios que lo invaliden. Por ello, el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz, como lo es el prestado por error... Parece pues lógico que el consentimiento que emite una persona para ser sujeto de algo sólo es aceptable si es libre, voluntariamente otorgado”.¹¹³ En la jurisprudencia francesa, también se ha destacado, refiriéndose así a este requisito de la libertad en el consentimiento del paciente, que la lealtad exigida en las relaciones médico-paciente implica que el médico no engañe al enfermo para forzar su consentimiento, por ejemplo, disimulando los resultados reales y benignos de una biopsia, a fin de incitar al paciente a aceptar una intervención.¹¹⁴

El objeto, en sentido material, es la cosa sobre la que recae la acción de los sujetos: “El objeto del consentimiento informado lo constituye el tratamiento médico-quirúrgico ajustado a la *lex artis ad hoc* y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado que es aleatorio, dada la incidencia en el mismo de múltiples factores endógenos y exógenos, ajenos al

¹¹² Corcoy Bidasolo, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *cit.*, pp. 261-283.

¹¹³ Fraga Mandián, Antonio y Lamas Meilán, Manuel María, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal de París, de 7 de marzo de 1952.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 57

actuar del facultativo interviniente y que pueden truncar el fin perseguido, dada la obligación de medios o actividad que preside su actuación...".¹¹⁵ En sentido jurídico o formal, es el bien, derecho o interés, protegido por la norma, del que aparece como titular y sobre el que tiene poder de disposición el enfermo. La trascendencia del consentimiento respecto de los bienes jurídicos relacionados con la disposición del propio cuerpo, en los supuestos eutanásicos, serán analizados, detenidamente, en el capítulo siguiente de nuestro estudio.

La causa, el fin o motivo de un acto (aclarar eso sí que no es nuestra intención depurar ahora con exactitud estos términos) es aquello que se quiere conseguir con la realización del acto y que resulta ajeno al acto en sí mismo. A nuestro entender, siempre será lícito y legítimo pretender conseguir, con la prestación de este consentimiento, paliar, de la manera menos dolorosa posible, el sufrimiento o la situación de dolor extrema, e incluso anticipar la muerte, cuando una persona se encuentra en una situación de enfermedad terminal e irreversible y está ya abocada a una muerte próxima.

En cuanto a la forma en que debe ser expresado este consentimiento, ya se ha analizado y estudiado suficientemente, con anterioridad, que el mismo debe consistir en una petición expresa, seria e inequívoca de la víctima y todo lo que rodea a esta afirmación.

También ha quedado explicado con anterioridad todo lo referente al momento en que debe ser manifestado el consentimiento de la víctima, al tratar sobre si la petición expresa, seria e inequívoca de esa persona debía ser o no, además, actual. Debe volverse a mencionar, eso sí, que ha habido autores que

¹¹⁵ Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, cit., p. 41. Lo que sí señala en líneas posteriores este autor es que "El consentimiento se concreta a la específica intervención de que se trate, sin que, salvo caso de urgencia intercurrente y de actuación necesariamente inaplazable, pueda extenderse la actividad del facultativo a otras actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada y que determinen la extracción, cercenamiento o lesión de cualquier otro órgano", *ibidem*, p. 42.

58 / María José Parejo Guzmán

han pretendido zanjar esta cuestión señalando que “el momento oportuno para prestar consentimiento informado es anterior al tratamiento y debe subsistir cuando éste se lleve a cabo”,¹¹⁶ frente a lo que debe señalarse la mención especial que merecen los supuestos de voluntades anticipadas, anteriormente estudiados, en los que una persona manifiesta las instrucciones que deben seguirse cuando se encuentre en una situación en la que no pueda expresar personalmente su voluntad.

B. Contenido y límites del consentimiento

El consentimiento del paciente reviste una importancia insustituible en cuanto que la legislación y la jurisprudencia han configurado el tratamiento médico como un derecho de aquél al que corresponde “la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención” (artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad –Ley 14/1986, de 25 de abril, BOE 101/1986, de 29 de abril de 1986–).¹¹⁷

El rechazo del tratamiento médico, acto de voluntad como el consentimiento en sí, está sometido a los mismos requisitos que el consentimiento.¹¹⁸ En el ámbito de la relación directa entre el médico y el enfermo, sus únicas consecuencias serán las meramente civiles de satisfacer a aquél sus honorarios o, en su caso, indemnizarle por los gastos que la preparación de un tratamiento, primero aceptado y luego rechazado, pudiera haberle

¹¹⁶ Por ejemplo, Marín Gámez, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado», *cit.*, pp. 8237-8257. Y también Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 75.

¹¹⁷ Podría señalarse incluso que, como ha escrito López Ortega, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, *cit.*, pp. 59-69: “La Ley 14/1986 General de Sanidad, también ha invertido la tendencia tradicional en nuestro ordenamiento consagrando, como regla general, el principio del consentimiento del paciente”.

¹¹⁸ *Cfr.* Moreno de las Heras, Diego, *op. cit.*, pp. 286-287.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 59

supuesto, pero, en el ámbito hospitalario, la negativa al tratamiento comporta el deber de solicitar y firmar el alta voluntaria (artículo 10.9 Ley General de Sanidad).¹¹⁹ La ley referida sólo excluye expresamente el derecho del paciente a “negarse al tratamiento” (artículo 10.9) “cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública”, “Cuando no esté capacitado para tomar decisiones...” y “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento” (artículo 10.6), es decir, en los casos de tratamiento obligatorio o, conforme a la opinión dominante, de estado de necesidad. En relación con esta cuestión del rechazo del tratamiento médico se ha venido afirmando, respecto de Canadá, que “El derecho a la autodeterminación que subyace a la doctrina del consentimiento informado, abarca, como es obvio, el derecho a negarse a recibir tratamiento médico”¹²⁰ y, respecto de Alemania, que “Un elemento central de la autodeterminación es la libertad del paciente de tratar su enfermedad. El paciente tiene el derecho a decidir si desea ser tratado o no y, en su caso, cómo”.¹²¹

Por lo que se refiere al rechazo del tratamiento vital,¹²² se debe comenzar señalando que “se ha de entender por tratamiento vital la actividad médica necesaria, no sólo para mejorar la salud del paciente, sino para salvar su vida”.¹²³ Algunos sectores doctrinarios han venido opinando que el rechazo, en estas circunstancias, por parte del interesado, presenta un matiz sobre los casos

¹¹⁹ Bueno Arús, Francisco, “El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario”, *cit.*, nots. marg. 395-406. También puede observarse, a este respecto, lo que señala Rivera Fernández, Manuel, *op. cit.* Este autor, eso sí, debemos señalar que enfoca esta cuestión del rechazo o abandono, por parte del paciente, del tratamiento médico, desde la perspectiva de la responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario en concreto. *Cfr.* también Romero Coloma, Aurelia María, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁰ Keyserlingk, Edward, “La eutanasia y ayuda al suicidio en Canadá”, *cit.*, pp. 417-448.

¹²¹ Koch, Hans-Georg, “La ayuda a morir como problema legal en Alemania”, *cit.*, pp. 235-260.

¹²² Souto Galván, Esther, “El derecho a una buena muerte y la cuestión de la eutanasia”, *Derecho y Opinión*, Córdoba, núm. 8, 2000, 2000, p. 551.

¹²³ Bueno Arús, Francisco, “El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario”, *cit.*, nots. marg. 395-406.

60 / María José Parejo Guzmán

de “no aceptación” de un tratamiento simplemente encaminado a mejorar la salud, el cual es que, si el interesado conoce la necesidad del tratamiento para salvar su vida y no obstante lo rechaza, parece revelar una voluntad suicida, que no deja de ser una conducta antijurídica (por sus consecuencias legales) aunque no sea penalmente típica.¹²⁴ Frente a esto, otro sector doctrinal ha venido señalando, en nuestra opinión acertadamente, que

sólo se puede hablar de suicidio cuando se desea conscientemente morir y se ponen los medios para acortar la vida. Elegir entre dos riesgos no es suicidio. Dejar que la naturaleza siga su curso sin poner medios extraordinarios para evitarlo, tampoco. El simple rechazo del tratamiento (omisión pura) por lo tanto, no es suicidio, y no puede legitimar una acción coactiva encaminada a imponerlo, fundada precisamente en la voluntad suicida del paciente... la situación aquí considerada debería dar lugar a un respeto de esa voluntad, como un acto de eutanasia pasiva, aceptable tanto para los partidarios como para los enemigos de una legislación específica sobre la materia...¹²⁵

También en relación con este rechazo del tratamiento vital, y en la línea por nosotros mantenida de aceptación de dicho rechazo, respetando así la voluntad del enfermo, debe mencionarse aquí lo señalado por el artículo 27.2 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial (1999), a saber, que “El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a recha-

¹²⁴ Así se ha contemplado en Romeo Casabona, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, *cit.*, pp. 485-488.

¹²⁵ Cfr. Bueno Arús, Francisco, “El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario”, *cit.*, nots. marg. 395-406, concr., nots. marg. 403 a 405. Véase también a este respecto, Romeo Casabona, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, *cit.*, pp. 485-488; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad médica y...*, *cit.*, p. 220, con quien mostramos nuestro total acuerdo y el propio Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I...*, *cit.*, pp. 369-410, concr., pp. 371 y 372.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 61

zar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad". En el mismo sentido hay que referirse a lo que han venido afirmando algunos autores de que

debe admitirse que la prohibición de realizar un tratamiento contra la voluntad expresa del paciente sigue en pie, aun cuando la denegación del tratamiento comporte un peligro inmediato para la vida. El ordenamiento debe proteger el derecho de disposición del paciente aun en estos casos extremos, pues de lo contrario este derecho resultaría dañado en su contenido, al quedar en suspenso cuando se tratara de una decisión a vida o muerte.¹²⁶

C. *El consentimiento informado y la voluntad o autodeterminación de los pacientes en casos de eutanasia en la jurisprudencia*

1) Según se ha dicho, "La Jurisprudencia... ha ido conformando los perfiles de la relación médico-paciente, los derechos y deberes que comprende, así como la naturaleza de la obligación del profesional sanitario y de la responsabilidad exigible por éste

¹²⁶ López Ortega, Juan José, "Consentimiento informado y límites a la intervención médica", *cit.*, pp. 59-69. También Souto Paz, José Antonio, "Libertad de conciencia (capítulo noveno)", *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 297-378. En Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, *cit.*, p. 432 y 439, puede leerse, también en este sentido: "Es indiscutible el derecho del paciente a decidir de forma general sobre su propio tratamiento como ámbito de su propia libertad... No es menos cierto que también le asiste el derecho a negarse a él si lo estima más conveniente para sus intereses personales... En resumen se puede afirmar que el paciente adulto y mentalmente sano tiene, en principio, la libertad de negarse a todo tratamiento, consecuente de una decisión informada, seria y responsable, incluso aunque al rechazarlo ponga en peligro su vida hasta el punto de sobrevenirle la muerte. Se trata, por consiguiente, no del derecho del médico a interrumpir el tratamiento, sino el del paciente a que éste no continúe". Respecto de Alemania, como ya se señaló anteriormente, algún autor de la doctrina (Koch, Hans-Georg, "La ayuda a morir como problema legal en Alemania", *cit.*, pp. 235-260) ha venido señalando que "...una persona enferma, en principio, no tiene ninguna obligación de someterse a un tratamiento médico aun cuando la omisión del tratamiento le causara la muerte".

62 / María José Parejo Guzmán

por las actuaciones realizadas en su ejercicio profesional”.¹²⁷ Esto ha significado que la evolución sufrida en estas cuestiones haya influido decisivamente en la noción actual del consentimiento informado.

Se mencionarán aquí, en primer término, aquellos supuestos en que se observa el rechazo o la negativa de una persona adulta a un determinado tratamiento médico por sus creencias religiosas o, más concretamente, aquellos en que los testigos de Jehová rechazan someterse a transfusiones de sangre. En estos casos, siempre que no haya disponibles otras opciones terapéuticas susceptibles de sustituir o paliar la transfusión de sangre, surge de inmediato la interesante pregunta de si esa negativa a recibir la transfusión puede calificarse o no como una actitud suicida. En líneas anteriores se hacía referencia a esta cuestión y se señalaba que

sólo se puede hablar de suicidio cuando se desea conscientemente morir y se ponen los medios para acortar la vida. Elegir entre dos riesgos no es suicidio. Dejar que la naturaleza siga su curso sin poner medios extraordinarios para evitarlo, tampoco. El simple rechazo del tratamiento (omisión pura) por lo tanto, no es suicidio, y no puede legitimar una acción coactiva encaminada a imponerlo, fundada precisamente en la voluntad suicida del paciente...

También los propios testigos de Jehová insisten en dejar sentado que ni son suicidas ni están ejerciendo el derecho a morir cuando se oponen a una transfusión.

En relación a estos supuestos de los testigos de Jehová, debe señalarse además el gran problema que se observa, cada vez más a menudo en los hospitales, en los casos en que el paciente no ha podido manifestarse y declarar su rechazo a una eventual transfusión de sangre por ser ésta contraria a su credo religioso

¹²⁷ Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 30.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 63

(en los que, además, son normalmente otros familiares del paciente, o incluso miembros del grupo religioso no pertenecientes a la familia, quienes se oponen a que se realice la transfusión). La cuestión es que el criterio de respetar la decisión del testigo de Jehová no se imponía, al menos en un momento inicial, en la práctica y en la jurisprudencia de nuestro país, siendo lo más frecuente que, ante situaciones de peligro vital originado por el rechazo de la transfusión, los médicos acudieran al juez, para que indicase cuál es el comportamiento que han de seguir conforme a derecho y para que ordenase la realización de las transfusiones necesarias médicamente, incluso con el apoyo de la fuerza pública, si fuera preciso (esto ocurre, por ejemplo, en los autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 y de 22 de diciembre de 1983 (Sala Segunda), siendo confirmado este último por otro, de la misma Sala, de 25 de enero de 1984). Hacia 1990 nuestra jurisprudencia abre otra línea argumental más acorde con los intereses de la decisión libre de un adulto en relación con un tratamiento vital. Con este cambio de talante en nuestra jurisprudencia, “se pone de manifiesto de forma más evidente la confusión que existe sobre la materia, que deberá ser aclarada por el Tribunal Constitucional cuando le llegue un caso de éstos y pueda entrar por fin en el fondo de la cuestión”.¹²⁸ Lógicamente, todas estas reflexiones se refieren, exclusivamente, a aquellos supuestos en que la decisión debe ser tomada por un adulto capaz sobre la propia vida, pero en ningún caso, a aquellos en que está en juego la vida ajena o en que el afectado sea un menor de edad o un incapaz. Respecto de estos supuestos, ya se ha mencionado anteriormente la línea de pensamiento, doctrinal y jurisprudencial, existente en nuestro país y en el entorno europeo, con la que nosotros nos identificamos.

En una labor de continuación con el estudio jurisprudencial señalado, se deben analizar en este momento aquellas resolucio-

¹²⁸ Véase Romeo Casabona, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, *cít.*, pp. 485-488.

64 / María José Parejo Guzmán

nes judiciales que, en nuestro país, se han referido y han destacado con más fuerza la exigencia de información y consentimiento en los pacientes.

Para ello se mencionará, en primer lugar, la Sentencia de la Sala 3a. de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 12 de enero de 1988, en que se abordaba un caso de una intervención consistente en una mamoplastia reductora bilateral. En el Fundamento Jurídico 8 de la sentencia se consideraba que

a fin de que la paciente pudiese prestar libremente y con conocimiento bastante su asentimiento a la intervención, plenamente necesaria en el caso litigioso, correspondía a la cirujano demandada cumplir el deber de conducta de informarle de los riesgos inherentes, entre ellos el de la necrosis grasa, en cuanto peligro probable, corriente y no menos, significativo, al fin médico y socialmente. Pues bien, ese deber no consta cumplido y, por ello, hay que concluir que la obligada contravino, en ese extremo, la regla negocial integrada por la buena fe...

Como se advierte del estudio de esta sentencia, la condena se fundamentó en el alcance del consentimiento informado, al considerarlo parte del acto médico pactado con la paciente, cuya violación por omisión conforma un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el médico, resaltando también el pronunciamiento que, en casos de medicina voluntaria, debe acentuarse el rigor con que se debe facilitar la información a la interesada.

En segundo lugar, y un año después, cabe destacar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12a.), de 12 de junio de 1989, en que también se señala que no basta el conocimiento y aplicación de las técnicas necesarias para exonerarse de responsabilidad, sino que es preciso cumplir con el deber de información que forma parte del contenido contractual o extracontractual que liga al médico con el paciente. En el fundamento de derecho tercero de esta sentencia se advierte que la prestación del médico cirujano autor de la vasectomía no

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 65

acaba en la práctica de la operación con técnica quirúrgica adecuada y empleando medios idóneos, lo que parece fuera de toda duda en el caso enjuiciado, sino que debe además extenderse, por mor de las reglas de la *lex artis*, al control y seguimiento de los efectos de la intervención, pues ello es una consecuencia de la naturaleza de la obligación y del contrato, tal como previene el artículo 1258 del Código Civil, por lo que debe incluir la información adecuada en orden a prevenir los controles analíticos periódicos de esperma y de las medidas contraceptivas precisas hasta alcanzar el resultado de la infertilidad. Es claro pues que es componente de aquella obligación de medios del médico la adecuada información tanto antes de la intervención como con posterioridad al objeto de alcanzar el resultado deseado, y si esta última se omite y se produce el embarazo, consecuencia de aquella omisión, el médico ha de indemnizar.

Apenas un mes después, en el mismo año, encontramos el interesante auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de julio de 1989, que en la misma línea de los anteriores manifestaba en su fundamento de derecho octavo, que “...deontológica y legalmente, todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saberla obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto...”.

En 1992, cinco pronunciamientos jurisprudenciales podrían destacarse en relación al consentimiento informado de los pacientes en los tratamientos médicos: la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1a.) de 12 de febrero de 1992;¹²⁹ la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (sección 1a.) de 23 de marzo de 1992;¹³⁰ la sentencia del Tribunal Supremo,

¹²⁹ Que literalmente señala: “...el paciente debe ser perfectamente informado de todos los riesgos habituales que dicho tratamiento pueda conllevar, para así, con toda la información en su poder, decidir si le conviene o no iniciar el mismo... Este deber de información del médico respecto a la paciente es el que se omitió en el presente caso...”.

¹³⁰ En una demanda contra un ginecólogo formulada por una mujer a la que se prac-

66 / María José Parejo Guzmán

Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/3323);¹³¹ la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13a., de 28 de abril de 1992, basando sus afirmaciones en la Ley General de Sanidad;¹³² y, finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4a., de 5 de mayo de 1992.¹³³

Nuevamente se observa un caso en que la falta de información al paciente, por parte del facultativo, ha sido juzgada como hipótesis de negligencia profesional, en la interesante y muy completa sentencia sobre el consentimiento informado, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073). En esta sentencia, el Supremo afirmaba, en el fundamento de derecho tercero,

...parece llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del mé-

tico una ligadura de trompas y que fracasó por repermeabilización. La Sala estimó en dicho pronunciamiento que la cumplida información de dicho riesgo no cabe duda que integra una de las obligaciones contractualmente asumidas por el equipo médico del hospital en el que se llevó a cabo la operación y, más específicamente, por el facultativo que la verificó, constituyendo tal omisión una actuación negligente del facultativo.

¹³¹ Que condenó a unos médicos declarando probado que no se advirtió a la madre de la paciente de los riesgos de la operación, ni de las otras alternativas existentes, para que aquélla decidiera, siendo ello una omisión culposa que llevó a la Sala a sostener que los médicos demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible.

¹³² Cuando afirma, por ejemplo, que la interesada "...no pudo prestar libremente y con conocimiento de causa bastante su asentimiento a la intervención a que fue sometida y este deber del médico, nacido del correlativo derecho del paciente, que ya se recoge en la Ley General de Sanidad... tampoco puede darse por cumplido, con lo que se quebrantó la regla negocial integrada por la buena fe, y es por ello que deben asumirse las consecuencias reparatorias subsecuentes".

¹³³ Que también condenaba a los médicos por no haber ofrecido a la paciente la información adecuada sobre la naturaleza de la operación que se pretendía realizar y sus consecuencias y riesgos, basando en el incumplimiento de aquella obligación la condena a indemnizar a la paciente.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 67

dico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 26 de junio de 1989, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones de mayor esfuerzo; B) 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 padezca, 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 esta circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le pueda comportar; y D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, 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...

Aproximadamente un año después, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de

68 / María José Parejo Guzmán

lo Social), de 22 de mayo de 1995 (AS 1995/1835), calificaba el consentimiento informado como un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis*.

El siguiente pronunciamiento jurisprudencial en el tiempo es la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1997, en que puede leerse: “...esta Sala ha declarado en numerosas sentencias, de ociosa cita, en relación con la responsabilidad sanitaria, que la obligación del personal de esta clase no es de resultados, sino de medios, lo que implica... b) la información al paciente, o, en su caso, a sus familiares, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos de la afección...”.

También en 1997, el propio Tribunal Supremo se referirá de nuevo a esta obligación de los médicos de informar al paciente, en sendas sentencias de 2 de octubre de 1997, Sala de lo Civil, (RJ 1997/7405)¹³⁴ y de 10 de noviembre de 1997.¹³⁵

Algo después, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998, se vuelve a recordar judicialmente que “En la responsabilidad médica el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o *lex artis ad hoc*; de aquí que se afirme desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales —entre los que está sin duda, el de la información adecuada—...”.

En el mismo año, hay que referirse a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.), de 16 de octubre de 1998 (RJ 1998/7565). En que se viene a señalar, como cuestiones fundamentales en re-

¹³⁴ En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo configura el consentimiento informado como presupuesto y elemento integrante de la *lex artis ad hoc*, señalando la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, cuando señala, literalmente, que “Un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso a los familiares del mismo”.

¹³⁵ En esta sentencia, puede leerse, en el mismo sentido, que “...la información, en cuanto sea posible, al paciente, o en su caso, a sus parientes, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la llamada ‘obligación de medios’, y su omisión supone negligencia”.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 69

lación con el objeto de estudio, que con carácter previo a la emisión del consentimiento, el paciente debe ser informado, pues, de otro modo, la voluntad del enfermo aparecería como una declaración viciada, que el deber de información es un auténtico deber de naturaleza legal, que forma parte de las normas deontológicas de los colegios médicos y su observancia es, además, una elemental aplicación derivada de principios lógicos, morales y éticos indiscutibles y, por último, que el consentimiento prestado sin la debida y previa información, es un consentimiento viciado.¹³⁶

De 1999 cabe destacar, en primer lugar, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.), de 13 de abril de 1999;¹³⁷ en segundo lugar, el auto del Juzgado de 1a. Instancia e Instrucción de Llerena, de 25 de mayo de 1999 (ponente: Sra. Marroquín Parra);¹³⁸ en tercer término, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15a.), de 20 de septiembre de 1999;¹³⁹ y, por

¹³⁶ Al respecto de esta sentencia puede leerse, en Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 203, cuando estos autores realizan una síntesis del contenido de dicha sentencia: "Responsabilidad por falta de una adecuada y amplia información al paciente sobre los riesgos de la intervención. Carga de la prueba sobre el cumplimiento del deber de información. Condena al Instituto Catalán de Salud al pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados a la paciente. La obligación de informar correspondería a los profesionales que practicaron la prueba médica, pero no cabe desvincular al Centro hospitalario de toda obligación al respecto, al incumbirle, en el aspecto y estructura organizativos, un deber *in vigilando e in eligendo*".

¹³⁷ Que destaca que la información debe comprender, no sólo el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos de la intervención, sino también los medios con que cuente el centro médico para realizarla en el caso de que puedan resultar insuficientes, para que el paciente pueda optar por acudir a otro centro o entidad, así como que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega, recayendo la carga de la prueba de la información sobre el facultativo y el centro médico.

¹³⁸ Que considera que el adulto capaz puede rechazar la transfusión sanguínea, aun encontrándose en una situación de riesgo vital, siempre que dicho individuo se exprese en condiciones de validez y eficacia, después de haber sido informado suficientemente por los facultativos que le asisten.

¹³⁹ La cual se refería a un supuesto de una operación de ligadura de trompas y estimaba la existencia de responsabilidad por daños y perjuicios causados por insuficiente información a la paciente. La paciente, en este supuesto, tras someterse a una operación de ese tipo, sufrió un embarazo no deseado, sin que hubiese sido previamente

70 / María José Parejo Guzmán

último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15a.), de 1 de diciembre de 1999.¹⁴⁰

Más recientemente, en el año 2000, empezar destacando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11a.), de 13 de enero de 2000.¹⁴¹

Un mes después hay que referirse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 3a.), de 24 de febrero de 2000.¹⁴²

Junto a estas sentencias de Audiencias Provinciales, hay que destacar, también en el año 2000, dos importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo español en relación a estas cuestiones: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3a.), de 4 de abril de 2000¹⁴³ y la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.), de 26 de septiembre de 2000.¹⁴⁴

advertida e informada de que existía, siquiera, una mínima posibilidad de volver a quedar embarazada.

¹⁴⁰ Que muy claramente manifiesta que el deber de información constituye una obligación de tracto sucesivo, necesaria a lo largo de toda la actividad médica, recayendo el deber de información sobre el facultativo que atiende al paciente, sin posibilidad de delegar dicha función en un subalterno, y que, al mismo tiempo, explica el contenido mínimo exigible en el documento del consentimiento informado.

¹⁴¹ Referente a un supuesto en que se había transmitido el VIH a un paciente mediante una transfusión de sangre y que señalará la existencia de responsabilidad, por falta de información sobre los riesgos que conlleva una transfusión como vía de transmisión de enfermedades, al no haber quedado acreditado que la paciente asumiese, suficientemente informada, los riesgos que conlleva una transfusión.

¹⁴² Que, además de señalar la extensión y el contenido que debe tener la información médica, hará hincapié en la imposibilidad de prescindir del consentimiento informado fuera de los supuestos de urgencia vital y riesgo para la salud pública. Incluso, esta sentencia se referirá a la insuficiencia del consentimiento prestado por un familiar si el paciente está capacitado para prestarlo en algún momento de lucidez anterior a la intervención.

¹⁴³ Muy interesante en sus planteamientos y que afirmará que "El consentimiento informado constituye la expresión del derecho de autodeterminación del paciente". En esta sentencia se señala también que la carga de la prueba de la existencia del consentimiento informado corresponde al profesional y centro médico y que existe responsabilidad, por insuficiencia de la información, al no informarse al paciente de los riesgos de la intervención.

¹⁴⁴ Que insiste en que el deber de información corresponde, personal y directamente, al médico y en que dicha información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible. En ella se observa responsabilidad del profesional que no informó al paciente de los riesgos

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 71

Referirnos seguidamente a dos pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo del año 2001: por una parte, la interesante sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.), de 12 de enero de 2001, que también menciona la relevancia de la información que debe recibir el paciente, como requisito del auténtico consentimiento y que dictaminaba la responsabilidad que existe para el médico, por falta de adecuada y suficiente información sobre los riesgos de una intervención y señalaba que dicha información no es un mero formalismo sino que tiene su fundamento en la dignidad humana y la libertad y, por otra parte, la también interesante e importante, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2001, en la cual se observa, fundamentalmente, la protección del derecho a la integridad corporal, que resulta afectado cuando hay intervención quirúrgica en el cuerpo sin consentimiento del titular. En este último pronunciamiento se señala que, para que el médico pudiera actuar en el cuerpo de la paciente, se requiere que ésta hubiera emitido su consentimiento a tal fin y que es evidente que dicho consentimiento no se emitió, en este supuesto, pues a la paciente se había intervenido la rodilla izquierda y la rodilla a operar era la derecha y no la izquierda. Igualmente, se hace hincapié en esta sentencia en el hecho de que el consentimiento de los pacientes ha de emitirse con anterioridad a la intervención quirúrgica y no después o a posteriori, como parece dar a entender la sentencia de instancia. Cabe decir pues que, en definitiva, dado los escasos textos legales que hemos visto que existen del consentimiento informado, sus presupuestos y requisitos, hasta la fecha, “ha sido la doctrina de los tribunales la que, adelantándose al legislador, ha ido llenando el vacío legal, adecuando su concepción a los derechos fundamentales y libertades del individuo”.¹⁴⁵

de la operación así como de las posibles alternativas a la misma, privando al paciente de su capacidad de optar.

¹⁴⁵ Palomares Bayo, Magdalena *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 32. En el mismo sentido, Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*

72 / María José Parejo Guzmán

Hasta 2009 no existía sentencia alguna en nuestro país en que se diera una condena por eutanasia en España (tal como confirmó el departamento de Justicia de la Generalitat catalana). En marzo de ese año Marcos Ariel Hourmann, ex facultativo del Hospital Comarcal Móra d'Ebre, fue hallado (por la Audiencia Provincial de Tarragona) culpable de este delito, siendo condenado a un año de prisión y otro de inhabilitación.

Toda la información relativa a tal caso podemos encontrarla en los hechos probados de la Audiencia Provincial de Tarragona del 9 de marzo de 2009. La tarde del 28 de marzo de 2005, C.C.R (de 82 años) ingresó en el hospital comarcal de Mora d'Ebre aquejada de cáncer de colon, hipotensión arterial (la cual no remitió pese al tratamiento) e infarto agudo de miocardio —entre otros males— por lo que su evolución fue negativa y se tradujo en un infarto masivo, shock hipovolémico, hemorragia interna... llegando a encontrarse en muy grave o terminal (de lo que se dedujo que fallecería en poco tiempo, no existiendo posibilidad de tratamiento curativo). Del estado de la paciente se informó a su familia, la cual permitió que el médico condenado le suministrara calmantes y sedación con la finalidad de evitar el padecimiento; este consentimiento se dio de manera genérica, delegando en el médico la libre elección de las pautas sedativas a darse, algo que es frecuente. Así, el acusado (médico en el hospital del que tratamos), a cuyo cargo estaba la paciente por turno de reparto, supo que la muerte de la anciana se daría en escaso tiempo. Ante la insistencia de la misma para que este acabara con su vida y con el gran sufrimiento que soportaba, decidió iniciar las pautas de sedación de pacientes terminales (caso de esta paciente), las cuales se aplicaban en los hospitales de Cataluña y habían sido previamente aprobadas por el Colegio de Médicos de Cataluña. Cuando la paciente se encontraba ya inconsciente el acusado le inyectó a la misma un émbolo de 60 miligramos de cloruro potásico (sustancia letal, excluida de los sedativos en los protocolos de los hospitales catalanes, al no ser considerado un sedativo.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 73

Éste es un compuesto parecido al que se utiliza en las inyecciones letales de las ejecuciones judiciales en Estados Unidos). El meollo de todo este caso se da en que, al comunicarle la paciente al médico que acabara con su sufrimiento, este entendió que le pedía que pusiera fin a su vida: de ahí que además de las pautas de sedación le administrara el cloruro potásico; este dejó constancia por escrito en el historial clínico de la paciente todas las sustancias administradas.

En base a todo esto, el médico fue condenado a título de autoría de un delito de homicidio imprudente (artículo 142.1 Código Penal) y de un delito en grado de tentativa del artículo 143.4 Código Penal (en relación con los artículos 143.3 y 16 Código Penal); las penas previstas fueron un año de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo mientras durase la condena —por el delito de homicidio imprudente— y, por otro lado, de cuatro meses y quince días de prisión —por el delito del artículo 143.4 Código Penal—, algo que se sustituye por el pago de multa durante nueve meses, siendo la cuota diaria de seis euros. Es curioso resaltar que la sentencia que nos ocupa resultó de un pacto entre el acusado y el fiscal. La acusación la formuló el Ministerio Fiscal, quien se personó como tal tras la denuncia por parte del centro sanitario donde el médico trabajaba a este último, que fue despedido por mala praxis (el hospital considera el procedimiento fuera de ley). El que se personara el Ministerio Fiscal fue motivado por el hecho de que la familia de la paciente fallecida rechazara denunciar al acusado. Así, el fiscal creyó veraz lo relatado por el acusado y por ello acordó con la defensa rebajar la acusación de homicidio (penado una condena de 10 años de prisión) a la de homicidio involuntario. Es necesario especificar que se entendió que el error del médico interpretando a su paciente era vencible, ya que el consentimiento no era expreso y de las palabras no se deducía como única la interpretación hecha.

Lo cierto es que, y tal como aseguran diversos expertos en la materia, si el médico de quien hablamos no hubiera dejado

74 / María José Parejo Guzmán

constancia por escrito de la inyección de cloruro potásico en el informe médico existe un gran número de probabilidades de que la eutanasia hubiera pasado desapercibida. Fernando Marín, presidente de la Asociación Derecho a Morir Dignamente, asegura que la eutanasia clandestina es una práctica habitual, dándose unas cinco o seis eutanasias de tal carácter cada día; según los datos arrojados por esta asociación en los países desarrollados donde no se regula esta práctica el 0,4% de las muertes son provocadas por médicos.

Esta sentencia fue pues la primera en relación al tema del fin de la vida en que se declaró al acusado culpable, pero eso no implica que no se hayan dado otras sentencias en relación a este ámbito sino que la cuestión es que en ellas no se ha acabado condenando al acusado en cuestión.

Unos años antes, en el 2005, unos médicos de urgencias del Hospital Severo Ochoa (Leganés) fueron, mediando una denuncia de carácter anónimo, acusados de haber practicado sedaciones a enfermos terminales irregularmente, algo que podría considerarse desde un delito de cooperación ejecutiva al suicidio hasta uno de homicidio (para lo cual habría que fijarse en el grado de intervención de la víctima en la actuación realizada por el médico). El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Leganés realizó la oportuna investigación judicial del caso, decidiendo finalmente mediante auto de 20 de junio de 2007 suspender el caso al no apreciar indicios de delito alguno. Tras esta decisión se apeló a la Audiencia Provincial de Madrid la decisión tomada por los jueces del Juzgado mencionado, la cual resolvió mediante auto de 21 de enero de 2008 (tres años después del inicio de todo este caso) que resolvía la apelación, alegando que las actuaciones médicas fueron conformes a derecho: no hubo ni eutanasia ni negligencia alguna, tan sólo buena práctica médica. Aun así, hemos de mencionar que la calificación jurídica de los hechos fue acordada por la defensa y la acusación, al darse conformidad (el Tribunal insinúa, en el fundamento jurídico 4

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 75

de la sentencia, que se podrían haber dado otra calificación más ajustada a derecho). Este caso suscitó gran debate en la sociedad, manifestando la necesidad de profundizar en la distinción entre mala praxis, sedación paliativa y eutanasia.¹⁴⁶

Otro caso llamativo que no podemos olvidar a la hora de tratar la jurisprudencia española entorno al fin de la vida se resolvió judicialmente en 2006, no dando tampoco lugar a condena para el acusado,¹⁴⁷ y que también causó debate en la sociedad española.

Inmaculada Echevarría padecía de distrofia muscular, la cual se desarrolló de manera nefasta dando lugar a una atrofia espinal, que le produjo tetraparesia flácida, así como insuficiencia ventilatoria secundaria: esto hizo que desde 1997 dependiera de manera absoluta de ventilación mecánica, viviendo hasta 2006 en el Hospital San Rafael (Granada). Su situación clínica era imposible de remediar, irreversible, aunque estable (e incierta). En el año 2006 la situación de Inmaculada era de tetraparesia flácida, debiendo permanecer siempre en cama; sólo tenía movilidad distal de los dedos, debía ser alimentada por terceros por vía oral y, aunque podía expresarse, su capacidad fonatoria era bastante reducida. Ante esta situación, ese mismo año Inmaculada pidió a la dirección hospitalaria que la desconectaran de su respirador, algo que el equipo sanitario de la clínica estaba dispuesto a llevar a cabo siempre que se realizara un dictamen de una Comisión de Ética y este fuera favorable.

La Comisión Autónoma de Ética, en su dictamen, consideró por unanimidad la petición de la paciente un rechazo a recibir el tratamiento hasta entonces llevado a cabo, es decir, una revocación del consentimiento inicialmente dado por Inmaculada para ser mantenida con vida mediante ventilación mecánica; de ahí que no calificaran tal acción de desconexión como eutana-

¹⁴⁶ Mora, A.U., Malanda, S.R., "Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica", *Revista de Derecho Penal*, vol. 34, 2011, pp. 60 y 61.

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

76 / María José Parejo Guzmán

sia. Aun así, la Consejera de Salud trasladó la petición de desconexión y el dictamen de la Comisión de Ética e Investigación al Consejo Consultivo de Andalucía con motivo de conocer qué implicaciones jurídicas se derivarían de tal actuación: el informe de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo fue también favorable, pero no unánime, detallando que el desconectar a la paciente de la ventilación artificial era algo acorde a derecho, no siendo punible tal actuación por parte del personal sanitario. Así, en marzo de 2007 se procedió a desconectar a Inmaculada (tras su adecuadamente sedación). Unos días después y ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se presentó una denuncia tanto contra la Consejera de Salud como contra el Consejo Consultivo, y aquellos médicos encargados de la paciente desconectada, pero el fiscal decidió finalmente archivarla —entre otras cosas— por considerar que Inmaculada ejerció un derecho y porque fue realmente la enfermedad la que causó la muerte de la misma, no pudiéndose incluir este supuesto en los incluidos en el artículo 143 del Código Penal.

No podemos dejar de hacer mención al archiconocido, aunque ya antiguo, caso de Ramón San Pedro Camean: el caso español de fin de la vida más conocido debido a su plasmación cinematográfica en la película “Mar adentro”.

Ramón San Pedro fue un parapléjico que reivindicó el derecho a la propia muerte. En 1963 sufrió una tetraplejía (provocada por una sección medular) a causa de un accidente, permaneciendo desde entonces inmovilizado de todo el cuerpo absoluta y permanente, menos la cabeza. Con el paso del tiempo Ramón consideró que vivir en tales condiciones no era una vida digna, prefiriendo morir antes que seguir soportando tal situación; pero, al estar inmovilizado, no podía suicidarse si no contaba con la ayuda de un tercero. De ahí que decidiera solicitar a los jueces que autorizaran a su médico a que le suministrara medicamentos para evitar el dolor y angustia que tal situación le ocasionaba, de manera que tales actuaciones no fueran vistas penalmente

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 77

como ayuda al suicidio o delito otro alguno. La primera demanda se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barcelona; éste y la Audiencia Provincial de Barcelona no la admitieron debido a cuestiones de competencia (el paciente residía en la Coruña). Se presentó entonces un nuevo recurso ante el Tribunal Constitucional, que ratificó las sentencias de los órganos antes mencionados por no agotarse la vía judicial. Por último, la Comisión Europea de Derechos Humanos ratificó igualmente el fallo del 1995 (por no haberse agotado la vía interna española). Se pasó entonces a reiniciar el caso ante el juzgado competente (el de Noya), que resolvió en octubre de 1995: entendió que el “derecho a la muerte digna” por medio de homicidio solicitada por el paciente no se daba en nuestro ordenamiento —el cual sí penaba el auxilio ejecutivo al suicidio—. La Audiencia Provincial de la Coruña, en 1996, argumentó que la jurisprudencia del Constitucional especificaba que el artículo 15 de la Constitución Española no garantizaba el derecho a la propia muerte. El recurso final interpuesto ante el Constitucional no llevó a resolverse debido a que ya se había producido el homicidio de Sampedro en 1998 (tras esto se intentó mantener a flote el caso, lo cual se rechazó por el propio Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Este fue el caso que abrió en España el debate sobre la eutanasia y el suicidio asistido, pero ni mucho menos (como acabamos de comprobar) fue el último, quedando en nuestro país mucho trabajo todavía por hacer y desarrollar en cuanto a lo que este ámbito se refiere jurisprudencialmente.

2) Junto a los pronunciamientos judiciales españoles, resulta de interés hacer referencia asimismo a la jurisprudencia de otros países europeos cercanos al nuestro. A modo de ejemplo, la jurisprudencia francesa es hasta más copiosa y antigua que la nuestra en esta materia. Dicha jurisprudencia se muestra, en lo esencial, coincidente con lo ya expuesto, manteniendo una “similar posición que nuestros tribunales ante el problema de la información

78 / María José Parejo Guzmán

y del consentimiento informado del paciente, habiendo influido notoriamente en nuestra doctrina”.¹⁴⁸ En el sentido señalado, la jurisprudencia francesa recoge la necesidad de que, previamente a cada tratamiento o intervención, el médico obtenga el consentimiento informado del enfermo, ya que la ausencia de este consentimiento determina la responsabilidad del médico. Así lo han señalado, por ejemplo, las sentencias de la Cámara Civil de la Corte de Casación de 29 de mayo de 1951 y de 27 de octubre de 1953.

En esta línea, por una parte, una interesante sentencia, que demuestra la entidad que se concede al consentimiento en la jurisprudencia francesa, la constituye la dictada por la Corte de Apelación de París, de fecha 20 de febrero de 1992. Sentencia en relación a un paciente al que su dermatólogo solicitó unos análisis sanguíneos generales y, entre las determinaciones postuladas, incluyó el test para detectar el SIDA (serología VIH). En este pronunciamiento, el Tribunal refiere no ser suficiente con obtener un consentimiento global y aproximativo, siendo preciso mantener una conversación con el paciente antes de encargar tal examen, observándose que, en este supuesto, el médico no había solicitado el consentimiento informado del paciente antes de hacer los meritados análisis.

Por otra parte, una resolución muy trabajada sobre estas cuestiones, que analiza en profundidad el tema de la información sanitaria y quién es la persona obligada a facilitarla, es la sentencia de la Corte de Casación francesa, Cámara Civil, de 31 de marzo de 1993. El supuesto analizado es el de un reumatólogo francés, jefe del correspondiente servicio médico, que es requerido por la Seguridad Social para determinar el estado de un enfermo que había sufrido un accidente de trabajo, y fijar la posible fecha de consolidación de sus lesiones. Tras la exploración del paciente, el reumatólogo solicita una flebografía lumbar, que al ser realizada por un médico radiólogo provoca en el paciente múltiples

¹⁴⁸ Galán Cortés, Julio César, *El consentimiento informado del usuario...*, cit., p. 158.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 79

trombosis venosas profundas, lo que determina una serie de importantes secuelas. Interpuesta demanda por el paciente, la Corte de Apelación aprecia una relación directa de causalidad entre la prueba flebográfica realizada y el daño causado, considerando que el reumatólogo prescribió un examen que no tenía carácter urgente y que generaba riesgos, sin exponerlos previamente al paciente, condenando a este facultativo por no haber obtenido el consentimiento previo del paciente, ni haber tomado la precaución de avisar al médico radiólogo de las circunstancias en las que solicitaba el examen, dado que el radiólogo podía pensar, razonablemente, que el médico prescriptor de la prueba, aun no siendo especialista en flebología o radiología, debía haber avisado al paciente de los riesgos que toda intervención de este tipo conlleva. La Corte de Casación, en cambio, casa la mencionada resolución, absolviendo al médico reumatólogo prescriptor de la referida técnica diagnóstica, ya que estima que cuando el médico radiólogo procede a una intervención prescrita por otro médico, dispone, por su cualidad y funciones, de un derecho de control sobre la prescripción de su colega, y ostenta, por consiguiente, la obligación de ilustrar al enfermo sobre los riesgos de la intervención.

Un año después, nos encontramos con la sentencia del Tribunal de Grande Instance de Metz, de 22 de diciembre de 1994. También sobre el tema de la información sanitaria, que aborda el supuesto de un ginecólogo que no informó del resultado de una ecografía a unos futuros padres, impidiéndoles a estos conocer la malformación cardíaca congénita que portaría indefectiblemente el niño al nacer, lo que les generó un perjuicio moral al no poder realizar una interrupción voluntaria del embarazo por motivos terapéuticos.

Y ya en 1995 referirnos a la sentencia de la Corte de Casación, Cámara Civil, de 10 de julio de 1995. Muy severa a la hora de juzgar sobre la información suministrada a un paciente que iba a ser sometido a una timpanoplastia, y al que el médico especia-

80 / María José Parejo Guzmán

lista en otorrinolaringología le indicó que podía padecer vértigo e incluso una agravación de la hipoacusia, pero no le indicó el riesgo de una parálisis facial que luego sufrió.

En el estudio jurisprudencial sobre esta materia, y que nos ha llevado al análisis de la jurisprudencia francesa,¹⁴⁹ no puede pasarse por alto estudiar el muy conocido y famoso caso aparecido en Francia en el año 2003: el caso del cuadrapléjico Vincent Humbert. Este joven francés de 22 años, ciego, mudo e inmovilizado de sus piernas y brazos tras un accidente automovilístico sufrido en el año 2000, moría el sábado 27 de septiembre de 2003, en un hospital del noreste de Francia, dos días después de que su madre llevara a cabo su voluntad de acabar con su vida inyectándole barbitúricos a través del suero intravenoso. El enfermo, que llegó a estar en coma nueve meses, había solicitado en diversas ocasiones que pusieran fin a su vida y ese intento de acabar con su vida coincidió, incluso, con la publicación de su libro “Pido el derecho a morir”, que Humbert escribió con un gran esfuerzo utilizando un movimiento vacilante en un pulgar. Aun cuando los médicos del centro de parálisis Berkck-sur-Mer en la costa norte de Francia estaban luchando por salvar al paciente, su madre, Marie Humbert, llegó a comentar al diario francés *Le Parisien* que planeaba ayudar a su hijo a morir en una fecha que ambos habían fijado, a pesar del hecho de que el suicidio asistido es ilegal en Francia. Además, Humbert, había escrito una carta a Chirac en noviembre de 2002, utilizando para ello su pulgar, “suplicándole una excepción a la prohibición de la eutanasia de forma que su madre pusiera fin a sus sufrimientos”, a lo que Chirac respondió rechazando su petición de morir. En el caso en cuestión, la Justicia francesa fuese inclemente, el 13 de enero del año 2004, con Marie Humbert, la madre que ayudó a morir a su

¹⁴⁹ Respecto de la jurisprudencia francesa sobre el tema de la eutanasia, cabe mencionar lo que señalaba, en 1992, Basdevant-Gaudemet, Brigitte, en “L’Euthanasie et la renonciation aux traitements médicaux en Droit français”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VIII, 1992, pp. 289-299, *concr.*, p. 299.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 81

hijo Vincent, considerando que inyectar barbitúricos en la sonda de su hijo le supondría un proceso por “administración de sustancias tóxicas con premeditación”, que le podría llegar a costar cinco años de prisión. La magistrada de Instrucción de Boulogne sur Mer, Anne Morvant, confirmaba ese día (el 13 de enero de 2004) los cargos que había recomendado la Fiscalía contra Marie Humbert, después de dos horas de interrogatorio. También se observan, en el caso, cargos de la Fiscalía contra el doctor Frédéric Chaussoy, quien desconectó a Vincent Humbert después de que quedase en coma profundo por la sobredosis de medicamentos que le había proporcionado su madre. El galeno podría pasar el resto de su vida en prisión por “envenenamiento con premeditación”. Chaussoy había reivindicado en numerosas ocasiones su total responsabilidad, para descargar a la madre de culpa. El médico Frédéric Chaussoy, fue procesado el 14 de enero de 2004 en Boulogne-sur-Mer por “envenenamiento con premeditación”. Esta decisión se produce un día después de que la juez inculpara por “administración de sustancias tóxicas” a Marie Humbert, madre del cuádrupléjico, mudo y casi ciego y que en numerosas ocasiones había solicitado su derecho a morir y cuyo caso reabrió en Francia el debate sobre la eutanasia. El delito por el que fue procesado podía ser penado con cadena perpetua. Los abogados del doctor consideraron el procesamiento como un “error de derecho”, al considerar que se fundamenta en el derecho penal general y no en el médico. La mayoría del Gobierno pidió a la Justicia que fuera clemente con ambos, e incluso el ministro de Sanidad, Jean François Mattei, declaró en esos días: “No creo que haya muchos franceses que deseen que sean castigados”. La cuestión objeto de debate en este caso, parece centrarse en el hecho de que Vincent, en plenas facultades mentales, pero encerrado en un cuerpo que no le respondía, había hecho público sin cesar su deseo de morir. Finalmente, el 27 de febrero de 2006 la Justicia francesa decretó el sobreseimiento del caso del joven tetrapléjico Vincent Humbert. La Justicia francesa rechazaba así condenar a

82 / María José Parejo Guzmán

la madre y al médico que permitieron morir al joven tetrapléjico en 2003 abandonando así los tribunales la persecución penal de ambos y disculpando su actuación por la “obligación moral” que supuso el caso y la insistencia de Vincent por morir. Como puede observarse, los jueces finalmente decidieron que este paciente tenía derecho a morir con dignidad.

Evidentemente, con este caso ocurrido en Francia se reabrió el debate público sobre la eutanasia en toda Europa. Incluso cabe señalar que, según tuvimos conocimiento por noticia tomada de Internet de 2 de octubre de 2003,¹⁵⁰ la muerte del francés Humbert obligó a posponer un debate sobre la eutanasia en el marco del Consejo de Europa. Según esta noticia:

El Consejo de Europa ha dado marcha atrás. Esta institución, que tiene su sede en Estrasburgo (Francia), se disponía a votar hoy una iniciativa para pedir a sus 45 Estados miembros que despenalicen la eutanasia, pero la dramática muerte de Vincent Humbert, el tetrapléjico galo que se quitó la vida la semana pasada con la ayuda de su madre, avivó el debate de tal forma que acabó viciándolo. Después de que Francia rechazara la posibilidad de revisar sus leyes para autorizar la eutanasia, al estimar el primer ministro, Jean-Pierre Raffarin, que la vida ‘no pertenece a la política’, la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa decidió ayer aplazar el análisis de un polémico informe en el que se invitaba a despenalizar la muerte asistida en todo el continente. El aplazamiento fue pedido por el húngaro Mátyás Eorsi, perteneciente al Grupo Liberal, que estimó que el debate en torno a la eutanasia se trata de ‘un tema muy importante’ que requiere de un análisis más reposado. El presidente del Consejo, Peter Schieder, admitió que ‘hay muchos miembros de la asamblea que están en contra de esta discusión’, motivo por el cual el aplazamiento fue refrendado por 89 votos a favor y 41 en contra. El informe del Consejo de Europa favorable a la despenalización de la eutanasia fue elaborado por el suizo Dirk Marty y incluso se aprobó el pasado día

¹⁵⁰ Véase <http://www.eutanasia.ws/dmdNoticias.html>.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 83

5 en la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo de Europa. El documento sostiene que la eutanasia es una práctica que se extiende a toda Europa, aunque se haga en la clandestinidad, razón por la cual la comisión de Asuntos Sociales invitaba a 45 países miembros del consejo a que analicen más a fondo los datos relativos a la eutanasia y al suicidio asistido con el fin de promover un amplio debate público. Cumplido este paso, el ponente pide a los gobiernos que valoren si sería posible la aprobación de una legislación que acabe con los procesos judiciales contra los médicos que aceptan ayudar a morir a los enfermos incurables que, de manera ‘repetida, voluntaria y reflexionada’, han decidido poner fin a su existencia.

3) Además de esto y por último vamos a realizar un breve acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más destacada sobre el tema.

En el año 2002 tuvo lugar el caso de “Pretty contra Reino Unido”. Se trata del caso de una señora enferma de esclerosis lateral, lo que le impedía acabar con su propia vida, ante el rechazo del Gobierno británico de permitir ser su marido el que llevase a cabo la privación de la vida de la enferma a petición de ésta.

El asunto “Pretty” tuvo su origen en una demanda dirigida contra el Reino Unido por la señora Dianne Pretty, que se encontraba paralizada y padecía una enfermedad degenerativa incurable que afectaba las neuronas motrices del interior de su sistema nervioso central y que le provocaba una alteración gradual de las células que hacen funcionar a los músculos voluntarios del cuerpo. La señora Pretty alegó en su demanda que el rechazo por parte del Director of Public Prosecutions de conceder a su marido una inmunidad de diligencias si le ayudaba a suicidarse y, de forma más general, la prohibición de la ayuda al suicidio establecida en el derecho británico, vulneraban los derechos garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales en los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de recibir un trato inhumano y degradan-

84 / María José Parejo Guzmán

te), 8 (respeto a la vida privada y familiar), 9 (libertad de conciencia) y 14 (prohibición de sufrir discriminación). La mañana del 29 de abril de 2002, Dianne Pretty perdía ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos su última posibilidad de que le fuera reconocido su derecho a morir con dignidad, ya que los magistrados del Tribunal Europeo entendieron que la negativa de las autoridades británicas a permitir que Brian Pretty ayudara a su mujer a cometer suicidio no violaba ninguno de los derechos recogidos en la Convención Europea (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de abril de 2002, asunto “Pretty contra Reino Unido”, 2002/23 –sección 4a.– demanda número 2346/2000, *Reports of Judgments and decisions 2002-III*).

La primera demanda interpuesta por Dianne Pretty para que se autorizase a su marido a ayudarle a morir dignamente, fue desestimada por el Tribunal de Apelación británico, en el que los tres jueces encargados del caso reiteraron, el 18 de octubre de 2001, la decisión del fiscal general del Estado, que previamente había negado inmunidad a Brian Pretty para ayudar a su esposa a suicidarse. Esta desestimación echaba por tierra los argumentos del equipo legal de Dianne que, en la vista, había defendido el “derecho a morir con dignidad” en el momento de su elección. Dianne estaba muy enfadada tras escuchar el veredicto, pero aseguró que seguiría luchando llevando su causa ante los jueces Lores. La Cámara de los Lores (la más alta instancia judicial británica, equivalente a nuestro Tribunal Supremo) rechazó, el 29 de noviembre de 2001, por unanimidad, la demanda de Dianne Pretty, perdiendo así otra batalla en su objetivo por morir con la asistencia de su marido, Brian. Con esta reafirmación por parte de los lores-jueces de que el suicidio asistido es ilegal, agotaba Dianne la última vía legal ante la justicia británica (aunque el suicidio no se considera un delito en derecho inglés, ayudar a alguien a suicidarse, que es lo que se observa en este caso, ya que la demandante se encontraba impedida por su enfermedad para llevar a cabo dicho acto sin ayuda, sí cae bajo el peso de la

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 85

ley penal: artículo 2.1 de la ley de 1961 sobre el suicidio –*Suicide Act*–. La incriminación penal de la ayuda activa al suicidio es prácticamente universal). Entonces, Pretty escribió incluso una carta al primer ministro británico, Tony Blair, para instarle a modificar la legislación y permitir la eutanasia, pero Blair anunció de inmediato que no iba a cambiar la legislación en esta materia, regulada en 1961, por la que cualquier persona que en el Reino Unido ayude a otra a quitarse la vida puede ser condenada a catorce años de cárcel. Tras este pronunciamiento, los abogados de Pretty deciden recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la esperanza de obtener de éste inmunidad oficial para poner fin a la neuropatía incurable que sufría Dianne. Acudieron al Tribunal de Estrasburgo con el argumento de que, al impedir que Dianne Pretty llevara a cabo su deseo de morir dignamente, el Estado británico estaba violando cinco artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (los arriba mencionados). Como se ha explicado en el cuerpo del texto, el 29 de abril de 2002, Dianne Pretty perdía, finalmente, su última posibilidad de que le fuera reconocido su derecho a morir con dignidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 29 de abril de 2002, asunto “Pretty contra Reino Unido”, 2002/23 –sección 4a.– demanda número 2346/2000, Reports of Judgments and decisions 2002–III). Los siete magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sentenciaron el 29 de abril de 2002, por unanimidad, que el suicidio asistido no es un derecho humano: “Comprendemos que, privada de la posibilidad de terminar con su vida, la demandante sienta aprensión ante la perspectiva de una muerte dolorosa”, indicaban en su fallo los jueces, “pero de ello no puede derivarse ningún derecho a morir, ni a manos de una tercera persona ni con la asistencia de las autoridades públicas”, decretaban. Los magistrados del Tribunal Europeo entienden que la negativa de las autoridades británicas a permitir que Brian Pretty ayude a su mujer a cometer suicidio no viola

86 / María José Parejo Guzmán

ninguno de los derechos recogidos en la Convención del Consejo de Europa. *A contrario sensu*, entienden que cualquier modificación que se llevase a cabo al respecto en la legislación británica “menoscabaría seriamente la protección de la vida que dicha legislación pretende salvaguardar”. Lógicamente, Dianne Pretty se mostró insatisfecha con la sentencia que constituía, además, el final definitivo de su larga y penosa lucha judicial y tendría que esperar a morir asfixiada por la enfermedad que le había paralizado del cuello a los pies y que le obligaba a alimentarse a través de una sonda desde aproximadamente 1999. Finalmente, el sábado 11 de mayo de 2002, fallecía Dianne Pretty a causa de una insuficiencia respiratoria.

En 2011 ocurre el caso de “Haas contra Suiza”, un ciudadano que sufría un trastorno de bipolaridad y que había cometido numerosos intentos de suicidio tras lo cual decidió recurrir al Tribunal alegando que se había producido una vulneración del artículo 8 de la Convención ante la negativa de suministrarle un medicamento que le produzca la muerte sin dolor. En este caso no se trata de una enfermedad terminal ni de la imposibilidad de suicidarse por la propia persona. La Corte entiende que el papel del Estado debe estar orientado en prevenir suicidios precipitados e inconscientes y el requisito de una prescripción médica para evitar situaciones abusivas respecto del suicidio es completamente compatible con el derecho a la vida privada del artículo 8 y hacer así mediante un cauce formal la petición de poner fin a la propia vida. Por ello este caso pasó a ser desestimado ya que el particular no estaba en una situación incompatible con una vida digna y no se produjo un dictamen favorable por parte de los especialistas médicos que otorgara la posibilidad de suicidio asistido. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2011, asunto “Haas contra Suiza”, Recurso número 31322/07.

En 2012 el Tribunal tiene conocimiento del caso de Koch contra Alemania: una mujer que debido a una caída en 2002 queda en estado tetrapléjico y totalmente impedida y pide al Instituto

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 87

de Medicamentos una dosis de una sustancia letal para poder poner fin a su vida. Ante la negativa a su suministro viaja a Suiza con su marido donde consigue poner fin su vida en 2005. El marido de la fallecida interpuso una demanda ante el Tribunal Constitucional Federal pero éste inadmitió la demanda argumentando que el demandante carecía de legitimación activa ya que se trataría de la defensa de un derecho póstumo de su esposa. En su sentencia número 497/09 el Tribunal condenó al Estado alemán por no valorar el caso en cuestión y rechazarse basándose en aspectos formales como la falta de legitimidad y no entrando a examinar el fondo del asunto.

Estamos ante la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 19 de julio de 2012, asunto “Koch contra Alemania”, número 497/09: En esta sentencia, el Tribunal entró en una nueva etapa al condenar la prohibición por principio del suicidio asistido en vigor en Alemania, al considerar que un tribunal debe poder juzgar, caso por caso, la pertinencia de las demandas individuales de suicidio.

La Corte entendió que se produjo una vulneración del artículo 8 de la Convención respecto al derecho al respeto de la vida familiar y privada por producirse una “prohibición por principio de suicidio asistido” ya que el Tribunal Federal debió de examinar las circunstancias particulares y en base a eso tomar una resolución. El Tribunal Europeo entendió que el marido de la demandante sí tenía un interés legítimo debido a la intensidad de la relación afectiva y por los años que éste había dedicado de forma íntegra al cuidado de su mujer.

En 2013 tiene lugar el caso de Gross contra Suiza: una mujer de avanzada edad sin enfermedad degenerativa o terminal demanda a los poderes públicos suizos por la negativa a su petición de suicidio asistido. El personal sanitario y los facultativos rechazaron el suministro de una dosis letal para acabar con la vida de la anciana debido a la falta de directrices en la normativa vigente suiza. El Tribunal admitió la demanda y entiende que si

88 / María José Parejo Guzmán

se produjo una vulneración del artículo 8 de la Convención del derecho a la vida privada de la demandante. La argumentación de la Corte se basa principalmente en la incertidumbre en torno a la legislación de las situaciones del final de la vida como el suicidio asistido ya que se carecía de una previsión legal sobre las consecuencias penales y civiles en el supuesto de que los médicos hubieran accedido a la petición de una persona no gravemente enferma.

En la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 14 de mayo de 2013, asunto “Alda Gross contra Suiza”, número 67810/10, la sección segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha completado la edificación del derecho individual al suicidio asistido (es decir, a la eutanasia consentida) en nombre del derecho al respeto a la vida privada garantizado en el artículo 8 de la Convención europea de derechos humanos. En una sentencia adoptada sólo por cuatro votos contra tres, la sección justifica su juicio por la consideración general según la cual “en una era de sofisticación médica creciente combinada con una prolongación de la esperanza de vida, muchas personas temen ser forzadas a detenerse en la vejez o en estados de decrepitud psíquica o mental que contradicen convicciones muy arraigadas en la identidad personal”. En este caso, la sección ha condenado, esencialmente, el hecho de que el ejercicio efectivo del derecho al suicidio asistido esté condicionado por normas médicas, y que estas normas médicas excluyan por principio el principio asistido de personas con buena salud. En este caso, la petición de suicidio ya no se refiere a un “caso médico” de una persona enferma al final de su vida, sino a una persona mayor con buen estado de salud pero cansada de vivir. Esta mujer, habiéndolo solicitado a varios médicos, vio rechazada la prescripción médica de una dosis mortal de veneno (pentobarbital sódico) por el motivo de que tenía buena salud, no cumplía las condiciones fijadas por el Código Deontológico Médico y las Directivas éticas de la Academia de Medicina suizos.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 89

Esta sentencia pone el acento en la autonomía de la persona y reafirma su tesis de que el deseo de una persona de ser auxiliada al suicidio encaja en el ámbito del respeto a la vida privada que proclama el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, esta sentencia da un paso más y considera que no es preciso padecer una enfermedad terminal para reclamar el suicidio asistido y obtenerlo. Razona que

sin negar el principio de santidad de la vida protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal ha considerado que en una era de continuos avances médicos y de mayor expectativa de vida, muchas personas consideran que no se les debe forzar a prolongar la vejez o a vivir en estados de decrepitud física o mental avanzada, que entran en conflicto con las nociones dominantes de la autonomía y la identidad personal.

En suma, esta sentencia sitúa la autonomía personal por encima del respeto y protección por el Estado de la vida y por ende, admite el derecho de una persona que ha forjado libremente su decisión de suicidarse a ser auxiliada al suicidio aunque no padezca una enfermedad terminal.

En 2015 llega al Tribunal el caso de Vincent Lambert, cuyo asunto no tenía precedentes en dicha corte. Se trata de un ciudadano francés en estado vegetativo desde 2008 y que tras años de alimentación artificial un gabinete médico estima en 2014 la pertinencia de la interrupción del tratamiento y poner fin a la vida del enfermo alegando su estado irreversible. Tal decisión es avalada por la esposa de Lambert y por el Consejo de Estado francés pero los padres del individuo se niegan a aceptarla y demandan la propuesta ante el Tribunal Europeo alegando el derecho a la vida del paciente recogido en el artículo 2 de la Convención. La Corte en su sentencia número 46043/14 (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de junio de 2015, asunto “Lambert y otros contra Francia”, número de demanda 46043/14) ha entendido que no se produce vulneración de tal

90 / María José Parejo Guzmán

derecho y que la decisión adoptada por el facultativo y el gobierno francés se adecua a la legalidad en base a la no eternización de una situación degenerativa sin posibilidad de recuperación. El Tribunal establece que existe cierto marco de discrecionalidad donde cada gobierno establece la prohibición o no de la retirada de los tratamientos artificiales de alimentación a los enfermos vegetativos y que deben ser respetuosos con los deseos de los pacientes manifestados previamente, por lo que en este punto adquiere una gran importancia los testamentos vitales donde el individuo refleja sus preferencias en casos tan íntimos como los referidos al final de la vida.

En la decisión del 5 de junio de 2015 que comentamos, la Corte Europea analizó el artículo 2 de la Convención referido a las obligaciones del Estado en relación al derecho a la vida, tanto en su faz negativa (no quitar la vida a nadie) como positiva (adoptar medidas para salvaguardar la vida). Respecto a las medidas negativas, la Corte consideró que tanto los requirentes como Francia hicieron una distinción entre quitar intencionalmente la vida y abstenerse terapéuticamente y para la Corte, la ley francesa prohíbe quitar la vida artificialmente pero permite quitar mecanismos de sostén vital en circunstancias específicas. Concluye que no se viola el derecho a la vida en su faz negativa según el artículo 2 En cuanto a las obligaciones positivas, para la Corte Europea hay que considerar el margen de apreciación de cada Estado porque no hay un consenso en Europa sobre permitir o no quitar las medidas de soporte vital, aunque considera que sí hay consenso en dar gran importancia a los deseos del paciente en el proceso de toma de decisiones. Considera que los Estados tienen que tener un margen de apreciación sobre los medios para lograr un balance entre la protección del derecho a la vida del paciente y la protección de su derecho al respeto a la vida privada y la autonomía personal. Para la Corte todo el proceso de toma de decisiones que se hizo en el caso Lambert cumple en exceso las disposiciones de la ley francesa y considera que la organización

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 91

del proceso de toma de decisiones, incluyendo la persona que tomó la decisión final de quitar las medidas y las previsiones para tomar esa decisión quedan enmarcadas en el margen de apreciación estatal. Una reflexión bioética: La decisión de quitar la alimentación y la hidratación constituye uno de los tópicos más debatidos en bioética en el final de la vida. Mientras que algunos consideran que se trata de tratamientos desproporcionados y extraordinarios que prolongan artificialmente la vida, la postura personalista entiende que se trata de cuidados ordinarios, debidos a todo ser humano y que quitar la alimentación y la hidratación conduciría a una muerte por inanición y deshidratación violatoria del derecho a la vida. Si bien la Corte Europea ubicó su polémica sentencia en el margen de apreciación del Estado, parece un paso hacia una forma encubierta de eutanasia.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO A LA LIBRE DISPOSICIÓN SOBRE LA VIDA HUMANA

A continuación, analizaremos si una persona puede o no realizar actos de disposición sobre la vida humana, o lo que es lo mismo, si está legitimada o no para poder disponer de sí misma. Dicho de otra forma, se trata de analizar la importantísima problemática de si existe o no, en paralelo al “derecho a la vida”, un “derecho a la libre disposición sobre la vida humana”.

Si se parte de un hipotético llamado “derecho a la muerte”, hay que señalar que el más alto intérprete de la Constitución Española, el Tribunal Constitucional, ha sostenido en su pronunciamiento 120/1990 de 27 de junio de 1990, que no existe un “derecho a morir”; siendo, no obstante, dicho pronunciamiento objeto de numerosas críticas y objeciones por parte de la doctrina estudiosa de estas cuestiones. Por lo tanto, y en función de lo que interesa a este apartado de nuestra obra, Ruiz Miguel sostiene que cuando el Tribunal se refiere a la “disposición de la propia vida” como un “acto que la ley no prohíbe”, ello puede entenderse de dos maneras distintas, esto es, como una “mera posibilidad fáctica”, un hecho “ajurídico”; o bien, como un “actuar lícito para el derecho”, un hecho regulado y conforme a derecho;¹⁵¹ y en mérito a que en ningún pasaje de la sentencia se trata esta

¹⁵¹ Ruiz Miguel, Alfonso, “La eutanasia: algunas complicaciones”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 17, agosto de 1993, pp. 43-58. También puede verse al respecto Ollero Tassara, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del Art. 15 de la Constitución*, Madrid, Ediciones Rialp, 1994, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia 16, p. 69.

94 / María José Parejo Guzmán

cuestión, como una materia indiferente para el derecho, o como una laguna (hecho ajurídico), le parece razonable suponer que sea el otro sentido (actuar lícito) con que usa esta expresión el Tribunal Constitucional. Muy en la línea del razonamiento de Ruiz Miguel se encuentran las palabras del voto particular del magistrado Jesús Leguina respecto del pronunciamiento jurisprudencial 120/1990 de 27 de junio (voto particular que formula el magistrado en la sentencia dictada dentro del recurso de amparo núm. 443/90), en que puede leerse:

Coincido con muchas de las cosas que se dicen en esta Sentencia y, sobre todo, comparto la preocupación y la sensibilidad que en la misma se manifiesta por defender la vida en un caso límite de conflicto entre los poderes públicos y quienes nos piden amparo. Me veo, sin embargo, en la necesidad de expresar en conciencia mi disenso con la decisión mayoritaria de denegar el amparo. Omitiendo toda referencia a la discrepancia que me suscitan algunos aspectos o argumentos secundarios de la Sentencia y refiriéndome sólo a las tesis centrales que conforman su *ratio decidendi* paso a exponer a continuación mi propia opinión en términos breves y sucintos, dejando expresa constancia del respeto y acatamiento que me merece el criterio mayoritario del Tribunal. La Sentencia deniega el amparo por dos motivos principales: Uno, la relación especial de sujeción en que se encuentran los reclusos, en virtud de la cual la Administración penitenciaria tiene el deber de custodiarlos y de cuidar de su vida y de su salud; dos, la ilicitud de la huelga de hambre reivindicativa frente a las legítimas decisiones adoptadas por la Administración penitenciaria en el uso de las potestades que la Ley le otorga. Desde mi punto de vista, ninguno de estos dos motivos es suficiente para forzar la voluntad de los recurrentes de negarse a ser alimentados y recibir asistencia médica... La Sentencia niega que la alimentación forzosa o la asistencia sanitaria coactiva limite la libertad personal de los recurrentes. Mi opinión es contraria a esta tesis. El Art. 17.1 de la Constitución reconoce a todos “el derecho a la libertad”, entendida ésta, según reiterada doctrina de este Tribunal, como “libertad física” que protege a todos no sólo, según dice la Sentencia, frente a

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 95

detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos. Este último aspecto de la libertad personal ampara también a los reclusos y es el que, a mi juicio, ha sido desconocido por la resolución judicial impugnada. Frente a ello, ningún valor justificativo tiene, según creo, ni el deber que la Administración penitenciaria tiene de velar por la salud y la integridad física de los internos ni tampoco la supuesta ilicitud del ayuno voluntario como medio reivindicativo o de presión frente a dicha Administración penitenciaria... lo esencial es saber si es lícito forzar la voluntad de unas personas, libremente expresada, y coartar su libertad física para imponerles una alimentación o un tratamiento médico que rechazan. La Sentencia entiende que sí es lícito hacerlo por el deber de cuidar la salud y la vida de los reclusos que la Ley penitenciaria impone a la Administración. Creo, sin embargo, que en el caso que ahora contemplamos tal deber cesa ante la voluntad contraria de los recurrentes...

Pero entonces se pregunta este autor, ¿qué puede significar un actuar lícito que no es, sin embargo, un derecho? Para su explicación, el propio autor propone la categoría de “privilegio” y explica que tener el privilegio de realizar una conducta significa que el titular del mismo es libre de hacer o no hacer esa conducta. Al mismo tiempo, el autor considera que aceptar como mero privilegio al pretendido “derecho a morir” no compromete a gran cosa desde el punto de vista jurídico-positivo y que lo único que significará será que, junto a la posibilidad abstracta de que un concreto sistema jurídico prohíba esta conducta o, por el contrario, la considere un derecho en sentido estricto, también cabe que la configure como un mero privilegio.¹⁵² La solución a que llega Ruiz Miguel es que, en primer lugar, está la posición para la que no existe ni derecho ni privilegio de “disponer de la

¹⁵² Ruiz Miguel, Alfonso, “La eutanasia: algunas complicaciones”, *cit.*, pp. 43-58.

propia vida”, solución general del Tribunal Supremo conforme al criterio de la indisponibilidad de la propia vida y, en principio, del Tribunal Constitucional, para los presos en situación de sujeción especial; que, en segundo lugar, aparece la solución que configura la “disposición sobre la propia vida” como un derecho propiamente dicho, solución que sugiere el Tribunal Constitucional (sólo la sugiere) para los ciudadanos en general, excluidos los que se hallan en situación de sujeción especial; y que, en tercer lugar, también se ha formulado la posición para la que existe el privilegio, pero no el derecho, de producirse la propia muerte, que es compatible con el privilegio de los terceros de interferir en esa situación, y que es la solución del *agere licere* como esfera no especialmente protegida que cabe inferir como criterio general y más coherente de la STC 120/1990 para las situaciones genéricas de “disposición de la propia vida”. A pesar de este razonamiento, debe precisarse que Ruiz Miguel no cree que haya una única respuesta válida para todos los casos de “disposición de la propia vida”, debido a la diferencia de matices que implican las distintas situaciones que se pueden plantear.¹⁵³ En nuestra opinión, no es descabellada, en absoluto, esta solución. En efecto, hay que tener en cuenta la solución que ha dado el Tribunal Constitucional en pronunciamientos como el que estamos comentando (aunque debe aclararse y matizarse que en él, el Tribunal Constitucional se ciñe única y exclusivamente al tema que se le plantea, el cual es, en este caso, el de ciertos reclusos en huelga de hambre, evitando entrar en la cuestión de un general derecho a morir), pero, al mismo tiempo, consideramos que quizás el afán del alto Tribunal de circunscribirse solamente a los casos específicos de la huelga de hambre, dando una argumentación restrictiva para los mismos, con el fin de evitar cualquier interpretación extensiva a otros supuestos similares, ha logrado el efecto contrario al pretendido, es decir, el hecho de que el Tribunal Constitucional limite la solución sólo para los

¹⁵³ *Idem.*

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 97

ciudadanos que se encuentran en una situación de “sujeción especial”, ha dejado la puerta abierta para la interpretación *contrario sensu*, de modo que se entienda que todos aquellos que no se encuentran en esa situación especial sí tienen la facultad de “disponer de su vida”.¹⁵⁴ De hecho, ha afirmado —a nuestro juicio de manera acertada— García Rivas que “...el derecho a la libre disposición sobre la vida humana por parte de su titular preside los argumentos justificadores de la eutanasia, no sólo en las legislaciones que contienen alguna previsión al respecto sino también en las aportaciones doctrinales procedentes de la literatura penal o de la filosofía del Derecho”.¹⁵⁵ Lo que sí parece dejar claro el Tribunal, por otra parte, es que en ningún caso se podrá recabar la intervención de los poderes públicos para hacer efectiva la “disposición de la propia vida” y que no sería legítima la eutanasia cuando haya de intervenir un tercero en el proceso, cuestiones que, en nuestra opinión, requieren algunas matizaciones y sobre las que, por tanto, volveremos y exponeremos nuestro parecer más adelante.

Antes de entrar en el estudio pormenorizado de dichas cuestiones, nos parece interesante exponer la evolución en el razonamiento sobre el tema seguido por Díez Ripollés. Este autor comienza su exposición sobre el “derecho a disponer de la propia vida” admitiendo que, en principio, parece difícil que tal derecho se incluya en el contenido del derecho fundamental recogido en el artículo 15 de la Constitución Española.¹⁵⁶

¹⁵⁴ En efecto, han habido autores, como por ejemplo Carbonell Mateu, Juan Carlos, en “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991, pp. 661-672, que han defendido, a partir de la letra de la Constitución, la más amplia y radical posibilidad de disposición de la propia vida, considerando incluso inconstitucional el antiguo artículo 409 del Código Penal anterior.

¹⁵⁵ Cfr. García Rivas, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *cit.*, pp. 15-30.

¹⁵⁶ Artículo 15 de la Constitución Española: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

98 / María José Parejo Guzmán

la primordial importancia del bien jurídico implicado, la vida, que es el presupuesto material del ejercicio de cualesquiera otros derechos, la irreparabilidad de su lesión y, en especial, las socialmente inaceptables consecuencias que se derivarían del contenido de las obligaciones positivas correlativas al derecho fundamental a morir, aconsejan excluir inequívocamente del ámbito de protección constitucional de su ejercicio la pretensión de destruirlo. Por lo demás, el hecho de que un derecho fundamental no incluya dentro de sí la vertiente negativa no es algo insólito;¹⁵⁷

pero, poco después, se observa que plantea soluciones bien distintas a éstas llegando a decir, incluso, que “podría haber argumentos para que... el derecho a disponer de la propia vida gozara también en sí mismo de la exigencia de irrenunciabilidad”.¹⁵⁸ Según él, además, “El derecho a disponer de la propia vida sólo puede aspirar, en condiciones normales, a exigir que los poderes públicos o los particulares se abstengan de impedir su ejercicio, sin que haya una correlativa obligación de hacer, encaminada a proteger o promover su ejercicio”,¹⁵⁹ y la voluntad de prescindir de la propia vida debe tener una especial relevancia (efectos atenuatorios de la pena, más concretamente) en contextos problemáticos, como son todos los eutanásicos, en el campo de juego de las causas de justificación legalmente existentes.¹⁶⁰

Por otra parte, conviene asimismo explicar, antes de entrar en profundidad en el estudio de todo lo concerniente a este “derecho a la libre disposición sobre la vida humana”, que, junto a Romeo Casabona, todos aquellos autores que defienden la licitud de la eutanasia basándose en la dignidad humana, consideran que el “derecho a la vida” ha de entenderse, no como un deber, sino, en virtud de la dignidad humana, como un “derecho de li-

¹⁵⁷ Díez Ripollés, José Luis, “Eutanasia y derecho”, *cit.*, pp. 509-546.

¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ *Idem.*

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 99

bre disposición".¹⁶¹ A esto debe añadirse que, según tales autores, la dignidad humana proclamada por el artículo 10.1 de la Constitución Española debe concebirse como parámetro configurador, núcleo o germen, del "derecho a la vida", entendido éste, a su vez, como un "derecho de libre disposición" en el que la voluntad del propio titular es la suprema instancia decisoria con tal de que sea expresa, manifiesta y actual, careciendo de cualquier valor la emitida anticipadamente¹⁶² y que ello implicaría que el sujeto puede, sin lugar a dudas, "disponer de su vida", en virtud de un derecho constitucionalmente amparado.¹⁶³

¹⁶¹ Incluso para Alemania, en Koch, Hans-Georg, "La ayuda a morir como problema legal en Alemania", *cit.*, pp. 235-260, puede leerse: "La pluralidad de la sociedad exige una protección amplia pero no infinita de la libre disposición del individuo".

¹⁶² Con estas palabras, lógicamente, se observa que estos autores están negando validez al denominado "testamento vital", por lo que no podemos sino mostrar nuestro desacuerdo con las mismas, atendiendo a la validez, relevancia e importancia que, anteriormente, atribuíamos a tales documentos.

¹⁶³ Véase Valle Muñiz, José Manuel, "Relevancia jurídico-penal de la eutanasia", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 37, 1989, pp. 155-189, conocr., p. 167; en el mismo sentido, Queralt Jiménez, Joan J., "La eutanasia: perspectivas actuales y futuras", *cit.*, pp. 115-135, conocr., pp. 123-125; Cobo del Rosal y Carbonell, "Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Canteiro*, núm. 12, 1987, publicado en 1989, 1987, pp. 63-81, conocr., p. 66; Gimbernat Ordeig, Enrique, "Eutanasia y Derecho penal", *Estudios de Derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990, pp. 51-54; y Del Rosal Blasco, Bernardo, "La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fascículo I, enero-abril de 1987, pp. 73-97. Este último autor, vuelve sobre el tema en otras de sus obras años después: Del Rosal Blasco, Bernardo, "El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España", *cit.*, pp. 43-72; y Del Rosal Blasco, Bernardo, "El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995", en Cerezo Mir *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, Editorial Comares, 1999, pp. 675-697; García Rivas, Nicolás, "Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente", *cit.*, pp. 15-30, por su parte, describe lo que había hecho Del Rosal Blasco. Así, se nos muestra en Marcos Del Cano, Ana Ma., *op. cit.*, pp. 241 y 243. Autores de nuestro entorno que se pronuncian en esta línea de que de nuestra Constitución parece deducirse el derecho de toda persona a la libre disposición de la vida, son, entre otros: Valle Muñiz, José Manuel, "Relevancia jurídico-penal de la eutanasia", *cit.*, pp. 164 y ss.; Juanatey Dorado, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 367 y ss., quien

Llegados a este punto toca ya afrontar la cuestión central de nuestro estudio de si, basados en el artículo 15 de la Constitución Española, la “disponibilidad de la propia vida”, su eliminación voluntaria por su titular, es contraria o no a los imperativos constitucionales, decisiva, por otra parte, para la valoración de la eutanasia en los ordenamientos jurídicos.

Ante todo, debe mencionarse la especial y enorme dificultad que entraña esta materia, tan necesitada todavía de debate para que la comunidad jurídica logre unos puntos mínimos comunes de claridad y de seguridad, dado que quienes se han pronunciado ya sobre la cuestión de la “disponibilidad de la propia vida” llegan a conclusiones muy divergentes, cuando no radicalmente opuestas, que más que aclarar el panorama han venido a aumentar la confusión y poner en evidencia la gran inseguridad jurídica que existe todavía. Incluso, cabe mencionar que los autores no suelen distinguir las diferentes facetas que puede presentar la cuestión de la existencia o no de un “derecho a la disponibilidad de la propia vida” sustentado constitucionalmente, y que pueden ser decisivos para su solución satisfactoria: en primer lugar, cuando los actos derivados de esa disponibilidad permanecen en la propia esfera del titular del derecho a la vida; en segundo lugar, cuando los actos de disposición se trasladan voluntariamente por el titular a terceros, siendo éstos los que eliminan la vida de aquél; y, por fin, si cabe ese traslado a los poderes públicos. En palabras de Romeo Casabona, “el planteamiento jurídico presenta facetas diferentes ante la disyuntiva de continuar o no una acción (tratamiento) vital o de quitar la vida a una persona en la fase final de una enfermedad o un traumatismo sin que haya podido ni pueda expresar su voluntad”.¹⁶⁴

Partiendo de lo apuntado por un sector de la doctrina, y que nosotros compartimos, en el sentido de que el derecho a la vida no es un derecho absoluto en nuestra Constitución, falta por ver

acepta que nuestra Constitución reconoce limitadamente un derecho, no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida, con una fundamentación muy desarrollada; y Díez Ripollés, José Luis, “Comentario al artículo 143 del Código Penal”, *cit.*, pp. 177 y ss.

¹⁶⁴ Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, *cit.*, p. 96.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 101

si existe un deber de protección absoluta de la vida, incluso contra la voluntad del propio interesado, o si, por el contrario, del artículo 15 de la Constitución Española puede deducirse alguna excepción al derecho a la vida, como sería el reconocimiento del “derecho a disponer” uno mismo de su propia vida, bien por sí mismo, bien con la colaboración de terceros.¹⁶⁵ De la Constitución Española sólo se deduce con claridad, por un lado, que nadie puede ser desprovisto de la vida sin su voluntad (salvo en lo relativo a las previsiones constitucionales sobre la imposición de la pena de muerte: “En consecuencia, el Estado sólo podrá privar de la vida a una persona en el ejercicio del *ius puniendi*, que le corresponde con carácter exclusivo, aplicando al amparo de aquél la pena de muerte en los supuestos que la propia Constitución Española establece en el artículo 15, último inciso, y que concretan al respecto las leyes penales militares vigentes”),¹⁶⁶ y, por otro lado, la no existencia de un deber individual absoluto e incondicionado a la vida o de vivir.¹⁶⁷ En nuestra opinión ni la Constitución Española (en su artículo 15) ni los Convenios Internacionales anteriormente mencionados sobre la materia, prejuzgan abiertamente esta cuestión de la existencia o no de un “derecho a la libre disposición sobre la vida humana”.¹⁶⁸ Algún autor de nuestro entorno, sí ha venido señalando abiertamente, a este respecto:

¹⁶⁵ Véase que éste es el razonamiento que sigue al respecto García Álvarez, Pastora, *op. cit.*, pp. 497 y ss., para decantarse por la existencia del reconocimiento del “derecho a disponer” uno mismo de su propia vida, bien por sí mismo, bien con la colaboración de terceros.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 107.

¹⁶⁷ Así, Del Rosal Blasco, Bernardo, “La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código Penal”, *cit.*, pp. 85 y ss., muestra que el derecho a la vida es renunciable o disponible, a la vista del reconocimiento constitucional de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, de forma que el Estado no puede ni debe imponer el respeto a la propia vida contra la voluntad de su titular.

¹⁶⁸ Véase cómo Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 380, aquí la autora escribe: “Lo cierto es, en primer lugar, que la frase del art. 15 CE ‘todos tienen derecho a la vida’ nada dice sobre si todos (o sólo algunos) tiene un derecho fundamental a disponer de ella”.

102 / María José Parejo Guzmán

en mi opinión de la Constitución Española de 1978 no se puede deducir ni el carácter absoluto de la protección a la vida ni el de su indisponibilidad. Es cierto, y nada hay que objetar a ello, que el derecho a la vida proclamado en el artículo 15 de la Constitución tiene el sentido de una garantía frente al Estado, que debe proteger y respetar ésta, pero lo que no comparto es que de dicho precepto se pueda deducir, de una parte, que el carácter de dicha protección sea absoluto y, de otra, que el sujeto no tenga la libre disposición sobre su propia vida... dentro de esa esfera de libertad debe entrar, sin ninguna duda, el derecho a la disposición del propio cuerpo y de la propia vida.¹⁶⁹

Posición que ha sido confirmada en este ámbito del derecho penal al afirmarse que

la primera decisión importante que toma el legislador penal es la de considerar impune el comportamiento del suicida... Frente a las opiniones tradicionales... comparto la tesis cada vez más generalizada según la cual la impunidad del suicidio es la más directa expresión del limitado reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de un derecho, aunque no fundamental, a la disponibilidad de la propia vida.¹⁷⁰

Todas estas cuestiones, que son extraídas del análisis aislado del artículo 15 de la Constitución Española, son coherentes con los criterios interpretativos que proporciona el artículo 1.1¹⁷¹ y deben ser matizadas y completadas con todo lo suministrado por este valor superior de la libertad,¹⁷² en el sentido de que, como

¹⁶⁹ Del Rosal Blasco, Bernardo, "El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995", *cit.*, pp. 675-697.

¹⁷⁰ Díez Ripollés, José Luis, "Eutanasia y Derecho", *cit.*, pp. 509-546. En el mismo sentido, Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷¹ Artículo 1.1 Constitución Española: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

¹⁷² Véase Zugaldía Espinar, José Miguel, "Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales", *cit.*, pp. 281-299.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 103

bien se ha dicho, “sería contraria a la Constitución cualquier disposición legal que prohibiese el suicidio u otra acción u omisión de disposición de la vida realizada por el propio titular del bien jurídico”.¹⁷³ Ello ha llevado a afirmar que:

Es posible que se legalice la eutanasia, atribuyendo un valor superior a la libertad que a la vida y reconociendo el derecho del individuo a la libre disposición de su vida o, como se dice, reconociendo el derecho a la muerte. No obstante, el reconocimiento al individuo del derecho de libre disposición de su vida (suicidio, eutanasia) no puede convertirse en un deber legal para los médicos de utilizar sus conocimientos y los medios técnicos necesarios para suprimir la vida del que ha decidido libremente disponer de ella. El posible derecho del sujeto a la eutanasia no puede convertirse automáticamente para los médicos en un deber legal de practicar la eutanasia solicitada.¹⁷⁴

Dicho pronunciamiento, con el que nos mostramos plenamente de acuerdo, obliga a hacer referencia, en primer lugar, a la “disponibilidad de la vida” por uno mismo: en estos supuestos, no se plantea problema alguno, puesto que se trata de una situación no contemplada en las funciones de garantía que cubre el artículo 15 y porque quitarse uno mismo voluntaria y libremente la vida es un comportamiento ajeno a dicho precepto y no se afecta con él al contenido del derecho a la vida ni a su contenido esencial.¹⁷⁵

¹⁷³ Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, cit., p. 106. Tomás-Vallente Lanuza, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida...*, cit., pp. 382-384. En el mismo sentido, Moreno Antón, María, “Elección de la propia muerte y Derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 61-83.

¹⁷⁴ Véase Souto Souto Paz, José Antonio, “La libertad de conciencia (capítulo IV)”, *Derecho eclesiástico del Estado. El derecho de la libertad de ideas y creencias*, 3a. ed., revisada y ampliada, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 133-153.

¹⁷⁵ Zugaldía Espinar, José Miguel, “Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales”, cit., pp. 281-299, entiende que uno mismo puede disponer de su vida sin discusión pero que la discusión comienza en si se puede involucrar a terceras personas en estas decisiones y actuaciones. En Llamazares, Dionisio, “Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Cap. V)”,

Por lo que se refiere a la intervención de terceros (los particulares) en estos actos de “disponibilidad” por parte del interesado, debe partirse del principio de irrenunciabilidad, que caracteriza al derecho fundamental a la vida, para aclarar que, en nuestra opinión, este principio debe entenderse como la imposibilidad de hacer dejación del bien jurídico en manos de tercero perdiendo el dominio, el control sobre el mismo, aunque sea voluntariamente. Entendiendo de esta manera este principio, se puede afirmar, en primer término, que quien “dispone de su propia vida”, por sí mismo o por medio de un tercero, no está efectuando una renuncia, en sentido estricto, en favor de tercero, en la medida en que mantiene el dominio del hecho y, por tanto, también sobre el bien jurídico de la vida.¹⁷⁶ Dentro de este contexto, puede señalarse, en segundo término, que “afirmar la existencia de un derecho a la disposición de la propia vida y admitir que tal derecho subsiste cuando no significa una auténtica renuncia, no quiere decir ya que ese derecho de disponibilidad permita la intervención de terceros”¹⁷⁷ y que “...la norma tiene destinatarios muy determinados... Al titular le reconoce esa disponibilidad, pero tampoco llega más lejos en el sentido de permitir la intromisión de terceros en su esfera, de que su derecho se extienda hasta el punto de poder involucrar a terceros (los particulares) en la vida ajena (en su propia vida), en cuanto destinatarios de la norma”.¹⁷⁸ Afirmaciones éstas con las que se pretende precisar que, si bien no es posible derivar del “derecho sobre la disponibilidad de la propia vida”

cit., pp. 281-383, puede leerse sobre esto: “El artículo 15 Constitución Española consagra el derecho a la vida como derecho fundamental... La pregunta es si la vida es sólo un derecho o también una obligación jurídicamente exigible, a lo que evidentemente hay que responder que es un derecho no disponible, pero su titular no puede ser sancionado si decide disponer de él suicidándose. El Derecho puede proteger el valor de la vida de los ataques de terceros pero no de los de su titular, porque el autor del supuesto delito ha dejado de existir como consecuencia de la comisión del delito. De ahí que nuestro Código Penal tipifique como delictivas y penalmente punibles no el suicidio sino...”.

¹⁷⁶ Nos parece del todo acertado, en este sentido lo que señala García Álvarez, Pastora, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

¹⁷⁷ Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la bioética...*, *cit.*, p. 109.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 109.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 105

una justificación de la intervención activa de terceros, tampoco existe una prohibición constitucional de lo contrario, en el marco y con los límites propuestos,¹⁷⁹ siendo ésta una cuestión que queda en manos del legislador ordinario, según las conveniencias de política criminal del momento y las necesidades y riesgos existentes para el bien jurídico, no afectando al contenido esencial del derecho a la vida la posible existencia de una ley que autorizase alguna forma de renuncia a este derecho o despenalizase determinadas conductas de cooperación en la actualidad punibles en nuestro Código Penal. A este respecto, resulta interesante hacer referencia a los anteriormente mencionados trabajos del Grupo de Estudios de Política Criminal,¹⁸⁰ elaborados y aprobados entre noviembre de 1991 y febrero de 1993 en tres reuniones habidas en tres distintas universidades españolas. Interesa aquí por cuanto el Grupo, tras aprobar un “Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida”, articuló una “Propuesta Alternativa al Tratamiento Jurídico de las Conductas de Terceros Relativas a la Disponibilidad de la Propia vida”, que partía de una serie de presupuestos programáticos, según se estuviera ante intervenciones de terceros que no contribuyen al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida o ante intervenciones de terceros en las que, por el contrario, sí se contribuye al ejercicio de la disponibilidad sobre la propia vida. A partir de esos presupuestos programáticos, se articulaba toda una propuesta de reforma de la legislación sanitaria y de la legislación penal.¹⁸¹

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 110: “Por tanto, ni es inconstitucional que la ley penal sancione la conducta de aquéllos que participen en la muerte de otro con su consentimiento, como p.ej., el auxilio al suicidio. o la ayuda en la eutanasia; como tampoco lo es que rebaje considerablemente la pena o incluso opte por la no penalización en estos casos. Si deben estar prohibidas o permitidas estas conductas, es una decisión que corresponde tomar al legislador ordinario, pues la CE no se ha pronunciado al respecto o, dicho de otro modo, el marco interpretativo de la CE, abierto a soluciones no siempre unívocas, admite ambas respuestas”.

¹⁸⁰ Cfr. su declaración programática en Grupo de Estudios de Política Criminal, Una alternativa al tratamiento jurídico de..., *cit.*, pp. 20 y ss. , 69 y ss.

¹⁸¹ Todo esto nos lo explica Del Rosal Blasco, Bernardo, “El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España”, *cit.*, pp. 43-72.

Pasando a la esfera del Estado (los poderes públicos), debe volverse a precisar que el ejercicio de la libertad individual encuentra un límite insoslayable, en lo que se refiere a los demás derechos fundamentales, en su condición de irrenunciables, al menos frente al Estado, de forma que éste sólo podrá privar de la vida a una persona en el ejercicio del *ius puniendi*, que le corresponde con carácter exclusivo, lo que habría permitido en su origen el establecimiento de la pena de muerte en los supuestos establecidos por la propia Constitución Española en su artículo 15, inciso último. No obstante, por lo que respecta a la pena de muerte debe señalarse que existe un Protocolo adicional (número 6) al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte,¹⁸² el cual ha sido ratificado por nuestro país.¹⁸³ Dicho Protocolo prohíbe la pena de muerte en todos los países que lo ratifiquen, señalando en su artículo 1: “Abolición de la pena de muerte. Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado”, pero, al mismo tiempo, mantiene que pueda aplicarse dicha pena, aunque sea de modo excepcional, precisamente en el mismo supuesto que se contemplaba en el artículo 15; inciso *b* de nuestra Constitución Española (“Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”), cuando indica en su artículo 2: “Pena de muerte en tiempo de guerra. Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de

¹⁸² Estrasburgo, 28 de abril de 1983, Instrumento de Ratificación de 14 de enero de 1985 (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1985).

¹⁸³ El Protocolo número 6 entró en vigor de forma general y para España el 1 de marzo de 1985, de conformidad con lo establecido en su artículo 8.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 107

que se trate". En la actualidad, España ha renunciado a dicho supuesto excepcional, para lo que se ha modificado, a tal efecto, el Código Penal Militar.

El análisis de esta problemática de si del artículo 15 de la Constitución Española puede deducirse alguna excepción al derecho fundamental a la vida, como sería el reconocimiento del "derecho a disponer" uno mismo de su propia vida, bien por sí mismo, bien con la colaboración de terceros, debe ser matizada y completada con todo lo suministrado por el valor superior de la libertad del artículo 1.1 de la Constitución Española,¹⁸⁴ porque el derecho a la libre disposición del cuerpo y de la vida es contenido de un derecho de libertad y, en concreto, de un derecho a vivir de conformidad con los principios, ideas o convicciones. Así lo han mantenido, en efecto, las teorías de la mayoría de los autores y la propia jurisprudencia referentes a estas cuestiones, y el estudio de éstas servirá para poder ir exponiendo nuestra interpretación personal, totalmente abierta a discusión, lógicamente, que no pretende ser más que otra contribución a esta materia.

Desde el planteamiento doctrinal de la cuestión, cabe traer a colación la posición mantenida por Cobo Del Rosal y Carbonell Mateu, quienes entienden que la libertad se encuentra en la cúspide de los valores y del ordenamiento jurídico, afirmando seguidamente que hay que "interpretar todos los derechos fundamentales de la persona como emanaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad o, si se prefiere de la dignidad de la persona humana" de forma que "en el caso del derecho a la vida, ésta ha de suponer una protección de la misma compatible con la libertad; de la que habrá de desprenderse la absoluta irrelevancia constitucional de la vida no deseada libremente por su titular".¹⁸⁵ De forma parecida y sólo con algunas matizaciones, Queralt Jiménez observa el valor superior de la libertad, declarado en el artículo 1.1 de la Constitución Española, como guía operativa e

¹⁸⁴ Toledano Toledano, Jesús R., *op. cit.*, p. 281.

¹⁸⁵ Cobo Del Rosal y Carbonell, "Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales", *cit.*, pp. 63-81.

interpretativa en esta problemática, señalando, que no existe el deber de vivir y que el núcleo esencial de la dignidad del hombre es la posibilidad de ejercer su libertad, sin que parezca que entre en juego la prohibición de la renuncia a un derecho fundamental, sino la renuncia, en uso de la libertad, a continuar sufriendo la vida misma, deduciendo de todo esto que se ha de dar la debida protección jurídica a quien decide quitarse o abreviarse la vida y a quien le auxilia, siempre que se cumplan unas estrictas condiciones que se formulan para cada una de las variantes de la eutanasia.¹⁸⁶ La tercera de las posiciones doctrinales a las que se va a aludir es la mantenida por Valle Muñiz, quien sostiene que la vida es un bien libremente disponible por su titular, y concluye que, si el texto constitucional no permite una interpretación del derecho a la vida no compatible con la dignidad humana, y si ésta supone el rechazo de cualquier intento de instrumentalización, en aras a salvaguardar el libre desarrollo de la personalidad, es indudable que el sujeto puede disponer libremente de su vida.¹⁸⁷ Finalmente, resulta interesante el razonamiento de Gimbernat Ordeig cuando señala que hay que reconocer que la eutanasia lesiona al mismo tiempo otro derecho fundamental: el derecho a la vida (artículo 15); pero esa vida que se lesiona “es una devaluada, en cuanto que su titular renuncia a ella, en cuanto que su final está próximo y/o se ha convertido en un padecimiento físico, y en cuanto que, por consiguiente, muchas veces es incompatible la coexistencia de los dos derechos garantizados por el mismo art. 15 CE: el derecho a la vida y el derecho a no soportar tratos inhumanos”.¹⁸⁸

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, determinados acontecimientos ocurridos en nuestro país provocaron la intervención y

¹⁸⁶ Queralt Jiménez, Joan J., “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”, *cit.*, pp. 115-135, conocr., pp. 120-124.

¹⁸⁷ Valle Muñiz, José Manuel, “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”, *cit.*, pp. 164 y ss.; y Valle Muñiz, José Manuel, “Disponibilidad de la propia vida y Constitución de 1978”, *Jano*, vol. XXXIX, núm. 913, 1990, pp. 46-52.

¹⁸⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique, “Eutanasia y derecho penal”, *cit.*, pp. 51-54.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 109

el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en una cuestión en que estaba presente como trasfondo un pretendido “derecho a la disponibilidad de la propia vida” apoyado constitucionalmente en el artículo 15 de la Constitución Española. Los hechos presentes en dicho caso fueron los siguientes: unos miembros del grupo terrorista GRAPO, internados en prisión para cumplimiento de su condena, iniciaron huelgas de hambre por tiempo indefinido y con peligro para su vida (de hecho alguno de los huelguistas falleció, como también fue asesinado un médico que atendió a otros con el fin de salvarles la vida) en diversos centros penitenciarios y en los centros sanitarios a los que iban siendo trasladados, con la intención de llamar la atención y presionar al Ministerio de Justicia para el reconocimiento y la obtención de determinadas reivindicaciones penitenciarias. Ante los criterios sostenidos por los jueces de vigilancia penitenciaria afectados y las decisiones de algunas Audiencias Provinciales, algunos de los huelguistas afectados o el Ministerio Fiscal, disconformes con dichos pronunciamientos (de uno u otro signo), acudieron en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual ha fallado varios casos¹⁸⁹ y se ha pronunciado en alguna medida, por tanto, sobre el “derecho a la disponibilidad de la propia vida” y sobre el contenido del artículo 15 de la Constitución Española en esta cuestión. Es evidente que estas sentencias han sido emitidas para resolver casos concretos sin pretensiones generalizadoras, y es por ello que, si bien de las mismas puede extraerse alguna doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, ésta debe ser considerada, todo lo más, provisional. Por lo que al objeto de la presente investigación interesa, debe señalarse que el punto de partida del argumento seguido por el Tribunal Constitucional, cuando estudia la posible existencia de un “derecho a la disponibilidad de la propia vida”, es la declaración de que el derecho

¹⁸⁹ Véase sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 de junio; sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990 de 19 de julio; y sentencia del Tribunal Constitucional 11/1991 de 17 de enero.

110 / María José Parejo Guzmán

a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”, pero que, no obstante esto, a continuación, reconoce que la persona puede fácticamente disponer sobre su propia muerte, en cuanto que la vida es un bien de aquélla que se integra en el círculo de su libertad. En concreto, el alto Tribunal manifiesta 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.

Se trata, en definitiva, de que, según el Tribunal Constitucional, el artículo 15 de la Constitución Española no garantiza el derecho a la propia muerte, sino que se trata de una simple manifestación de libertad genérica, porque, realmente, el Tribunal Constitucional se pronunció afirmando que, en virtud de la relación de sujeción especial que vincula a los internos con la administración penitenciaria, ésta viene obligada a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia y, por consiguiente, es lícita la intervención médica mínima indispensable para salvaguardar aquélla, es decir, en el momento en que, según la ciencia médica, corra riesgo serio la vida del recluso, concluyendo que, aunque sólo fuera por razones humanitarias, no se debía dejar morir a los huelguistas.

Todos los argumentos, doctrinales y jurisprudenciales, descritos y analizados, llevan a poder señalar las pautas y líneas fundamentales de nuestra interpretación personal, totalmente abierta a discusión, sin duda, respecto de las cuestiones analizadas en el estudio de la fundamentación jurídica de la eutanasia. En este

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 111

sentido, debemos comentar que, a nuestro entender, la defensa de la “dignidad”, el valor de la “vida humana”, la “libertad” y la “integridad” del ser humano se concibe como base incuestionable para el auténtico ejercicio de los derechos humanos individuales, positivados en las diferentes cartas magnas, ya que, si fuera de otra manera, no sería factible garantizar a los sujetos ni la “libre disposición sobre sí mismos”, ni su propia “libertad” para el despliegue de la autodeterminación de su voluntad, de forma que en ellos se encuentra la raíz y el origen del conjunto de documentos conocidos con los nombres de “testamentos vitales”, “directrices previas”, etcétera, que no son más que intentos de vivir la fase final de la vida del modo más apropiado posible y, por tanto, con la máxima “dignidad” y “salud”, evitando expropiaciones que el enfermo considera aún peores que la propia muerte.

También debe señalarse, según se ha podido ir comprobando en lo expuesto en esta investigación, con el grupo de la mayoría de los autores de la doctrina, que el tratamiento jurídico que, directa o indirectamente, se da al problema de la eutanasia en los diversos países no es satisfactorio o, en todo caso, no soluciona satisfactoriamente los casos en los que el sujeto tiene derecho a una muerte digna y tiene, por tanto, derecho también a ser ayudado por terceras personas, especialmente por personal médico cualificado en esa situación: Recuérdese lo que ya señalábamos anteriormente de que en Toledano Toledano puede leerse

Una palabra que creemos podría definir de forma gráfica y sin exageración, el sentir de gran parte de la doctrina ante la regulación que se ha hecho de la eutanasia, es ‘decepción’. Quizás se esperaba demasiado de ese hito histórico que es la redacción de un nuevo Código Penal, pero se tenía confianza en que las voces autorizadas que se habían alzado pidiendo soluciones, y las iniciativas de asociaciones privadas que también manifestaban su inquietud en el tema, fuesen motivo suficiente como para hacer ver al legislador la necesidad de adoptar una respuesta decidida en consonancia plena con los valores constitucionales, en un

tema de tanta trascendencia como lo es el de la disponibilidad de la propia vida.¹⁹⁰

Respecto a cuál podría ser la mejor solución y regulación jurídica para un ejercicio efectivo del derecho a la eutanasia, diremos que nos posicionamos entre quienes dan la primacía a la libertad del individuo de disponer sobre su propia vida,¹⁹¹ en los supuestos, muy estrictos, de enfermedad terminal acompañada de graves e insoportables dolores físicos. Junto a esto, consideramos que sí puede/debe hablarse, jurídicamente, de una posible legalización de las conductas eutanásicas, en el sentido siguiente: por una parte, en aquellos supuestos en que la eutanasia sea solicitada, voluntaria y racionalmente, por el paciente (ya sea en el momento actual y presente o en un momento anterior, a través de los denominados testamentos vitales), el fundamento para la innegable y certera existencia del “derecho a una muerte digna” o eutanasia se encuentra: a) en la “dignidad humana”, entendida como una opción que forme parte de un plan de vida querido y deseado por el paciente, que debe ser respetada por los terceros; b) en la autonomía o capacidad de autodeterminación de la persona, en la esfera de sus derechos de libertad personal, en especial el derecho a obrar de conformidad con su concepción sobre el mundo y la vida; c) en el respeto de la voluntad del enfermo, cuando exista expresa, libre e inequívoca constancia del deseo de dicho enfermo de que terminen con su vida; y d) en el derecho de todo paciente a elegir, ante unas determinadas circunstancias que deberían observarse siempre, en cada caso concreto, el momento, lugar y modo en que desea morir, en aras de proteger el derecho de los pacientes a una muerte sin dolor y sin sufrimiento. En los supuestos, por otra parte, en que la inconsciencia irreversible impide al enfermo terminal cualquier manifestación

¹⁹⁰ Véase Toledano Toledano, Jesús R., *op. cit.*, p. 215.

¹⁹¹ Souto Paz, José Antonio, “Libertad de conciencia (Capítulo noveno)”, *cit.*, pp. 297-378. También Sánchez Jiménez, Enrique, *op. cit.*, pp. 123 y 124; Romero Coloma, Aurelia María, *op. cit.*, p. 162; y García Álvarez, Pastora, *op. cit.*, pp. 497 y ss.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 113

de voluntad y en que éste no ha dejado anteriormente constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida en un documento de testamento vital, esa base del “derecho a una muerte digna” o eutanasia se encontrará: *a)* en el no sometimiento de la persona a tratos inhumanos o degradantes, en la evitación del denominado “encarnizamiento terapéutico”, y, consecuentemente con esto, *b)* en el principio de beneficencia, como expresión o contenido del principio de justicia, según el cual hay que actuar de tal manera que se haga el bien al paciente, es decir, perseguir el mejor interés para el paciente. A todo ello debe añadirse la necesidad de que exista una regulación legal expresa del problema, que trate de forma global y generalizada el derecho a una muerte digna, así como la ayuda médica y humana necesaria para ello.

CAPÍTULO TERCERO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA A TRATAMIENTOS MÉDICOS

La realidad jurídica que envuelve el estudio de la eutanasia ha venido demostrando que existe una indudable relación entre la práctica de la eutanasia y la conciencia, hasta tal punto que hay quien ha denominado a dicha práctica eutanásica como un “problema de conciencia”.¹⁹² Por otra parte, el presente estudio de la eutanasia se realiza desde el punto de vista del llamado derecho eclesiástico del Estado (disciplina en la que es docente en España la autora del mismo), que “es un derecho de naturaleza estatal que tiene por objeto el derecho de libertad de conciencia”.¹⁹³ Resulta evidente pues que se deba dedicar un apartado en nuestro trabajo al estudio de lo que comúnmente se conoce y se ha denominado “objección de conciencia”, primero desde un punto de vista general, aunque sea sucintamente para situarnos, y después en relación con las denominadas actuaciones eutanásicas.

En el derecho moderno nos encontramos ante el indiscutible, y al mismo tiempo ineludible, hecho del pluralismo religioso,

¹⁹² Ferreiro Galguera, Juan, “Eutanasia, conciencia y derecho: la ley del territorio norte (Australia)”, en Martínez-Torrón, Javier (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Editorial Comares, 1998, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Granada, 13-16 de mayo de 1997, pp. 465-486.

¹⁹³ Fernández-Coronado González, Ana, “El contenido del Derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 2, mayo de 2003, disponible en: www.iustel.com. Trabajo que se basa en la ponencia del mismo título realizada por la autora el 14 de febrero de 2003 en el seminario de profesores que organiza el Departamento de Derecho Eclesiástico de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

116 / María José Parejo Guzmán

ideológico, ético y cultural, que caracteriza a las sociedades democráticas contemporáneas. Esto significa que en un mismo Estado encontramos sociedades y comunidades plurales en las que han de convivir de forma pacífica grupos culturales, ideológicos y religiosos moralmente diferentes. Respecto de este pluralismo, la profesora Fernández-Coronado González señala:

En los ordenamientos europeos, estadounidense y canadiense, tanto la jurisprudencia como la doctrina están añadiendo al pluralismo ideológico y al pluralismo religioso un nuevo centro de atención y preocupación: el pluralismo cultural o multiculturalidad y el estatuto jurídico de las minorías. El multiculturalismo encarna la posibilidad de organizar institucionalmente dentro de un sistema pluralista la diversidad de intereses e identificaciones emanadas de la heterogeneidad a que aparecen abocadas las sociedades democráticas, entre otros factores, por la inmigración. Aunque el multiculturalismo, entendido como una manifestación de la diversidad, del pluralismo cultural y de la presencia en una misma sociedad de diferentes grupos culturales, no es una condición singular de las sociedades modernas, es una condición de toda cultura y entraña también una voluntad de reconocimiento de la diferencia. El término multiculturalismo expresa una postura favorable al pluralismo cultural y a los modelos de integración social y de gestión política que persigan su fomento mediante medidas de discriminación positiva. Los principios de la tolerancia y del respeto serán esenciales en la regulación normativa del multiculturalismo... La idea que subyace en el multiculturalismo es la necesidad de reconocer las diferencias y las identidades culturales...¹⁹⁴

El objetivo fundamental no es eliminar esta diversidad sino, más bien al contrario, establecer cómo pueden perdurar sociedades justas y estables compuestas por ciudadanos libres e igua-

¹⁹⁴ Cfr. Fernández-Coronado González, Ana (dir.) et al., *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, Editorial Colex, 2002, pp. 167-173.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 117

les, que están, sin embargo, divididos por doctrinas religiosas, filosóficas, éticas o morales, que todas son razonables, aunque incompatibles entre sí.¹⁹⁵ En la consecución de este objetivo se convierte en algo imprescindible el reconocimiento de la libertad religiosa e ideológica y el respeto a la conciencia individual de los ciudadanos.¹⁹⁶ La libertad de conciencia, una de las libertades de perfiles más dudosos para la doctrina,¹⁹⁷ interesa en tanto en cuanto obliga a precisar qué se entiende por conciencia: “Según es descrita comúnmente por la teología moral, la conciencia es el juicio o dictamen de la razón práctica de una persona acerca de la bondad o maldad de una concreta acción que va a realizar, está realizando o ha realizado. Determina, en definitiva, lo que un sujeto individualizado debe moralmente –por razón de ser aquello bueno o malo– hacer u omitir en una específica situación”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ En este orden de cosas, resulta interesante la afirmación de Seminara, Sergio, en “La eutanasia en Italia”, *cit.*, pp. 77-152, cuando, en relación al tema de la eutanasia en el país italiano, habla de esta pluralidad y diversidad de las sociedades democráticas contemporáneas. Respecto de estas mismas cuestiones realiza Andrés Ollero Tassara un estudio interesante en 2001: Ollero Tassara, Andrés, “Eutanasia y multiculturalismo. Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista”, *Cuadernos de bioética*, 2001, vol. 12, núm. 44, pp. 44-54.

¹⁹⁶ Véase Llamazares, Dionisio, “Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Cap. V)”, *cit.*, pp. 281-383: “Sólo el Estado democrático, pluralista y laico, ofrece la posibilidad de ser respetuoso con la conciencia: pluralismo y laicidad son condición *sine qua non* de la libertad de conciencia y de la de la identidad, tanto de los individuos, como de la de las minorías en las que se integran”.

¹⁹⁷ Es importante reseñar que Holanda tiene algunas de las regulaciones más progresistas en materia de libertad de conciencia. Piénsese, por ejemplo, en la Ley sobre la eutanasia y en el matrimonio de homosexuales.

¹⁹⁸ Véase García Hervás, Dolores *et al.*, “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8) / La objeción de conciencia (lección 17)”, *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Editorial Colex, 1997, pp. 143-153 y 293-325. Respecto de la conciencia, véase Llamazares, Dionisio, “Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Cap. V)”, *cit.*, pp. 281-383, se indica: “La conciencia, en buena medida, es un fenómeno interno cuyo control se les escapa en parte a los Derechos estatales”. Souto Paz, José Antonio, “Libertad de conciencia (Capítulo noveno)”, *cit.*, pp. 297-378, también hace alusión al concepto de conciencia. También en Hervada, Javier, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y*

La realidad demuestra que “Uno de los fenómenos más llamativos que conoce el Derecho moderno es, precisamente, el conflicto conciencia versus ley: la llamada objeción de conciencia”.¹⁹⁹ Tanto es así que, cuando la profesora Fernández-Coronado González trata el tema del contenido del derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea, dice expresamente que “La Carta, a tenor de sus primeros artículos, tiene como eje central a la persona, su dignidad y los derechos que le son inherentes. Las novedades con respecto de éstos se centran en el reconocimiento expreso del derecho de objeción de conciencia, cuya regulación se remite a las leyes nacionales”.²⁰⁰

1. Consideraciones introductorias sobre el derecho a la objeción de conciencia

La primera cuestión que se va a afrontar es la relacionada con la conceptualización de la objeción de conciencia desde un punto de vista general,²⁰¹ para tratar de dar respuesta al interrogante de si existe un derecho general a la objeción de conciencia, lo que permitirá analizar con posterioridad qué ocurre en el ámbito de los tratamientos médicos y terapéuticos y, por ende, en el ámbito eutanásico.

Derecho, vol. 11, 1984, pp. 13-53, se define la conciencia en pp. 42-43. véase también Sieira Mucientes, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 23-54, *concr.*, p. 33.

¹⁹⁹ García Hervás, Dolores *et al.*, “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8) / La objeción de conciencia (lección 17)”, *cit.*, pp. 293-325. Véase también, Navarro Valls, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Cap. XVII)”, *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, 1994, pp. 1089-1139.

²⁰⁰ Fernández-Coronado González, Ana, “El contenido del Derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea”, *cit.*

²⁰¹ A pesar de que haya habido quienes, como Ibán, Iván *et al.* “La objeción de conciencia”, *Derecho eclesiástico*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 108-119, han señalado que “Intentar una definición precisa de qué deba entenderse por objeción de conciencia me parece una tarea inútil”.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 119

“Se puede describir la objeción de conciencia como la negativa a obedecer una ley, a obrar según derecho o a prestar un servicio requerido por la comunidad por juzgar el agente que es inmoral la conducta que debería realizar”.²⁰² En términos muy parecidos se ha dicho que la objeción de conciencia puede definirse como la actitud de aquel que se niega a obedecer un mandato de la autoridad, un imperativo jurídico, invocando la existencia, en el seno de su conciencia, de un dictamen que le impide realizar el comportamiento prescrito.²⁰³ De forma clara y sucinta, el profesor Llamazares ha señalado que “...la objeción de conciencia es una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica...”.²⁰⁴ En definitiva, aunque la noción de objeción de conciencia no es, ni mucho menos, una cuestión pacífica desde un punto de vista doctrinal, como estamos viendo, “...la referencia a la contradicción existente entre la conciencia del sujeto y lo ordenado por la norma es, prácticamente, elemento presente en todas las definiciones que de la misma se han elaborado”.²⁰⁵ En la sen-

²⁰² García Hervás, Dolores *et al.*, “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8) / La objeción de conciencia (lección 17)”, *cit.*, pp. 293-325. Véase también Martínez-Torrón, Javier, “El Derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986, pp. 403 y ss., *concr.*, p. 447; y Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 14.

²⁰³ Véase Américo Cuervo-Arango, Fernando, “La objeción de conciencia al servicio militar: Especial referencia al Derecho español”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 11-47, quien toma esta definición de Venditti, R., *L'obiezione di coscienza al servizio militare*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 3: “L’atteggiamento di oclui che rifiuta di obbedire a un comando dell’autorità, a un imperativo giuridico, invocando l’esistenza, nel foro della coscienza, di un dettame che vieta di tenere il comportamento prescritto”. *Cfr.* asimismo, las definiciones que se nos ofrecen en Navarro Valls, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Cap. XVI)”, *cit.*, pp. 1089-1139; Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*; Souto Paz, José Antonio, “La libertad de conciencia (Capítulo IV)”, *op. cit.*, pp. 133-153; Sieira Mucientes, Sara, *op. cit.*, pp. 23-54, *concr.*, p. 23.

²⁰⁴ Llamazares, Dionisio, “Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Cap. V)”, *cit.*, pp. 281-383.

²⁰⁵ Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*; Palomino, Rafael, *Las objeciones de conciencia*

tencia 15/1982 de 23 de abril, el Tribunal Constitucional concepe la objeción de conciencia como “exención de un deber jurídico”²⁰⁶ y, poco después, este mismo Tribunal señalará textualmente que la objeción de conciencia es “un Derecho Constitucional autónomo, de naturaleza excepcional, pues supone una excepción al cumplimiento de un deber general” (sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 de 27 de octubre).²⁰⁷ Insisten en esta idea de considerar a la objeción de conciencia como un derecho, principalmente, Contreras Mazarío y Martín Sánchez. Contreras Mazarío, por su parte, tras exponer distintas definiciones que se han venido dando del concepto de objeción de conciencia, nos dice:

...no es este el concepto que a nuestro entender debe darse a la objeción de conciencia... A nuestro entender, la objeción de conciencia debe ser definida, por el contrario, como un derecho jurídicamente reconocido que conlleva una exención a una obligación jurídica... Esta definición de la objeción de conciencia como un derecho o inmunidad al no cumplimiento de un deber u obligación jurídica exige que se dé respuesta al segundo de los problemas planteados, que no es otro que el de su fundamentación.²⁰⁸

cia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994, pp. 19 y 20; Suárez Pertierra, Gustavo, “La objeción de conciencia al servicio militar en España”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, 1990, pp. 251-268, *concr.*, p. 251; y Flores Mendoza, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Albolote, Editorial Comares, 2001, p. 56.

²⁰⁶ El mismo concepto que se observa en la sentencia de este mismo Tribunal 35/1985, de 7 de marzo.

²⁰⁷ Concepto que repite el Tribunal Supremo, más recientemente, en la sentencia de 18 de junio de 1998 (RJ 5382/1998), Sala de lo Penal.

²⁰⁸ Contreras Mazarío, José María, “Libertad de conciencia, objeción de conciencia, in-susmisión y derecho. (Comentario a la sentencia núm. 75/92 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid)”, *Ley y Conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, pp. 37-61, *concr.*, p. 39.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 121

El segundo de estos autores, de otro lado, después de analizar exhaustivamente distintas definiciones de la misma, enumerar una serie de requisitos que deben concurrir en la misma para tipificarla y hacer una serie de consideraciones sobre ella, viene a definirla como “el derecho reconocido a la persona para incumplir un deber jurídico por motivos de conciencia”.²⁰⁹ No obstante, es principalmente la jurisprudencia la que mantiene la concepción de la objeción de conciencia centrándose en este derecho que tiene el sujeto a obtener del ordenamiento la exención de un deber jurídico o, en su caso, a no ser sancionado en el supuesto de que el incumplimiento de ese deber jurídico ya se haya producido. Véase, así, lo señalado, literalmente, por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982 de 23 de abril, de que

el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta —la del servicio militar en este caso—, pues la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber —el deber de defender a España— que se impone con carácter general en el artículo 30.1 de la Constitución y que con ese mismo carácter debe ser exigido por los poderes públicos. La objeción de conciencia introduce una excepción a ese deber que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello, el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado

²⁰⁹ Martín Sánchez, Isidoro, “La objeción de conciencia (Cap. VI); La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, en Martín Sánchez, Isidoro (coord.), *Curso de derecho eclesíástico del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 154-163/187-192. Junto a estas definiciones de la objeción de conciencia como un derecho, dadas por Contreras Mazarío y Martín Sánchez, debemos referirnos a lo señalado por Gascón Abellán, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 29: “Así pues, creo que estamos en condiciones de definir la objeción de conciencia como un derecho subjetivo que tiene por objeto lograr la dispensa de un deber jurídico o la exención de responsabilidad cuando el incumplimiento de ese deber se ha consumado”.

122 / María José Parejo Guzmán

exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción.²¹⁰

Una vez alcanzado un concepto genérico del fenómeno de la objeción de conciencia, lo siguiente que debe plantearse es si se puede hablar de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia o si, por el contrario, ningún Estado y, por ende, ningún ordenamiento jurídico estatal, puede reconocer de forma genérica la objeción de conciencia sin atacar su propia naturaleza. En palabras de Amérigo Cuervo-Arango, “hacerlo sería renunciar a todo carácter obligatorio de las normas jurídicas”.²¹¹ Este autor utiliza las palabras de Antonio Reina, de que “En realidad, establecido el principio, cabrían tantas formas de objeción como contenidos de conciencia”, para concluir señalando que esto conduciría al más puro anarquismo y que, en línea con la filosofía jurídica, admitir la objeción de conciencia con carácter genérico, supondría caer nuevamente en la confusión, ya totalmente superada, entre validez y justicia. En sentido contrario, han habido autores que parece que se han decantado más por la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia.²¹² Por nuestra parte, nos alineamos con la primera de las posicio-

²¹⁰ Pronunciamientos en esta misma línea se observan en la sentencia del Tribunal Constitucional 35/1985 de 7 de marzo; en las sentencias, también del Tribunal Constitucional, de 27 de octubre de 1987 (RTC 160/1987 y 161/1987); así como en los autos del Tribunal Constitucional de 18 julio y 29 octubre de 1996 (RTC 214/1996 y 319/1996, respectivamente). Por su parte, el Tribunal Supremo también se pronuncia en este mismo sentido en su sentencia de 18 de junio de 1998 (RJ 5382/1998), Sala de lo Penal. Finalmente mencionar, a este respecto, SAP Barcelona de 17 de febrero de 1995 (AC 299/1995), SAP Guadalajara de 21 de mayo de 1996 (ARP 575/1996), SAP Granada de 25 de junio de 1996 (ARP 441/1996), SAP Madrid de 9 de mayo de 1997 (ARP 1295/1997).

²¹¹ Amérigo Cuervo-Arango, Fernando, “La objeción de conciencia al servicio militar: Especial referencia al Derecho español”, *op. cit.*, pp. 11-47.

²¹² Es el caso, por ejemplo, entre otros, de González del Valle, José María, “La objeción de conciencia (Capítulo X); objeciones”, *Derecho eclesiástico español*, 4a. ed., Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, pp. 347-381; y Martín Sánchez, Isidoro, “La objeción de conciencia (Cap. VI); La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, *op. cit.*, pp. 154-163/187-192.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 123

nes doctrinales que afirma que no se puede hablar, en nuestro ordenamiento jurídico, de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia: “Por tanto, debemos entender, bajo este criterio, que en el ordenamiento jurídico español no se reconoce un derecho fundamental a la objeción de conciencia, limitándose el reconocimiento del mismo —bajo la categoría, a lo sumo, de derecho constitucional autónomo— a deberes legales concretos”,²¹³

La cuestión, no obstante, se sitúa en el hecho de que “Las dificultades, teóricas y prácticas, que plantea el reconocimiento de la objeción de conciencia, tienen su reflejo en las decisiones del Tribunal Constitucional sobre la cuestión, que no dudaría en calificar de contradictorias”,²¹⁴ En la práctica, la doctrina ha intentado armonizar estas distintas posturas mantenidas por el Tribunal Constitucional sobre la objeción de conciencia, pero resulta evidente la dificultad de realizar una interpretación armónica más aún si tenemos en cuenta que la actual postura del Tribunal Constitucional es la de excluir el reconocimiento de un derecho general a la objeción de conciencia incardinado en el artículo 16 de la Constitución.²¹⁵ Es, en concreto, la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987 de 27 de octubre, la que vino a sentar de una manera precisa esta doctrina de que no existe un derecho general de objeción de conciencia. La línea seguida por el Constitucional a raíz de esta sentencia, que restringe el reconocimiento general de la objeción de conciencia, es la de que, ante el cumplimiento de los deberes legales que impone el ordenamiento, no se puede alegar un derecho de objeción de conciencia que legitime o exima del cumplimiento del deber: La objeción de conciencia sólo adquiere la cualificación de derecho subjetivo en

²¹³ Véase Navarro Valls, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Cap. XVII)”, *op. cit.*, pp. 1089-1139. Cfr. Rollnert Liern, Göran, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, prólogo de Remedio Sánchez Férriz, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 321-322.

²¹⁴ Ibán, Iván *et al.*, “La objeción de conciencia”, *op. cit.*, pp. 108-119.

²¹⁵ Véase Sieira Mucientes, Sara, *op. cit.*, pp. 23-54, *concr.*, p. 44.

los supuestos concretos en los que el ordenamiento jurídico lo reconoce expresamente. Esta Sentencia, refiriéndose a la objeción de conciencia al servicio militar, sostiene que “sin ese reconocimiento constitucional (el del artículo 30.2) no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo del de la libertad ideológica o de conciencia que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o “subconstitucionales por motivos de conciencia”. Podemos observar que también restringe el reconocimiento general de la objeción de conciencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/1987 de 27 de octubre (FJ 3): Efectivamente, a la pregunta que la doctrina se hace respecto a si cabe hablar de un derecho a la objeción de conciencia en general, la STC 161/1987, de 27 de octubre, respondía: “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que puede ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto” (fundamento jurídico n. 3). De esta forma, el Tribunal Constitucional, parece descartar la posibilidad de que puedan tutelarse formas de objeción de conciencia que el legislador –constitucional u ordinario– no haya aceptado expresa o previamente.²¹⁶

²¹⁶ Estos pronunciamientos jurisprudenciales son estudiados, entre otros, en Rollnert Liern, Göran, *op. cit.*, pp. 282-286. Podemos observar también, en este sentido, que cuando en Souto Paz, José Antonio, “La libertad de conciencia (Capítulo IV)”, *cit.*, pp. 133-153, el autor analiza la sentencia número 75/1992 del Juzgado de lo Penal de Madrid sobre incumplimiento de la prestación social sustitutoria, instruida contra I.A.G, éste nos dice que: “Todo ello nos lleva a una conclusión evidente: no existe un derecho general de objeción de conciencia. Ante el cumplimiento de los distintos deberes legales que impone el ordenamiento no se puede alegar un derecho de objeción de conciencia, que legitime o exima del cumplimiento del deber. Así, mientras la libertad de conciencia tiene un alcance general, dentro de su ámbito y respecto a su contenido, sin necesidad de una especificación singularizada y positivizada de los actos u omisiones protegidos por el Derecho; en cambio, la objeción de conciencia sólo adquiere la cualificación de derecho subjetivo en los supuestos concretos en los que el ordenamiento jurídico lo

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 125

No obstante todo esto, recordemos que, anteriormente, sostener la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento era una opinión acorde con la postura mantenida por alguna que otra resolución y recomendación de diversos organismos internacionales, alguna de las cuales invocaba, expresamente, nuestro Tribunal Constitucional. Es el caso de lo señalado en la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril, FJ 6. También la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, abundaba en la idea de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento. En un *obiter dictum* de la misma, referido a la objeción de conciencia al aborto, señalaba: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia... existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución...” (fundamento jurídico 14).²¹⁷

Así las cosas, y aunque el único supuesto de objeción de conciencia que ha merecido tradicionalmente una adecuada tutela jurídica en nuestro ordenamiento jurídico ha sido la objeción de

reconoce expresamente. El giro operado en la doctrina del Tribunal Constitucional es coherente no con su opinión anterior, sino con la lógica jurídica; razón por la cual la única manifestación de objeción de conciencia protegida jurídicamente en el Derecho español es, cabalmente, la objeción de conciencia al servicio militar, debido a su inclusión en el artículo 30.2 de la CE. Los demás supuestos, mientras no sean regulados por ley, no podrán gozar de protección jurídica”. Resulta interesante observar también cómo, en Ruiz Miguel, Alfonso y Romeo Casabona, Carlos María, “La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos/La objeción de conciencia en la praxis médica”, en Maqueda Abreu, Ma. Luisa (dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 11-40/63-106, concr., p. 22, Ruiz Miguel, Alfonso, después de explicarnos que en la mencionada STC 161/1987 (FJ 3) se observa la exclusión expresa de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de un derecho general a la objeción de conciencia, nos indica que “La sustancia de esta doctrina parece de momento consolidada a la luz de la posterior STC 321/1994 de 28 de noviembre, que rechaza el recurso de un insumiso que había alegado motivos de conciencia para negarse a presentar la objeción al servicio militar legalmente prevista y había sido condenado por delito contra el deber de prestación del servicio militar”.

²¹⁷ Véase Rollnert Liern, Göran, *op. cit.*, pp. 278-281.

conciencia al servicio militar, debido a su inclusión en el artículo 30.2 de la Constitución Española, cabe destacar que doctrina y jurisprudencia han ido valorando otros variados supuestos que son susceptibles de una calificación jurídica semejante. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional afirmaba en 1985 que “existen en nuestro Derecho dos supuestos admitidos de objeción de conciencia, aunque el legislador puede regular otros en el futuro. Uno es la objeción de conciencia al servicio militar, expresamente mencionada en el artículo 30.2 de la Constitución y otro, la objeción de conciencia del personal sanitario al aborto, admitida por el propio Tribunal Constitucional” (STC 53/1985 de 11 de abril, FJ 4). Por su parte, en la doctrina, también han habido autores que han venido hablando de otros variados supuestos que son susceptibles de una calificación jurídica semejante. Es el caso de Armenteros Chaparro, por ejemplo, que señala:

En este sentido, debemos señalar que no sólo la objeción de conciencia al servicio militar ha merecido la atención de la doctrina, también otros casos han atraído igualmente este interés, en una casuística sobre supuestos que se dan y que nuestra Constitución no ha contemplado específicamente... Así, en una somera revisión de la jurisprudencia española y de derecho comparado, podemos verificar la existencia de numerosos pronunciamientos sobre supuestos de objeción de conciencia referidos no sólo al servicio militar, sino también a otras cuestiones como violencia y ejercicio de la abogacía, creencia en Dios, escolarización obligatoria de los hijos en relación a la educación sexual integrada en las escuelas públicas, dejar de ostentar un signo por el que se manifiesta la pertenencia a una religión, número identificativo y pago de las tasas de la Seguridad Social, fotografías en el permiso de conducir, no prestar juramento en la toma de posesión de un cargo público, no someterse a tratamiento sanitario, no respetar el calendario laboral incompatible con las obligaciones religiosas, no cumplir las obligaciones fiscales en relación al porcentaje que el Estado destina a gastos de defensa (armamento bélico), negarse al pago de las tasas académicas por destinar parte de dichos fondos

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 127

públicos a sufragar gastos de realización de prácticas abortivas a estudiantes universitarias, del personal sanitario a su intervención en interrupciones de embarazo, de los jueces a decidir en supuestos de petición de interrupción del embarazo suscitado por menores de edad, de farmacéuticos a dispensar píldoras abortivas, a formar parte de un jurado, etc. En resumen, la objeción de conciencia se extiende paulatinamente como pauta de conducta. Sin embargo, la necesaria compatibilidad con otras exigencias de orden político, social y personal, obligan a modular su ejercicio y a impedir que una concepción ilimitada destruya los fundamentos de la convivencia dañando otros derechos y libertades.²¹⁸

Aún cuando no existe un derecho general de objeción de conciencia, sí cabe señalar, con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que pueden contemplarse distintos y variados posibles casos de objeción de conciencia. De entre las principales manifestaciones de objeción de conciencia enumeran los autores: la objeción de conciencia al servicio militar, la objeción de conciencia fiscal, la objeción de conciencia al aborto, la objeción de conciencia a tratamientos médicos, la objeción de conciencia en el ámbito de las relaciones laborales, objeciones de conciencia en el campo educativo y objeciones de conciencia a los juramentos promisorios,²¹⁹ eso sí, sin llegar nunca a abrir tanto el abanico de posibilidades que ello permitiera afirmar que “La posibilidad de plantear objeciones de conciencia es infinita,

²¹⁸ Véase Armenteros Chaparro, Juan Carlos, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Madrid, Editorial Colex, 1997, pp. 16 y 19-22.

²¹⁹ Así, por ejemplo, en García Hervás, Dolores et al., “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8)/La objeción de conciencia (lección 17)”, *cit.*, pp. 293-325, se estudian, entre estas posibles manifestaciones de la objeción de conciencia: la objeción de conciencia al servicio militar, la objeción de conciencia al uso de determinados medios terapéuticos o a la eutanasia, la objeción de conciencia al aborto, la objeción de conciencia fiscal y la objeción de conciencia a formar parte del jurado. Véase también González del Valle, José María, “La objeción de conciencia (Capítulo X); objeciones”, *cit.*, pp. 347-381; Navarro Valls, Rafael et al., “Las objeciones de conciencia (Capítulo XVII)”, *cit.*, pp. 1089-1139; y Souto Paz, José Antonio, “Libertad de conciencia (Capítulo noveno)”, *cit.*, pp. 297-378.

pues nada impide alegar el artículo 16.1 para fundamentar la pretensión más estrambótica. Esto hace que, desde un punto de vista hipotético, se puedan plantear las objeciones de conciencia más variadas”,²²⁰ ya que “Es evidente que no toda ‘desobediencia ética’ al derecho es objeción de conciencia”.²²¹ Incluso ha llegado a afirmarse, a este respecto, que

...la cautela del TC al enfrentarse con el problema de la objeción de conciencia viene motivada por el temor a lo que podríamos denominar una explosión eufórica del instituto... Así las cosas, el problema —como siempre ocurre con los derechos humanos— parece ser no tanto encuadrar la objeción de conciencia en principios abstractos... cuanto residenciarla en su hábitat natural que es el campo de la prudencia jurídica. Es decir, la cuestión no es tanto admitir o no admitir un teórico derecho general a la objeción de conciencia, cuanto precisar sus límites. Tarea de precisión que no siempre el legislativo podrá encontrarse en condiciones de hacer, ni a veces deberá hacer...²²²

2. La objeción de conciencia a tratamientos médicos y al uso de determinados medios terapéuticos

Visto el tema de la objeción de conciencia en general y habiendo señalado que, aún cuando no existe un derecho general de objeción de conciencia, sí debe señalarse, con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que pueden contemplarse distintos y variados posibles casos de objeción de conciencia, es el momento de centrarnos en el estudio del problema de la objeción de conciencia al uso de determinados medios terapéuticos y si, por

²²⁰ Esta afirmación está tomada de González del Valle, José María, “La objeción de conciencia (Capítulo X); objeciones”, *cit.*, pp. 347-381.

²²¹ Navarro Valls, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Capítulo XVII)”, *cit.*, pp. 1089-1139.

²²² *Idem.*

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 129

ende, es aplicable a las prácticas eutanásicas.²²³ Esto se hará, en el intento de dar una propuesta de solución a esta problemática a la luz de nuestro derecho positivo, aún a sabiendas de la escasa, por no decir nula, legislación específica y directamente aplicable al caso existente tanto en España como en el resto de los ordenamientos europeos:

resulta obligado acudir a la experiencia jurídica de otros sistemas, con objeto de proporcionar —en la medida en que se consideren aceptables— criterios que sirvan de orientación a la labor legislativa y jurisprudencial que está todavía por realizarse en España en materia de libertad religiosa y de conciencia. De ahí que hayamos decidido abordar, desde esa perspectiva, un tema que no sólo carece de directa regulación legal en nuestro ordenamiento, sino que ha sido escasamente enjuiciado por nuestra jurisprudencia (y en nuestra opinión, además, de una manera poco matizada y no del todo satisfactoria)... si cualquier supuesto de objeción de conciencia nunca es fácil de resolver según criterios jurídicos, éste no es precisamente uno de los más sencillos. Y sus dificultades aumentan a medida que crece el pluralismo religioso de una sociedad... a diferencia de otras formas de objeción de conciencia más consolidadas— al servicio militar o al aborto, por ejemplo—, los ordenamientos europeos no suelen disponer de legislación específica y directamente aplicable al caso. La normativa, cuando existe, se refiere más bien a los límites que encuentra la actividad sanitaria en la imposición de tratamientos médicos en general, sin puntualizar los matices que implica la negativa por motivos de conciencia. De ahí que la jurisprudencia europea se haya enfrentado con la temática argumentando desde presupuestos constitucionales, o aplicando normas inferiores —en especial las penales— sólo indirectamente aplicables a estos supuestos. Y de ahí también que hayamos tenido que recurrir —más que en el Derecho anglosajón, donde la abundante jurisprudencia ha suplido las lagunas legales— a normativa no estrictamente jurídica, cual es la contenida en las directivas deontológicas emanadas de los distintos colegios médicos.²²⁴

²²³ Cfr. Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, pp. 566 y 567.

²²⁴ En Navarro-Valls, Rafael *et al.*, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos:

130 / María José Parejo Guzmán

Es decir, la tarea que nos proponemos llevar a cabo en este momento consistirá en intentar concretizar la objeción de conciencia en el ámbito del rechazo a la conducta de la eutanasia.²²⁵

Según ha venido señalándose,

El problema de la objeción de conciencia frente a la práctica eutanásica —en el caso de su despenalización para determinados supuestos— se plantearía en términos similares a los de la objeción de conciencia frente a la práctica del aborto: por una parte, estaría el paciente, que reclama la eutanasia apelando al uso de una llamada práctica clínica despenalizada sobre la base a su derecho a una muerte digna y, por otra parte, la objeción de conciencia del médico o personal paramédico o auxiliar sanitario —que tiene el deber de conservar la vida y la salud—, que puede tener sus raíces en creencias religiosas o puede tenerlas en un ideario moral laico agnóstico o ateo.²²⁶

Más específicamente, se podría decir que este tipo de objeción de conciencia se refiere al rechazo a utilizar determinados medios terapéuticos generalmente considerados acordes con la moral, pero que algunos entienden que son inmorales por razón de su ideología religiosa y que, en consecuencia, se niegan a que se los apliquen a sí mismos, o a personas que están bajo su tutela, como es el caso de los hijos, o hacia los que tienen un particular deber de atención y cuidado en razón de vínculos familiares.²²⁷

derecho comparado y derecho español", *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989, pp. 893-973. Cfr. también, lo señalado, en esta misma línea, por Goti Ordeñana, Juan, *Sistema de derecho eclesiástico del Estado*, 2a. ed., edición revisada, España, Zarrautz, 1994, pp. 802-810; y por Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, pp. 567-569.

²²⁵ En Ruiz Miguel, Alfonso y Romeo Casabona, Carlos María, "La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos / La objeción de conciencia en la praxis médica", *cit.*, pp. 11-40, 63-106, *concr.*, p. 67.

²²⁶ Cfr. García Hervás, Dolores *et al.*, "Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8) / La objeción de conciencia (lección 17)", *cit.*, pp. 293-325.

²²⁷ En este mismo sentido véase Navarro Valls, Rafael *et al.*, "Las objeciones de con-

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 131

Al respecto de esta posible modalidad de objeción de conciencia, la cuestión más importante que debe ser analizada, y que mayor trascendencia puede tener para nuestra obra, en cuanto se refiere al análisis de las prácticas eutanásicas desde la perspectiva del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, es la propia naturaleza de tales prácticas en el derecho vigente, es decir, la cuestión de si, verdaderamente, se trata ésta de una objeción de conciencia tal y como ésta ha quedado definida y explicada anteriormente. En este sentido se estudiará que, en los casos contemplados por la jurisprudencia, siempre se han alegado razones de conciencia para rechazar un determinado tratamiento sanitario, pero que, al mismo tiempo, se trata ésta de una cuestión doctrinalmente discutida.

Por una parte, hay quienes han venido a definir el supuesto de objeción de conciencia como “la negativa por razones de conciencia a someterse a un tratamiento sanitario obligatorio”.²²⁸ Atendiendo a la literalidad de esta definición, parte de los autores de nuestro entorno ha señalado que parece estar claro que el fundamento de esta objeción se encuentra en la existencia de razones de conciencia y esto les ha llevado a indicar que se está en presencia de un verdadero supuesto de objeción de conciencia.

Sin embargo, si bien puede parecer cierto que el fundamento de esta actuación se encuentra en estas razones de conciencia

ciencia (Capítulo XVII)”, *cit.*, pp. 1089-1139. Dentro de esta objeción, propia de algunos grupos cristianos protestantes, pueden detectarse, tradicionalmente, dos tipos de posturas: la de aquellos que se niegan a toda intervención médica, fundados en la Epístola de Santiago 5, 14-15, que apela a la oración sobre los enfermos y la de quienes se oponen a las transfusiones de sangre, en base a una interpretación analógica de algunos textos del Antiguo Testamento, como Levítico 3, 17 o 17, 10-14, que prohíben comer sangre de los animales, por considerar que en la sangre reside la vida y está reservada a Dios. En España se han presentado, sobre todo, casos del segundo tipo, protagonizados por los llamados testigos de Jehová (véase por ejemplo: autos del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978 y de 22 de diciembre de 1983; y auto del Tribunal Constitucional de 20 de junio de 1984; así como sentencias TC 137/1990 de 19 de julio; TC 120/1990, de 27 de junio).

²²⁸ Martín Sánchez, Isidoro, “La objeción de conciencia (Capítulo VI); La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, *cit.*, pp. 154-163, 187-192.

132 / María José Parejo Guzmán

(comúnmente en razones ideológicas y de creencias religiosas, colectivas o individuales,²²⁹ aunque no son estos los únicos motivos por los que un sujeto puede negarse a recibir un tratamiento médico),²³⁰ no está del todo claro, en opinión de otro sector de la doctrina estudiosa de estas cuestiones, que exista, en nuestro ordenamiento jurídico, la obligación jurídica de someterse a un tratamiento sanitario para conservar así la vida y la propia salud,²³¹ que es lo que se plantea, en la definición señalada, como el deber objetado. De hecho, obsérvese cómo la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce, en su artículo 10,9, el derecho del paciente a negarse al tratamiento médico: "Artículo 10: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente".²³² Otro plantea-

²²⁹ Cfr. efectivamente, lo que se explica en Navarro-Valls, Rafael *et al.*, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", *cit.*, pp. 893-973.

²³⁰ Véase Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*: "Los motivos por los que un sujeto puede negarse a recibir un tratamiento médico son, desde luego, variadísimos, centrandose aquí nuestro interés exclusivamente aquellos que obedecen a determinadas convicciones ideológicas".

²³¹ Dejemos claro desde este momento que no se presta a discusión alguna, y es unánimemente sostenido por la doctrina, que el único supuesto en el que sí existe esta obligación de someterse a un tratamiento sanitario es el constituido por aquellos tratamientos médicos necesarios para evitar un riesgo a la salud pública (artículo 10, 6, a, de la Ley General de Sanidad —Ley 14/1986 de 25 de abril, BOE 101/1986 de 29 de abril de 1986— "Artículo 10: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública"). No obstante, en este caso la objeción de conciencia a dichos tratamientos no resulta factible porque la salud pública es uno de los límites a las libertades garantizadas por el artículo 16 de la Constitución. Véase en este sentido, Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*

²³² En Moreno Antón, María, "El TC ante algunas manifestaciones de la libertad religiosa: la negativa de los testigos de Jehová a las transfusiones de sangre", en Martínez-Torrón, Javier (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada,

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 133

miento doctrinal que encontramos a favor de este derecho del paciente a negarse al tratamiento médico es el que se basa en el derecho fundamental de libertad religiosa.²³³ Aún cuando nos estamos refiriendo aquí a este derecho de libertad religiosa, hemos de puntualizar que, en este momento, sólo estamos estudiando la existencia o no, en nuestro ordenamiento jurídico, de una obligación jurídica de someterse a un tratamiento sanitario y, consiguientemente, de un derecho del paciente a negarse al tratamiento médico. Por tanto, el conflicto vida/ libertad personal de decisión y la libertad ideológica y religiosa ahora únicamente han sido sacadas a colación por necesidades expositivas y por la indudable conexión que existe entre todas estas cuestiones. Por su parte, el Tribunal Constitucional, partiendo de la base de que no existe un derecho subjetivo a la propia muerte, admite el derecho a rechazar la asistencia médica, aún con riesgo de la propia vida, en los supuestos que sólo afectan al interesado y en los cuales no exista, además, una relación de sujeción especial entre éste y la Administración (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ7). Es este razonamiento el que ha servido de argumento a este sector doctrinal (la mayoría de los autores)²³⁴ para decantarse por la teoría de que no se trata éste de un verdadero supuesto de objeción de conciencia. Estos autores han venido manifestando:

En nuestra opinión, no cabe hablar... de la existencia de dicha obligación en nuestro ordenamiento, porque la vida y la salud aparecen configuradas en él mismo como derechos y como debe-

Editorial Comares, 1998, Actas del VIII Congreso Internacional de derecho eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997, pp. 693-705, se observa este planteamiento.

²³³ Cfr. Moreno Antón, María, "El TC ante algunas manifestaciones de la libertad religiosa: la negativa de los testigos de Jehová a las transfusiones de sangre", *op. cit.*, pp. 693-705.

²³⁴ Esto que señalamos se observa claramente en lo que se nos indica en Navarro-Valls, Rafael *et al.*, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", *op. cit.*, pp. 893-973.

res. Por ello, creemos que no puede hablarse en sentido estricto de un derecho a la objeción de conciencia a tratamientos médicos en nuestro sistema jurídico, sino del reconocimiento por éste del derecho de la persona a someterse libremente a aquéllos, así como a rechazarlos, por razones de conciencia o por otras diversas, siempre que no estén en juego los derechos fundamentales de los demás u otros bienes constitucionalmente protegidos... entendemos que no existe en nuestro ordenamiento la exigencia de un deber de conservar la propia vida y salud y, por tanto, que no cabe hablar de la existencia de un derecho a la objeción de conciencia a los tratamientos médicos tendentes a conservarlas, porque éstos no son obligatorios... En razón de lo expuesto, entendemos... que no cabe hablar en sentido estricto de un derecho a la objeción de conciencia a tratamientos médicos en nuestro ordenamiento jurídico.²³⁵

Este mismo razonamiento ha sido realizado por algunos autores respecto de la práctica del aborto, que es un supuesto de objeción de conciencia que se plantea en términos similares a los de la objeción de conciencia frente a la práctica eutanásica.²³⁶ En sede de eutanasia debe señalarse que la misma se diferencia del aborto, principalmente, en que en el aborto nos encontramos ante una vida que se inicia y en la eutanasia, por el contrario, nos encontramos ante una vida que se está extinguiendo. Respecto de esta cuestión se han encontrado quienes han venido señalando “En nuestra opinión, no cabe hablar de objeción de conciencia, sino de objeción profesional o técnica”.²³⁷

²³⁵ Martín Sánchez, Isidoro, “La objeción de conciencia (Capítulo VI); La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, *cit.*, pp. 154-163, 187-192. Véase también Marín Gámez, José Ángel, “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida”, *cit.*, pp. 85-118, con.cr., p. 116.

²³⁶ Véase García Hervás, Dolores *et al.*, “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como derecho (lección 8)/La objeción de conciencia (lección 17)”, *op. cit.*, pp. 293-325.

²³⁷ Souto Paz, José Antonio, “La libertad de conciencia (Capítulo IV)”, *op. cit.*, pp. 133-153.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 135

Por otra parte, otro sector doctrinal, partiendo en su razonamiento de unas premisas idénticas a las empleadas por estos autores que se han decantado por la teoría de que no se trata éste de un verdadero supuesto de objeción de conciencia, llega a una conclusión algo diferente, interesante y acertada. En efecto, para este sector doctrinal también resulta cierto, antes que nada, que “Únicamente si se admitiese la existencia de un ‘deber de salud’ de todo ciudadano, podríamos calificar con rigor como objeción de conciencia a la negativa a someterse a aquel tratamiento médico encaminado a preservarla o recuperarla”.²³⁸ El razonamiento de esta parte de la doctrina continúa refiriéndose al derecho/deber de vida, al derecho/deber de salud, al derecho a la muerte, al derecho a disponer del propio cuerpo, al derecho de libertad religiosa y al conflicto existente entre el derecho a la vida y la libertad personal de decisión o libertad ideológica y religiosa,²³⁹ para afirmar, tras el estudio de este entramado de derechos y libertades, que

de las afirmaciones anteriores no cabe colegir una obligación a la propia salud, un deber de vivir que convirtiera en objeción a la negativa a recibir aquel tratamiento médico que esté encaminado a preservarla... en aplicación de la más estricta técnica jurídica, probablemente no podría hablarse casi en ningún caso de objeción de conciencia a los tratamientos médicos... Es por ello que la doctrina, cuando se refiere a la oposición a un tratamiento por razones de conciencia, suele hablar de objeción impropia, ‘en la medida en que es excepcional en los distintos ordenamientos la existencia de un mandato de la ley que imponga como obligatorios los tratamientos médicos aludidos.’²⁴⁰

²³⁸ Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*

²³⁹ Respecto de estas cuestiones véase lo explicado en Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.*

²⁴⁰ Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.* En este mismo sentido, Fernández Bermejo, Mariano, “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales a la intervención del Estado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IV, núm 133, 1994, pp. 1-4, concr., p. 3. También es utilizado el término de objeción “impropia” en lo que se nos indica en Navarro Valls, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Capítulo XVII)”, *cit.*, pp. 1089-1139; y Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier, *op. cit.*, p. 122. Igualmente nos

Llegados a este punto, se puede afirmar, respecto al ordenamiento español, que la regla general es la que afirma la inexistencia de un deber a la propia salud y, consiguientemente, el carácter de impropia de la objeción de conciencia a los tratamientos médicos;²⁴¹ es donde nos encontramos con el razonamiento que lleva a este sector doctrinal a esa conclusión algo diferente, interesante y acertada, a que antes nos referíamos. En pocas palabras, lo que plantea, de manera original, esta parte de la doctrina es qué ocurre si la imposibilidad de llevar a cabo el tratamiento médico en cuestión no proviene de la negativa del paciente sino de la del propio facultativo que, por razones ideológicas, se niega a dispensar dicho tratamiento. Por tanto, es del todo acertado y oportuno plantearse esta cuestión desde este otro punto de vista, desde el punto de vista del médico, porque consideramos un error, en el que ha caído la gran mayoría de la doctrina estudiosa de esta materia, plantearlo únicamente desde

encontramos con palabras, en este sentido, en Galán Cortés, Julio César, Responsabilidad médica y..., *cit.*, p. 240.

²⁴¹ Obsérvense los peculiares perfiles que presenta esta cuestión en el ordenamiento italiano, cuya Constitución establece que "nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, salvo por disposición de Ley. La Ley en ningún caso puede violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana" (artículo 32.2). Por su parte, el artículo 5 del Código civil italiano prohíbe "los actos de disposición del propio cuerpo cuando impliquen una disminución permanente de la integridad física o cuando son contrarios a la ley, el orden público o a las buenas costumbres". Glosando lo afirmado por la doctrina italiana sobre el particular, Pemán Gavín sostiene que la posible existencia de un deber a la propia salud, además de los casos en los que está comprometida la salud colectiva, sólo podría derivarse del deber constitucional de trabajar y sólo en relación a aquellas enfermedades que incapaciten al sujeto para el trabajo (Pemán, J., "Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado", *Revista de la Administración Pública*, núm. 103, 1984, pp. 89 y ss., *concr.*, p. 119, *cita* núm. 70). En muy parecidos términos se pronuncia el proyecto de nuevo código civil argentino, cuyo artículo 112, en análogos términos al artículo 32 de la Constitución italiana, prevé que "nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario". También cabe señalar, respecto del ordenamiento italiano, lo que se nos indica en Navarro-Valls, Rafael y Martínez-Torrón, Javier y Jurdado, Miguel Ángel, "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español", *cit.*, pp. 893-973.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 137

el punto de vista del enfermo que debería recibir el tratamiento médico. En palabras de Sánchez González, en este supuesto original planteado, la actitud del facultativo sí podrá calificarse adecuadamente como objeción de conciencia, dado que el código deontológico de la profesión médica obliga a los médicos a intervenir para preservar la vida o salud del paciente, de modo que si se niega a intervenir porque el tratamiento necesario vulnera sus principios, se estaría también ante un supuesto de objeción en sentido estricto.²⁴² La conclusión final de este razonamiento, algo diferente, interesante y acertada, es que "A partir de estas afirmaciones puede fácilmente concluirse que, revistiendo normalmente la oposición por razones ideológicas a recibir un tratamiento médico el carácter de objeción impropia, hay casos específicos respecto de los que, en forma excepcional, cabe ha-

²⁴² Cfr. Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.* Cfr., también, Hervada, Javier, "Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica", *cit.*, pp. 13-53, *concr.*, p. 52. A esto cabe añadir, en este momento, cómo en Mora Molina, Juan Jesús, *Holanda, entre la vida y la muerte*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 216, este autor escribe, en relación a esta cuestión, aunque no hable expresamente de objeción de conciencia del médico, que: "La nueva ley reconoce explícitamente la validez de las declaraciones de voluntad realizadas por escrito que se refieren a la terminación de la vida... Existiendo una declaración de este tipo, el médico puede decidir practicar la eutanasia, salvo que tenga motivos fundados para no hacerlo. De cualquier modo, sólo podrá atender a dicha solicitud siempre que observe los requisitos de debido cuidado mencionados en el Proyecto de Ley". Véase en este sentido Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, pp. 527- 528, en este texto la autora señala, respecto de las conductas de un médico que se niega a dispensar a un paciente un concreto tratamiento médico optando por la práctica de la eutanasia, que: "Es justamente la ductilidad con la que la medicina puede usarse en estos ámbitos y... la que hace que a la postre los argumentos utilizados a favor de la legalización de la eutanasia se vinculen, como no podía ser menos, con el respeto de la autonomía y dignidad del ser humano. De hecho, son estos argumentos los únicos que pueden explicar que el médico se implique realizando una conducta que no sólo no le reporta un beneficio personal, sino que puede acabar sentándole frente a un Tribunal al que poco más le queda alegar que haber actuado en conciencia". También refiriéndose a la objeción de conciencia del médico, aunque tratando esta cuestión, no desde el punto de vista de qué ocurre si el facultativo se niega, por razones ideológicas, a dispensar un concreto tratamiento médico a un paciente para salvar su vida, sino desde el punto de vista de qué ocurre si el médico se niega, por el contrario, a ejecutar la muerte del paciente mediante la acción eutanásica, debe leerse Gómez Pavón, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1997, pp. 282 y 283.

blar de objeción en sentido estricto”.²⁴³ Por último, esta vertiente doctrinal se refiere a que este carácter impropio que reviste, en general, la objeción de conciencia a tratamientos médicos, que les ha llevado a afirmar que no existe una obligación legal de someterse a dichos tratamientos, les ha conducido a pensar en la necesidad de contar con el consentimiento del paciente para imponerle un determinado tratamiento.

Otra cuestión, igualmente relevante, que debemos estudiar respecto de esta oposición por razones ideológicas a recibir un tratamiento médico, que reviste, normalmente, el carácter de objeción impropia (a salvo de algunos casos específicos respecto de los que sí cabe hablar, en forma excepcional, de objeción en sentido estricto), es el tratamiento que da la doctrina a estos casos, por un lado, cuando la negativa al tratamiento médico es planteada conscientemente por un adulto capaz y, por otro, cuando procede no del paciente (al estar incapacitado o ser menor), sino de los representantes o cuidadores legales.

a) Centrándonos en la objeción de conciencia “conscientemente planteada” por un adulto capaz, la mayoría de la doctrina adopta un criterio —contrario a lo sostenido por la jurisprudencia española en un primer momento— centrado en el respeto de la objeción de conciencia del adulto capaz, aunque se tenga la certeza de que su negativa a la medicación le producirá la muerte, que no puede estar de acuerdo con exonerar al juez de toda responsabilidad penal cuando ordena la imposición de un tratamiento rechazado por ese paciente.²⁴⁴ En este mismo sentido,

²⁴³ Sánchez González, Ma. Paz, *op. cit.* En otra línea de opinión se encuentra Flores Mendoza, Fátima, *op. cit.*, p. 423.

²⁴⁴ El razonamiento más atendible, a este respecto, bascula sobre la noción del “debido respeto a la dignidad de la persona humana”, que se conceptúa como un principio material de justicia, un límite inmanente del derecho positivo, que no permite ser incluido como un interés más en el marco de la ponderación de intereses en juego ni como un mero mecanismo corrector a posteriori de tal ponderación: *Cfr.* Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 3a. ed., Madrid, 1985, t. I, pp. 87 y 88; y Díez Ripollés, José Luis, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, p. 635. En el mismo sentido parece pronunciarse Bueno Arús, Francisco,

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 139

pero en una línea diferente, se mueve la argumentación de Bajo Fernández,²⁴⁵ que declara incurso en responsabilidad criminal al juez que, contra la voluntad del paciente, impone la transfusión de sangre. Su razonamiento se fija, no tanto en el atentado que contra la dignidad de la persona humana supone tal actividad, sino más bien en el hecho de que la propia transfusión de sangre puede conceptuarse como una “agresión física que provoca riesgos para la salud”, condición de hecho que considera debe concurrir para exonerar de responsabilidad por la vía de la aplicación del número 7 del artículo 8 del Código Penal. En nuestra opinión, dicha argumentación resulta poco acertada o, cuanto menos, discutible. Frente a este sector, otros autores exoneran al juez de responsabilidad criminal, bien porque el mal causado es menor del que se trataba de evitar, aunque la eximente de estado de necesidad tendría aquí la naturaleza de una “causa de inculpabilidad”,²⁴⁶ bien porque allí donde cabe una intervención en favor de la vida aquélla se legitima por sí misma.²⁴⁷ Al estar

(en “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal”, *cit.*, pp. 11-22) cuando rechaza la jerarquía de bienes establecida por la jurisprudencia (primacía del derecho a la vida y a la salud sobre la libertad religiosa) para fundamentar la aplicación del estado de necesidad. Aunque su posición la refiera directamente al facultativo que aplica el tratamiento hemotransfusional contra la voluntad expresa del paciente —al que hace responsable de un delito contra la libertad, no simplemente la religiosa, sino la libertad más íntima de autodeterminación— parece que indirectamente la refiere también al Juez que impone el tratamiento, al disentir de la fundamentación jurídica de los autos del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979, 23 de diciembre de 1983 y 25 de enero de 1984. Para Bueno Arús tal imposición de tratamiento “resultaría evidentemente contrario a la dignidad de la persona humana, la cual, juntamente con ‘los derechos inviolables que le son inherentes’, constituye uno de los ‘fundamentos del orden político y de la paz social’ (artículo 10. 1 de la Constitución)”.

²⁴⁵ Bajo Fernández, Miguel, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fascículo I, enero-abril de 1979, pp. 491-500, *concr.*, pp. 499 y 500.

²⁴⁶ Véase Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I...*, *cit.*, pp. 369-410, *concr.*, pp. 379 y ss., y Pemán, J., “Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado”, *cit.*, pp. 89 y ss., *concr.*, p. 121.

²⁴⁷ *Cfr.* Martín-Retortillo, L., “Derechos fundamentales en tensión”, *Poder Judicial*, diciembre 1984, p. 38. No obstante, el propio Martín-Retortillo no oculta que conserva “una ligera zona de duda” ante su propia conclusión.

refiriéndose la doctrina a cuál es la posición del juez ante una negativa, por razones de conciencia, a un tratamiento médico hemotransfusional (siempre, por ahora, cuando se trate de adulto capaz), se ha considerado necesario analizar, no sólo la posible concurrencia de responsabilidad criminal si ordena la transfusión, sino también las coordinadas doctrinales que *contrario sensu* lo declaran exento de responsabilidad si su actividad se decanta por la inhibición, es decir, por la negativa a otorgar el mandato judicial que se le solicita. Ciertamente, es una sensación compartida prácticamente por toda la doctrina que si, en estos supuestos, el juez se niega a otorgar el mandato judicial, estará exento de toda responsabilidad penal, aunque finalmente suceda el fallecimiento del paciente, pudiendo precisar que “La clave del razonamiento es que en el supuesto que venimos analizando (negativa a tratamiento hemotransfusional por razones de conciencia)... Es decir, el juez que se inhibiera no sería culpable de delito de auxilio omisivo al suicidio, precisamente porque al objetor de conciencia no puede calificársele, en este supuesto, de «suicida»”.²⁴⁸

b) Un supuesto completamente diferente y que merece una breve reflexión en este momento es el de la posible objeción de conciencia a tratamientos sanitarios cuando ésta afecta a menores o mayores de edad incapaces. Siguiendo a un sector doctrinal europeo, para el cual está claro que, en estos casos, no cabe la objeción de conciencia, se ha de señalar que se llega a dicha conclusión, en estos supuestos, adoptándose una solución diferente, a saber: que las libertades del artículo 16 de la Constitución Española, entre las que estaría la libertad de conciencia, tienen como límite el respeto a los derechos fundamentales de los demás y, en definitiva, el deber de respetar la vida y la salud ajenas²⁴⁹. Cuando la negativa al tratamiento médico procede, no del

²⁴⁸ Véase Navarro-Valls, Rafael *et al.*, “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español”, *cit.*, pp. 893-973.

²⁴⁹ Cfr. concretamente, Martín Sánchez, Isidoro, “La objeción de conciencia (Capítulo VI); La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, *cit.*, pp. 154-163 y 187-192.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 141

paciente (al estar incapacitado o ser menor), sino de los representantes o cuidadores legales, la unanimidad doctrinal se decanta hacia el deber judicial de ordenar el tratamiento médico. Partiendo de la base de que el Código Civil conceptúa la patria potestad o las funciones tutelares como potestades que deben ejercerse siempre en beneficio del menor o tutelado,²⁵⁰ es del todo acertado concluir que, traspasar a un menor o a un incapaz las consecuencias de una creencia religiosa o de una decisión heroica del adulto, constituiría un evidente abuso de la patria potestad o de las facultades del tutor. De ahí la legitimidad de que un rechazo anormal del tratamiento por parte de aquéllos pueda ser suplido por los órganos jurisdiccionales, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal,²⁵¹ en lo que se coincide con la doctrina sentada por el auto del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1978.²⁵²

²⁵⁰ Cfr. artículos 154 y 216 del Código Civil.

²⁵¹ Cfr. Bueno Arús, Francisco, "Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal", *cit.*, pp. 11-22, *concr.*, p. 16; Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I*, *cit.*, pp. 369-410, *concr.*, p. 384; Martín-Retortillo, L., "Derechos fundamentales en tensión", *cit.*, p. 38. Sería aquí de aplicación el artículo 158. 3 del Código Civil: "El Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará... en general las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios". Si el menor es de edad inferior a los dieciséis años, el órgano jurisdiccional competente sería el Tribunal Tutelar de Menores.

²⁵² En dicho Auto se plantea, ante la firme negativa de un matrimonio, ambos adeptos a los testigos de Jehová, a que se impusiera tratamiento médico hemotransfusional a una hija menor de edad, cuya vida peligraba si no se procedía urgentemente a la aplicación de dicho tratamiento, la hipotética y posible colisión entre, por una parte, el derecho de libertad religiosa (cuyo atentado se castiga en el artículo 205 del Código Penal) y, por otra, el derecho a la vida (cuya eliminación se sanciona por el delito de homicidio del artículo 407 del mismo Código). El juez de guardia, requerido por el equipo médico que atendía a la pequeña, ordenó que se practicara la transfusión de sangre a la menor, desoyendo así los argumentos de índole religiosa esgrimidos por los padres y esto provoca que los padres de la niña interpongan querrela de antejuicio contra el juez. Finalmente, el Tribunal Supremo repelió dicha querrela aduciendo como fundamento de su posición que el derecho de patria potestad no podía extenderse a la menor que se encontraba en situación de inminente peligro de muerte, de modo que la actuación del juez de guardia fue ajustada a derecho sin que incurriera en la conducta tipificada en el número 2 del artículo 205.

142 / María José Parejo Guzmán

También debemos mencionar, aunque no podamos, por razones de espacio, entrar en ella con mayor profundidad, el criterio establecido por nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 154/2002 de 18 de julio de 2002, que parece variar, en parte y de forma interesante y novedosa, este razonamiento. Rompiendo con todos los esquemas de la jurisprudencia española hasta la fecha, el Tribunal Constitucional decide en esta sentencia, de forma novedosa e interesante, “Otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia: 1. Reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). 2. Restablecer en su derecho a los recurrentes en amparo y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas –primera y segunda– de fecha 27 de junio de 1997...”, en esta sentencia el Tribunal Constitucional señala, literalmente, antes de adoptar su decisión final, que:

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, “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)” (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal

En pocas palabras, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en este supuesto es la de que, en el supuesto de incapaces o menores no emancipados, la objeción de los padres o cuidadores legales no debe impedir la aplicación de la terapéutica objetada: “el derecho a la patria potestad no podía alcanzar a un menor que se encontraba en peligro inminente de muerte”. Prevalce así el Derecho a la vida frente a la objeción de conciencia de los padres y al Derecho al ejercicio de la patria potestad.

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 143

decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida. En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar. Pero ello no obstante, es oportuno señalar que la reacción del menor a los intentos de actuación médica –descrita en el relato de hechos probados– pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, al a hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos” (Fundamento Jurídico 10);

...el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE... En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser. En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante... Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron

144 / María José Parejo Guzmán

desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión” (Fundamento Jurídico 12);

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo” (Fundamento Jurídico 15); “Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas (Fundamento Jurídico 17),

de forma que se otorga el amparo solicitado por los demandantes, anteriormente condenados por la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997 (RJ 1997/4987), Sala de lo Penal, como autores responsables de un delito de homicidio. Aunque somos conscientes de que en esta sentencia no se trata, de forma directa, la problemática de la objeción de conciencia a tratamientos médicos, hemos considerado interesante traer aquí a colación este pronunciamiento jurisprudencial porque sí consideramos que, aunque sea de una forma indirecta, lo analizado en el mismo nos muestra cuál es la nueva línea de pensamiento de nuestro Tribunal Constitucional en aquellos supuestos en que unos padres expresan su oposición a que un hijo suyo, menor de edad y enfermo, reciba un tratamiento médico necesario para salvar su vida, que es exactamente lo que ahora estamos estudiando.

Para concluir este estudio del tratamiento que da la doctrina a estos casos, tanto cuando afectan a adultos capaces como cuando lo hacen a menores de edad o incapaces, conviene referirnos a la posición del médico ante la negativa, por parte del adulto capaz o de los representantes del menor o incapaz, a un tratamiento médico por razones de conciencia. La tendencia mayoritaria es

Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 145

equiparar la posición del médico a la del juez, de modo que aquel incurriría en los mismos delitos que éste cuando arbitrariamente, esto es, sin el consentimiento del paciente adulto y consciente, impone el tratamiento rechazado por cuestiones de conciencia²⁵³ (aduciendo, por lo demás, similares razonamientos a los ya vistos respecto al juez para exonerar al médico de toda responsabilidad si se inhibe en estos supuestos)²⁵⁴ y, respecto a los menores o incapacitados, atribuye al médico el deber de recurrir a los órganos jurisdiccionales para suplir con su autorización la negativa de los representantes legales.²⁵⁵

²⁵³ Así, Bueno Arús, Francisco, "Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal", *cit.*, pp. 11-22, *concr.*, p. 16, entiende que la actividad médica sin consentimiento del paciente supone un delito de coacciones —artículo 496 del Código Penal—, con independencia del resultado favorable o desfavorable para la salud del sujeto pasivo, dejando a salvo los supuestos de tratamiento médico obligatorio, salvo que la negativa del paciente revele "una voluntad claramente suicida".

²⁵⁴ *Cfr.* Bajo Fernández, Miguel, "La intervención médica contra la voluntad del paciente", *cit.*, pp. 491-500, *concr.*, pp. 496- 498, quien descarta el auxilio omisivo al suicidio y el delito de omisión del deber de socorro.

²⁵⁵ *Cfr.* Bueno Arús, Francisco, "Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho penal", *cit.*, pp. 11-22, *concr.*, p. 16; Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el derecho penal I*, *cit.*, pp. 369-410, *concr.*, p. 384; Martín-Retortillo, L., "Derechos fundamentales en tensión", *cit.*, p. 38, y que sería aquí de aplicación el artículo 158. 3 del Código Civil: "El Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará... en general las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios"; si el menor es de edad inferior a los dieciséis años, el órgano jurisdiccional competente sería el Tribunal Tutelar de Menores.

Conclusiones

– La regulación jurídico-positiva vigente en la actualidad, directamente relacionada con la eutanasia y con las materias que en relación con ella resultan imprescindibles para su estudio es realmente escasa, por no decir nula, tanto en España como en el resto de los ordenamientos europeos. La situación legal de la eutanasia en los países europeos, donde las legislaciones de los 45 Estados miembros del Consejo de Europa es muy variada (en Europa destaca la acusada autonomía legislativa de los Estados: se encuentran países donde hay una clara prohibición como Grecia, Irlanda, Italia o Polonia; países donde se ha legalizado como Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos, dentro de unas formalidades médicas y legales restrictivas; y países donde se contempla algún supuesto de eutanasia como Gran Bretaña o España donde se contempla el rechazo a un tratamiento en enfermedades terminales),²⁵⁶ muestra importantes oscilaciones, desde las solu-

²⁵⁶ Existe un amplio margen de intervención para los Estados miembros de la Unión Europea a la hora de tipificar o admitir los casos de eutanasia. Holanda aprobó en el año 2001 la Ley de Comprobación de la Finalización de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, que entró en vigor el 1 de abril de 2002. Bélgica, por su parte, aprobó una ley relativa a la eutanasia el 28 de mayo de 2002, que entró en vigor el 20 de septiembre del mismo año. Tanto las normativas de Holanda como la de Bélgica se encuentran inspiradas en el Principio de Autonomía de la Voluntad, consustancial al Estado Democrático de Derecho. En Suiza la eutanasia continúa penalizada, pero no así el auxilio al suicidio. En el resto de Estados miembro, tanto la eutanasia como el suicidio asistido continúan penalizados con las mismas penas que el homicidio, aunque existen debates sociales acerca de la conveniencia o no de cambiar la legislación en este asunto y adecuarla a la sociedad actual y sus necesidades. En ellos podríamos destacar únicamente: En el Reino Unido un Comité de la Cámara de los Lores publicó el 4 de abril de 2005 el *Assisted Dying for Terminally Ill Bill*, acompañado de un detallado informe en que se establecen todos los aspectos que deberían regular la eutanasia y la ayuda al suicidio. En Alemania la

148 / Conclusiones

ciones más conservadoras y proteccionistas de la vida humana, hasta los más liberales, que anteponen el “principio de autonomía de la persona” del enfermo que desea morir por encima de todo.

– En cuanto al derecho a la información y el libre consentimiento del paciente ante tratamientos médicos vitales:

En la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril) hay que destacar, en primer lugar, el estudio del artículo 10.6, el cual lleva a observar las siguientes cuestiones interesantes: a) que el consentimiento del paciente reviste una importancia insustituible, en cuanto que la legislación y la jurisprudencia, han configurado el tratamiento médico como un derecho de aquel al que corresponde la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. No obstante, se observa un elemento de confusión en la redacción de esta parte del precepto cuando expresamente se menciona que el previo consentimiento del usuario debe constar por escrito ya que, en nuestra opinión, también resultará válida la mera manifestación oral; b) que en este precepto se reúnen los que podríamos denominar casos de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad, que serían: cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; cuando no se esté capacitado para tomar decisiones; y, por último, cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento; y c) que en el

eutanasia está penalizada, pero no determinadas conductas de participación en la ayuda al suicidio, incluso cuando esta ayuda resulta necesaria. En Francia la eutanasia continúa penalizada, si bien se hace distinción entre eutanasia activa y pasiva. En Dinamarca la eutanasia continúa penalizada, si bien se hace distinción entre eutanasia activa y pasiva. En Luxemburgo, en marzo de 2009, se promulgó un texto que despenalizaba la eutanasia bajo determinados requisitos a cumplir. La eutanasia se encuentra prohibida en Grecia y Rumania, donde puede castigarse con hasta más de siete años de cárcel; en Bosnia, Croacia o Serbia, donde se castiga al igual que un homicidio; en Polonia, en que la eutanasia se castiga con una pena de entre tres meses y cinco años, “pero ‘en casos excepcionales’ el tribunal competente puede atenuar la pena e incluso negarse a infligirla”; y en Irlanda, donde toda forma de asistencia a la muerte o al suicidio es ilegal y susceptible de castigarse con 14 años de prisión.

enunciado del segundo supuesto de tratamiento obligatorio se denota una expresión imprecisa y carente de técnica jurídica, toda vez que el mismo permite el absurdo de que consienta un familiar de cualquier grado, llegándose incluso a que no tenga relación alguna con el incapaz, y permite que pueda darse el caso de que el familiar o allegado consienta la intervención, sin contar con el asentimiento del representante legal, o en contra del mismo, y en contra, incluso, de la propia voluntad del paciente. Estimamos que el legislador hubiera estado más acertado si hubiese optado por señalar que, en este caso, el derecho a tomar la decisión corresponderá al criterio médico objetivo de un comité de expertos y especialistas de la medicina, en aras de una mayor seguridad jurídica y mayores garantías, siempre que no exista aparición de un representante legal de la familia más próximo, en cuyo caso deberá resolver el juez.

El apartado 9 del mismo artículo 10 de la Ley General de Sanidad se encuentra muy relacionado con los, arriba señalados, casos de tratamiento obligatorio. Dicho apartado, referente a la negativa o al rechazo, por parte del paciente o enfermo, de un tratamiento médico, únicamente excluye expresamente el derecho del paciente a rechazar o negarse a un tratamiento en tales casos de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad que acaban de señalarse.

– En relación con el elemento del consentimiento informado en su conexión con la acción de la eutanasia, lo primero es recordar que, teniendo en cuenta la literalidad del artículo 143.4 del Código Penal español actual, puede afirmarse que debe mediar petición expresa para que nos encontremos ante una eutanasia. Ello constituye a la voluntad o el deseo de morir del enfermo como un elemento especialmente decisivo e imprescindible en lo que se refiere al estudio del concepto de eutanasia. En nuestra opinión, dicha voluntad, aun siendo un elemento especialmente decisivo, no resulta imprescindible en lo que se refiere al estudio del concepto de acción eutanásica, de forma que también deben ser considerados supuestos eutanásicos aquellos en los que

150 / Conclusiones

el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos, es decir, aquellos supuestos practicados con pacientes que no pueden expresar su voluntad, situación ésta cada vez más presente en este tipo de realidades y a la que, sin duda, también debe darse una respuesta adecuada de reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos. Se trata de señalar con todo esto, en definitiva, que consideramos que la eutanasia que se observa en aquellos supuestos en que el enfermo no puede manifestar su voluntad ni ningún deseo y en los que no media, por tanto, petición expresa de la víctima para que se lleve a cabo la acción eutanásica también debe estar incluida en la definición propiamente dicha de eutanasia y debe ser considerada una eutanasia en sentido estricto.

El artículo 143.4 del Código Penal español actual exige que el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, en estos supuestos en que parece estar refiriéndose a supuestos eutanásicos, debe actuar respondiendo a una petición expresa, seria e inequívoca de esa persona.

La exigencia de que exista una “petición expresa” supone que el legislador español, por una parte, al utilizar el término “petición”, no ha querido considerar bastante el mero consentimiento del paciente o enfermo y está pretendiendo excluir los casos de inducción. Y, por otra parte, al exigir que la petición tenga un “carácter expreso” no se está queriendo exigir que la misma haya de formularse por escrito, bastando con una manifestación oral, pero sí pretende excluir, en cambio, toda voluntad tácita o presunta. En sede de este requisito también se ha planteado la importante discusión referente a la exigencia de que la petición sea “actual”, es decir, a si tendría validez o no, a efectos del artículo 143.4 del nuevo Código Penal español y en función, por tanto, de la actividad eutanásica, la voluntad (expresa) de morir de la que se deje constancia en una declaración escrita comúnmente conocida como testamento vital. En estos supuestos, en los que además el paciente o enfermo ha dejado previamente expresa e

Conclusiones / 151

inequívoca constancia documental (testamento vital) de su deseo de que terminen con su vida, sin lugar a dudas, dicha voluntad (expresa) de morir debe considerarse totalmente válida. Respecto a los supuestos en los que el consentimiento no puede manifestarse por diversos motivos y el paciente no puede, por tanto, manifestar su voluntad ni ningún deseo o no tiene una voluntad relevante, y en los que no existe, además, esa constancia documental expresa, anterior, de la voluntad del paciente o enfermo terminal de que pongan fin a su vida (en los que no existe, en definitiva, un testamento vital), entendemos que dichos supuestos deben solucionarse atendiendo a la cualificada decisión que tome, para cada caso concreto, un comité de expertos y especialistas de la medicina, porque sólo así se estaría rodeando a la eutanasia de las especiales condiciones de garantía y de seguridad jurídica necesarias. Por tanto, en aquellos supuestos de un enfermo terminal en estado de inconsciencia irreversible, el cual no puede manifestar su consentimiento, y en que no existe constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida, y sólo en ellos, la toma de decisión sobre la acción sí puede corresponder al comité de expertos y especialistas de la medicina, en aras de mayor seguridad jurídica y mayores garantías, y nunca a otras personas (familiares, amigos...), porque tales expertos y especialistas son quienes, con mayor fundamento, pueden conocer si, en efecto, se está en una situación de enfermedad mortal o terminal o no.

La situación ideal sería que existiese expresa constancia de la voluntad del paciente en el sentido de solicitar la terminación de su vida (es decir, que existiese un testamento vital del paciente), que no es, por otra parte, lo normal en la realidad actual, pero, al mismo tiempo, estos son, por decirlo de alguna manera, los supuestos más fáciles de solucionar. Mayores dificultades presenta el supuesto de un enfermo terminal, en estado de inconsciencia irreversible, que no pueda manifestar su consentimiento, y en los que no exista esa constancia expresa de su voluntad de ter-

152 / Conclusiones

minación de su vida. Bajo nuestro punto de vista, la propuesta de solución más correcta a estos supuestos debe estar dirigida a buscar el equilibrio entre todos los sujetos que pueden estar implicados en el conflicto, o que, de manera directa o indirecta, pueden intervenir en el mismo: el paciente o enfermo terminal, los familiares o allegados y el comité de expertos y especialistas de la medicina. Lo primero a tener en cuenta y que debe prevalecer en todo caso es el consentimiento expreso, libre e informado, del paciente o enfermo terminal. Sólo en caso de que éste no se produzca, es decir, en caso de que el consentimiento no pueda manifestarse por el motivo que sea y no exista, además, constancia documental expresa, anterior, de la voluntad del paciente o enfermo terminal de que pongan fin a su vida (testamento vital), podrá acudir, como mecanismo de sustitución, a la toma de decisión por un comité de expertos y especialistas de la medicina. En caso de que exista discrepancia entre la decisión adoptada por este comité y lo que opinen los familiares o allegados del paciente, la vía de solución no puede ser otra que la vía judicial. Para terminar, debe puntualizarse que estos supuestos deben ser objeto de una regulación jurídica expresa en la ley que, *de iure condendo*, detalle y explique pormenorizadamente y con precisión que también se está ante supuestos de eutanasia, que deben ser justificados y destipificados penalmente, y en los que debe apelarse, para actuar en uno u otro sentido, al criterio de un comité de expertos y especialistas de la medicina como parámetro regulador.

En lo que se refiere a que la petición de la víctima debe ser también “seria”, ésta significa que debe tratarse de una solicitud reflexionada, definitiva o firme, no sujeta a momentáneos estados de ánimo por los que pueda atravesar el paciente, que el sujeto debe hallarse correctamente informado de la gravedad y pronóstico de la enfermedad, hablándose pues de un derecho a la información del paciente y de un deber de informar del facultativo, y, por último, que la libre formación de la voluntad del sujeto no se ha

podido ver interferida por el ejercicio de intimidación o violencia, por parte de un tercero, ni por supuestos de engaño.

El “carácter inequívoco” de la petición, finalmente, se refiere no a que la solicitud haya de formularse sobre bases fácticas realmente existentes, sino a que la voluntad de morir tiene que poder deducirse sin duda alguna ya que la misma debe ser formulada en términos claros y precisos, despojada de todo tipo de ambigüedades que pudieran dar pie a discutibles interpretaciones en torno a la voluntad del sujeto.

Junto a todo lo anterior, hay que destacar la importancia del derecho del paciente a decidir sobre su propio tratamiento (auto-determinación) y de que este paciente, atendiendo a su decisión, otorgue su consentimiento, el cual deberá atender a unos requisitos, a un contenido y a unos límites concretos.

Todo ello permite concluir, en sede de consentimiento informado, que consentimiento, libertad individual y autonomía personal son nociones que se presentan estrechamente vinculadas.

– Consideramos correcto fundamentar la eutanasia en el derecho a la libre disposición sobre la vida humana por parte de su titular y en el respeto a su autonomía personal o individual, en aquellos supuestos en que el paciente, enfermo terminal, puede expresar, o ha expresado con anterioridad, su voluntad, mientras que en aquellos supuestos, extremos y problemáticos, en que la inconsciencia impide al enfermo terminal cualquier manifestación de voluntad y en que éste no ha dejado anteriormente constancia expresa de su voluntad de terminación de su vida en un documento de testamento vital, deberá atenderse también, en convivencia pacífica con el anterior, al principio de “beneficencia” (no-maleficencia), como expresión o contenido del principio de justicia, centrándonos en preservar el interés del paciente y proponiendo así una relación médico-enfermo en que la autonomía del enfermo y la beneficencia de los profesionales sanitarios estén, ambas, respetadas.

La problemática de si del artículo 15 de la Constitución Española puede deducirse alguna excepción al derecho fundamental

154 / Conclusiones

a la vida, como sería el reconocimiento del “derecho a disponer” uno mismo de su propia vida, bien por sí mismo, bien con la colaboración de terceros, debe ser matizada y completada, sin duda, con todo lo suministrado por el valor superior de la libertad del artículo 1.1 de la Constitución Española, porque el derecho a la libre disposición del cuerpo y de la vida es contenido de un derecho de libertad y, en concreto, de un derecho a vivir de conformidad con los principios, ideas o convicciones, que conforman una persona.

– La realidad jurídica que envuelve el estudio de la eutanasia ha venido demostrando que existe una indudable relación entre la práctica de la eutanasia y la conciencia, hasta tal punto que podría denominarse a dicha práctica eutanásica como un “problema de conciencia”.

En primer lugar, nos decantamos por la configuración de la objeción de conciencia como un derecho que tiene el sujeto a obtener del ordenamiento la exención de un deber jurídico o, en su caso, a no ser sancionado en el supuesto de que el incumplimiento de ese deber jurídico ya se haya producido.

Y, en segundo lugar, al interrogante de si existe un derecho general a la objeción de conciencia hemos respondido que, a nuestro entender, no se puede hablar, en nuestro ordenamiento jurídico, de la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia.

Respecto de la objeción de conciencia al uso de determinados tratamientos médicos y terapéuticos y, por ende, al ámbito eutanásico, la cuestión está en averiguar si se trata ésta o no de una verdadera objeción de conciencia. En nuestra opinión, en relación con las acciones eutanásicas, en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, no puede hablarse, en sentido estricto, de verdaderos supuestos de objeción de conciencia o de un derecho a la objeción de conciencia a tratamientos médicos, sino más bien del reconocimiento por éste del derecho de toda persona a someterse libremente a los tratamientos médicos, así como a re-

chazarlos, por razones de conciencia o por otras diversas, siempre que no estén en juego los derechos fundamentales de los demás u otros bienes constitucionalmente protegidos. En estos casos nos encontramos ante el simple ejercicio de una libertad que la ley reconoce y la oposición por razones ideológicas a recibir un tratamiento médico reviste, normalmente, el carácter de objeción impropia, a salvo de algunos casos específicos respecto de los que sí cabe hablar, en forma excepcional, de objeción en sentido estricto: cuando la imposibilidad de llevar a cabo el tratamiento médico en cuestión no proviene de la negativa del paciente, sino de la del propio facultativo que, por razones religiosas o filosóficas, se niega a dispensar dicho tratamiento.

El análisis de la doctrina y los pronunciamientos jurisprudenciales españoles y del derecho comparado sobre la objeción de conciencia a tratamientos médicos (dentro de cuyo ámbito puede entenderse incluida la materia objeto de nuestro estudio) ha permitido observar que no es fácil proporcionar un trato jurídico adecuado a supuestos tan diversos, y que la experiencia real no es susceptible de ser encorsetada en una sistemática legal que distribuya *a priori* soluciones definitivas. Para solucionar los conflictos ocasionados por las objeciones de conciencia, hay que recurrir a un proceso de equilibrio de intereses —*balancing process*—, a veces reservado a la jurisprudencia, a veces realizable genéricamente por el legislador, y siempre —este último— revisable por la decisión insustituible, *ad casum*, del juez.

Nuestra jurisprudencia ha sido, por lo que respecta a la materia analizada, extremada e indiscriminadamente sensible al interés del Estado en la conservación del bien jurídico fundamental que es la vida. Sin embargo, por lo que respecta a los supuestos en que la negativa a recibir tratamientos de sangre es defendida por adultos capaces, la regla general y principio intangible que debería establecerse —a nuestro juicio— es el respeto de la objeción de conciencia del adulto capaz, aunque se tenga la certeza de que su negativa a la medicación le producirá la muerte,

156 / Conclusiones

a salvo, no obstante, de la existencia, en el caso concreto, de circunstancias exteriores a la persona, de suficiente cualificación jurídica como para considerar legítima la imposición del tratamiento en contra del ejercicio de su libertad de conciencia. La regla, en nuestra opinión, debería invertirse cuando se trata de menores o mayores de edad incapaces que, ellos mismos o sus padres, se oponen a un determinado tratamiento por motivos de conciencia, cuando ese tratamiento resulta imprescindible para salvar su vida o evitar un grave daño a su salud física o mental. Estimamos que, en estos casos, no cabe la objeción de conciencia porque las libertades del artículo 16 de la Constitución Española, entre las que estaría la libertad de conciencia, tienen como límite el respeto a los derechos fundamentales de los demás y, en definitiva, el deber de respetar la vida y la salud ajenas.

Bibliografía

- ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo, *La eutanasia voluntaria autónoma*, Madrid, Dykinson, 2002.
- AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando, “La objeción de conciencia al servicio militar: Especial referencia al Derecho español”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Introducción”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999.
- ANDREU ARNALTE, C., “Tratamiento Jurídico de la Eutanasia”, *Unión Progresista de Fiscales*, 2011, disponible en: <http://www.upfiscales.com/2011/01/tratamiento-juridico-de-la-eutanasia/>.
- ANTONI BROGGI, Marc, “Las voluntades anticipadas”, *Humanitas, Humanidades médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003.
- ARMENTEROS CHAPARRO, Juan Carlos, *Objeción de conciencia a los tratamientos médicos: la cuestión de la patria potestad*, Madrid, Editorial Colex, 1997.
- ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J., “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *Revista jurídica española La Ley*, Madrid, núm. 3, 27 de julio de 1990.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “La intervención médica contra la voluntad del paciente”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXII, fascículo I, enero-abril de 1979.
- BASDEVANT-GAUDEMET, Brigitte, “L’Euthanasie et la renonciation aux traitements médicaux en Droit français”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. VIII, 1992.

158 / Bibliografía

- BERNARDEZ CANTON, A., “Problemas generales de Derecho eclesiástico del Estado”, *El fenómeno religioso en España: aspectos jurídico-políticos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1972.
- BOULAT, Pierre, “Un caso inédito obligará al TEDH a pronunciarse sobre la posible eutanasia de un ciudadano francés”, 2015, disponible en: www.legaltoday.com.
- BUENO ARÚS, Francisco, “El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario”, *Actualidad Penal*, t. II, núm. 31, 1991.
- BUENO ARÚS, Francisco, “Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del derecho penal”, *Poder Judicial*, núm. 15, 1985.
- CABELLO MOHEDANO, Francisco A. et al., *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1990.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, “Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 45, 1991.
- CASADO GONZÁLEZ, María, *La eutanasia, aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Editorial Reus, 1994.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español*. Parte general, 3a. ed., Madrid, 1985, t. I.
- COBO DEL ROSAL Y CARBONELL, “Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, núm. 12, 1987.
- CONTRERAS MAZARÍO, J.M., “Algunas consideraciones sobre la libertad de conciencia en el sistema constitucional español (I)”, *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994.
- CONTRERAS MAZARÍO, José María, “Derecho a la intimidad, pruebas biomédicas y relaciones laborales. Especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año V, núm. 9, julio-diciembre de 2000.

Bibliografía / 159

- CONTRERAS MAZARÍO, José María, “La protección de la libertad de conciencia y de las minorías religiosas en la Unión Europea: Un proceso inacabado”, *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año VII, núm. 11, enero-diciembre de 2002.
- CONTRERAS MAZARÍO, José María, “Libertad de conciencia, objeción de conciencia, insumisión y derecho (Comentario a la sentencia núm. 75/92 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Madrid)”, *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, en CEREZO Mir *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, Editorial Comares, 1999.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Problemas actuales de derecho médico comparado: el consentimiento de los cónyuges en el acto médico”, *Libro-homenaje al profesor Luis Martín-Ballester*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico (CSIC), 1983.
- DE ESTEBAN, Jorge y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro J., “El derecho a la vida”, *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, t. II.
- DE MIGUEL SÁNCHEZ, C., LÓPEZ ROMERO, A., “Eutanasia y suicidio asistido: conceptos generales, situación legal en Europa, Oregón y Australia”, *Medicina Paliativa*, vol. 13, núm. 4, 2006.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “El homicidio y sus formas en el Código penal de 1995”, en CEREZO MIR *et al.* (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío*, Granada, Editorial Comares, 1999.

160 / Bibliografía

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España”, en Díez RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, fascículo I, enero-abril de 1987.
- DÍAZ ARANDA, Enrique, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, 1995.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- DÍAZ-VEIGE, Ma. Jesús, “El derecho al final de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: caso Ulrich Koch contra Alemania”, *Revista Derecho a Morir Dignamente*, vol. 58, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Comentario al artículo 143 del Código Penal”, en Díez RIPOLLÉS, J.L. et al., *Comentarios al Código Penal. Parte especial I, títulos I a VI y faltas correspondientes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), “Conclusiones del Seminario Internacional sobre el Tratamiento Jurídico de la Eutanasia”, *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga en noviembre de 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Eutanasia y Derecho”, en Díez RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1986.

Bibliografía / 161

- FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano, “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales a la intervención del Estado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IV, núm. 133, 1994.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana, “El contenido del derecho de libertad de conciencia en la futura Constitución Europea”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, núm. 2, mayo de 2003, disponible en: www.iustel.com.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana (dir.), *El derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, Editorial Colex, 2002.
- FERREIRO GALGUERA, Juan, “Eutanasia, conciencia y derecho: la ley del territorio norte (Australia)”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Editorial Comares, 1998, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997.
- FIBLA, Carla, *Debate sobre la eutanasia*, Editorial Planeta, 2000.
- FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Albolote, Editorial Comares, 2001.
- FRAGA MANDIÁN, Antonio y LAMAS MEILÁN, Manuel María, “El consentimiento informado (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista Xurídica Galega*, Pontevedra, 1999.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, Editorial Colex, 1997.
- GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GARCÍA HERVÁS, Dolores y ESCRIVÁ IVARS, Javier *et al.*, “Libertad religiosa, ideológica y de conciencia. La libertad religiosa como

162 / Bibliografía

- derecho (lección 8) / La objeción de conciencia (lección 17)”, *Manual de derecho eclesiástico del Estado*, Madrid, Editorial Colex, 1997.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía e interés del paciente”, *Revista penal*, núm. 11, 2003.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás, “Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia”, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos (In memoriam)*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, vol. II.
- GARCÍA RUIZ, Yolanda, “Principios bioéticos, Derechos biojurídicos y actos de carácter personalísimo ante un supuesto de hecho: inseminación artificial cuando el marido se encuentra en estado de coma irreversible”, *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones (SECR)*, núm. 18, 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Eutanasia y Derecho penal”, *Estudios de derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1997.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen, *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- GONZÁLEZ DEL VALLE, José María, “La objeción de conciencia (Capítulo X); objeciones”, *Derecho eclesiástico español*, 4a. ed., Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997.
- GONZÁLEZ, M.C., “Sobre el tratamiento de la eutanasia en el ordenamiento jurídico español y sobre sus posibles modificaciones”, *Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 1, 1995.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro, “Régimen jurídico de los ‘tratamientos vitales’. La protección de los derechos fundamentales a través de estos documentos”, en ALBERTO DE LA HERA *et al.* (coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones*

- disputadas*, Madrid, Ministerio de Justicia, Dirección General de Asuntos Religiosos, 2003.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, “El tratamiento penal de la eutanasia”, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons, 1996, t. 1.
- GONZALVEZ, François, “La eutanasia en Francia: Un problema jurídico y social”, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ Sánchez, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- GOTI ORDEÑANA, Juan, *Sistema de derecho eclesiástico del Estado*, 2a. ed. revisada, Zarautz, 1994.
- GRACIA, Diego, “Historia de la eutanasia”, en URRACA MARTÍNEZ, Salvador (ed.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, prólogo de Pedro Laín Entralgo, Madrid, Editorial Noesis, 1996, colección Humanidades Médicas.
- GUZMÁN-LORITE, S., “El aborto y la Eutanasia”, *Los derechos fundamentales y el derecho a la vida: supuestos fronterizos*, Andalucía, Universidad de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2014.
- HERVADA, Javier, “Libertad de conciencia y error moral sobre una terapéutica”, *Persona y Derecho*, vol. 11, 1984.
- HERRANZ RODRIGUEZ, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Pamplona, Eunsa, 1992.
- HERRANZ RODRIGUEZ, Gonzalo, *El Código de Ética y Deontología Médica*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Edicomplet, 2000, unidad didáctica 6 del Plan de Formación en Responsabilidad Legal Profesional.
- IBÁN, Iván *et al.*, “La objeción de conciencia”, *Derecho Eclesiástico*, Madrid, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Pastora García Álvarez, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

164 / Bibliografía

- JORGE BARREIRO, Agustín, “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982.
- JUANATEY DORADO, Carmen, *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1994.
- KELLY, D., “La eutanasia en Australia”, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- KEVORKIAN, Jack, *La buena muerte. Los médicos y la eutanasia*, trad. de Mireia Carol, Barcelona, Hojas Nuevas Grijalbo Menor, 1991-1993.
- KEYSERLINGK, Edward, “La eutanasia y ayuda al suicidio en Canadá”, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- KOCH, Hans-Georg, “La ayuda a morir como problema legal en Alemania”, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre 1994.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La Corte Europea de Derechos Humanos y un paso hacia la eutanasia”, disponible en: es.catholic.net.
- LÓPEZ, JORDAN, R., *Los límites de la vida y la libertad de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- LÓPEZ NAVARRO, José, “La prolongación artificial de la vida y los límites de la actuación médica”, *Persona y Derecho*, vol. II, 1975.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Consentimiento informado y límites a la intervención médica”, en ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999.
- LLAMAZARES, Dionisio, “Libertad de conciencia y libertad de comportamiento. Conciencia y derecho (Capítulo V)”, *Derecho de la*

- libertad de conciencia (II). Libertad de conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, 2a. ed., actualizada, Madrid, Editorial Civitas, 2003.
- MARCOS DEL CANO, Ana Ma., *La eutanasia, estudio filosófico-jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del «consentimiento informado»”, *Revista General de Derecho*, año II, núms. 610-611, julio-agosto de 1995.
- MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del derecho constitucional a la vida”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 18, núm. 54, septiembre-diciembre de 1998.
- MARTÍN GÓMEZ, Miguel y ALONSO TEJUCA, José L., “Aproximación jurídica al problema de la eutanasia”, *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 3, 1992.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., “Derechos fundamentales en tensión”, *Poder Judicial*, diciembre de 1984.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “La objeción de conciencia (Capítulo VI). La objeción de conciencia a tratamientos médicos”, en MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro (coord.), *Curso de derecho eclesiástico del Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “El Derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. II, 1986.
- MORA, A. y MALANDA, S., “Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011.
- MORA MOLINA, Juan Jesús, *Holanda, entre la vida y la muerte*, Valencia, Tirant lo Blanch 2002.
- MORA MOLINA, Juan Jesús, “La eutanasia activa y el principio de autodeterminación: el ideal de la ‘buena muerte’ como un tema límite de la filosofía del derecho”, *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*, Sevilla, 2003.

166 / Bibliografía

- MORENO ANTÓN, María, “Elección de la propia muerte y Derecho: hacia el reconocimiento jurídico del Derecho a morir”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 1, enero-junio de 2004.
- MORENO ANTÓN, María, “El TC ante algunas manifestaciones de la libertad religiosa: la negativa de los testigos de Jehová a las transfusiones de sangre”, en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier (dir.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Editorial Comares, 1998, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997.
- MORENO DE LAS HERAS, Diego, *Estudio jurídico sobre la eutanasia*, Barcelona, Universidad de Barcelona, Servicio de Información y publicaciones, 2000.
- MOSQUERA MARIN, Víctor, “Análisis de la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos caso Gross C. Suiza”, disponible en: www.victormosqueramarin.com.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, *Eutanasia y derecho penal*, Madrid, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1994, colección Cursos, vol. 14.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “Especial consideración de la eutanasia”, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14a. ed., actualizada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- NAVARRO-VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- NAVARRO-VALLS, Rafael *et al.*, “La objeción de conciencia a tratamientos médicos: derecho comparado y derecho español”, *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1989.
- NAVARRO VALLS, Rafael *et al.*, “Las objeciones de conciencia (Capítulo XVII)”, *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, 1994.
- NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Historia del Derecho a morir. Análisis histórico y antecedentes jurídico-penales*, Oviedo, Editorial Forum, 1999.

Bibliografía / 167

- NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad. Problemática jurídica a la luz del Código Penal de 1995*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.
- OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajustado desarrollo del Art. 15 de la Constitución*, Ediciones Rialp, 1994, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia núm. 16.
- OLLERO TASSARA, Andrés, “Eutanasia y multiculturalismo. Derecho, moral y religión en una sociedad pluralista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. XII, núm. 44, 2001.
- PALOMARES BAYO, Magdalena et al. (coords.), *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica, estudio de su evolución jurisprudencial*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- PALOMINO, Rafael, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1994.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., *La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 2007.
- PEMÁN, J., “Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 103, 1984.
- PORTERO GARCÍA, Luis, “Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1838, 1 de febrero de 1999.
- QUELOZ, Nicholas, “Cuestiones éticas y legales en relación con la eutanasia en Suiza en Díez RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “La eutanasia: perspectivas actuales y futuras”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLI, fascículo I, enero- abril de 1988.
- QUINTANA TRIAS, Octavi, “Perspectivas político-legislativas sobre la eutanasia”, *Humanitas. Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003.

168 / Bibliografía

- QUINTANA TRIAS, Octavi, *Por una muerte sin lágrimas. Problemas éticos al final de la vida*, Barcelona, Flor del Viento Ediciones, 1997.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública*, Valencia, Sedavi, 1997.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Eutanasia y autonomía”, *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, D., *Una muerte razonable: testamento vital y eutanasia*, Bélgica, Editorial Desclée de Brouwer, 2005.
- ROJO-ÁLVAREZ MANZANEDA, Leticia, “El testamento vital en la legislación autonómica”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2003, disponible en: <http://www.iustel.com>.
- ROLLNERT LIERN, Göran, *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, prólogo de Remedio Sánchez Ferriz, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROMAN LLAMOSI, S., “Suicidio: Inducción auxilio; cooperación y eutanasia. Supuestos controvertidos: huelga hambre y testigos Jehova”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 133, junio de 2015, disponible en: <http://vlex.com/vid/suicidio-induccion-auxilio-cooperacion-575807915>.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “Capítulo 11. Los testamentos biológicos y el rechazo de los tratamientos vitales”, en URRACA MARTÍNEZ, Salvador et al. (eds.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, prólogo Pedro Laín Entralgo, Madrid, Editorial Noesis, 1996, colección Humanidades Médicas.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “El marco jurídico-penal de la eutanasia en el derecho español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero (II)*, núm. 13, 1987.

Bibliografía / 169

- ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el derecho penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, Editorial Bosch, 1981.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María, *La medicina ante los derechos del paciente*, Madrid, Editorial Montecorvo, 2002.
- ROXIN, Claus et al., *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Granada, Editorial Comares, 2001.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “La eutanasia: algunas complicaciones”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, núm. 17, agosto de 1993.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso y ROMEO CASABONA, Carlos María, “La objeción de conciencia, en general y en deberes cívicos/ La objeción de conciencia en la praxis médica”, en MAQUEDA ABREU, Ma. Luisa (dir.), *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- SÁNCHEZ CARO, Javier, “El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles”, *Revista Jurídica Española La Ley*, Madrid, núm. 3, 1993.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Ma. Paz, *La impropiamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Enrique, *La eutanasia ante la moral y el derecho*, Sevilla, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1999.
- SEMINARA, Sergio, “La eutanasia en Italia”, en DíEZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J. (coords.), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, Seminario en Málaga, noviembre de 1994.
- SERRANO, J. M., “La cuestión de la eutanasia en España”, *Cuadernos de bioética*, vol. 18, núm. 1, 2007.
- SERRANO, J., *La eutanasia*, Pamplona, Eunsa, 2007.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, “Sobre el reconocimiento y regulación legal del derecho a la eutanasia”, *Suplemento Humana lura de Derechos Humanos. Persona y Derecho*, núm. 10, 2000.

170 / Bibliografía

- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, *Eutanasia y vida dependiente. Inconvenientes jurídicos y consecuencias sociales de la despenalización de la eutanasia*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2001.
- SIEIRA MUCIENTES, Sara, *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000.
- SIMÓN LORDA, Pablo, “El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas”, *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Barcelona, Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas, 2002, núm. 5.
- SIMÓN LORDA, Pablo, *El consentimiento informado: historia, teoría y práctica*, Madrid, Editorial Triacastela, 2000.
- SOUTO GALVÁN, Esther, “El derecho a una buena muerte y la cuestión de la eutanasia”, *Derecho y Opinión*, núm. 8, 2000.
- SOUTO PAZ, José Antonio, “Libertad de conciencia (Capítulo noveno)”, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las libertades públicas en el derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo, “La objeción de conciencia al servicio militar en España”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 7, 1990.
- SUÁREZ SUÁREZ, Antonia, *Disponibilidad sobre la propia vida y el derecho a morir con dignidad*, febrero de 2000, disponible en: <http://noticias.juridicas.com-articulosdoctrinales>.
- TOLEDANO TOLEDANO, Jesús R., *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Barcelona, Editorial Atelier Penal, 1999.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, *La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Bibliografía / 171

- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, “La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado”, *Humanitas, Humanidades Médicas*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2003.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia”, *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1991.
- URRACA, S., “Eutanasia, concepto y contexto”, en URRACA MARTÍNEZ, Salvador (ed.), *Eutanasia hoy. Un debate abierto*, prólogo Pedro Laín Entralgo, Madrid, Editorial Noesis, 1996, colección Humanidades Médicas.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, “Disponibilidad de la propia vida y Constitución de 1978”, *Jano*, vol. XXXIX, núm. 913, 1990.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, “Libro II: Título I (Art. 143)”, en Quintero Olivares (dir.) y MORALES PRATS *et al.* (coords.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 2a. ed., actualizada, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, “Relevancia jurídico-penal de la eutanasia”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 37, 1989.
- VESTERGAARD, Jorn, “Medical Aid in Dying under Danish Law: Mainly Regarding Living Wills and Other Forms of Renouncing Life Prolonging Treatment”, *European Journal of Health Law*, núm. 7, 2000.
- VIANA CONDE, Antonio y DE SAS FOJON, Anton, “El consentimiento informado del enfermo”, *Revista jurídica española La Ley*, Madrid, núm. 2, 1996.
- VILAR, Joan, “Tiempo para vivir, tiempo para morir. Consideraciones acerca de la eutanasia”, *Persona y Derecho*, núm. 10, 1983.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero (II)*, 2o. cuatrimestre, núm. 13, 1987, publicado en 1989.

172 / Bibliografía

ZURITA MARTÍN, Isabel y GARRIDO VALLS, Francisco de P., “Consejos legales ante situaciones terminales”, *X Seminario Español, Sociedad Europea de Enfermería de Diálisis y Trasplante: El paciente geriátrico: una realidad de las unidades de nefrología*, Puerto de Santa María-Cádiz, 30 y 31 de marzo de 2001, Edtna / Erca, 2001.

Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del siglo XXI, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 9 de abril de 2018 en los talleres de Impresora Gráfica Hernández, S. A. de C. V., Cordobanes 369, colonia Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700 Estado de México, teléfono 6424 5388. Se utilizó tipo *Rotis Semi Serif Std* en 8.5, 9.8 y 10.8 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 57 x 87 cm de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

En esta obra se pretende mostrar qué señalan actualmente la doctrina y la jurisprudencia, así como la opinión pública, en la España y en la Europa actual, partiendo del estudio de las diversas leyes, proyectos y actuaciones de distinto tipo, respecto a la autonomía y principio de autodeterminación del paciente a la hora de prestar su consentimiento en el momento final de la vida. En este ámbito, el alcance de esta obra tiene en su trasfondo el estudio más en concreto de una de las figuras del final de la vida, la eutanasia, desde un punto de vista eminentemente jurídico y sin olvidarnos, como se destacará en la misma, la fundamentación ética del derecho como anclaje de las leyes positivas. Este desarrollo girará en torno a una pregunta ineludible ya en nuestra sociedad: ¿tenemos derecho a una muerte digna?

En definitiva, se afrontará en esta obra la problemática jurídica actual de la eutanasia, desde la perspectiva del ejercicio del derecho a la libre disposición, para dar una propuesta de solución jurídica a las múltiples cuestiones que se ven afectadas por dicha figura, a saber, el consentimiento informado, el principio de autonomía o de autodeterminación, el derecho a la libre disposición sobre la vida humana y la objeción de conciencia a tratamientos médicos, como las más importantes.

