

# **RESPONSABILIDAD PENAL POR LA OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A RECIÉN NACIDOS GRAVEMENTE DISCAPACITADOS (A LA VEZ, UNA REFLEXIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE NACIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL)**

*Sergio Romeo Malanda*

Investigador

Cátedra Interuniversitaria

Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano  
Universidad de Desutos. Universidad del País Vasco

## **I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA**

En principio, el ejercicio de la medicina pediátrica no debería presentar ninguna diferencia en relación con el ejercicio de la medicina en los adultos<sup>1</sup> y, en consecuencia, las respuestas jurídicas no habrían de ser sustancialmente diferentes, ya que el valor de la vida de un niño es el mismo que la de un adulto<sup>2</sup>. Ahora bien, es cierto que cuando nos encontramos ante un recién nacido existen

algunas peculiaridades que hacen más compleja la obtención de una adecuada respuesta jurídica.

Una de ellas es la referida a la decisión de realizar u omitir un tratamiento vital sobre un recién nacido con graves malformaciones o deficiencias, cuando se estima que tal condición le reportara una ínfima calidad de vida, en muchos casos llena de sufrimientos.

En este campo de la medicina pediátrica, y a diferencia de otros países, en España es todavía patente la carencia de soluciones u orientaciones legislativas, jurisprudenciales o doctrinales<sup>3</sup>. Esto no significa, por supuesto, que este problema no se plantee en la práctica diaria de nuestros hospitales. Ello sucede, y en no pocas ocasiones. Lo que ocurre es que la solución adoptada en cada caso no trasciende de los mismos. Se toman decisiones entre los

---

<sup>1</sup> Vid. *Albert R. JONSEN/Mark SIEGLER/William J. WINSLADE*, Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica, *Ariel, Barcelona, 2005*, pp. 44 y ss.

<sup>2</sup> *Carlos María ROMEO CASABONA*, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, *Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994*, p. 466.

---

<sup>3</sup> *Así lo manifestaba ROMEO CASABONA*, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 466, *hace más de diez años, y la situación no ha cambiado nada a este respecto*.

médicos y las familias, quizás, en muchas ocasiones, al límite de la legalidad, pero el escaso conocimiento que se tiene de esta práctica ha impedido en nuestro país un debate público sobre la misma y algún pronunciamiento de nuestros tribunales.

No es así en otros países, como los Estados Unidos<sup>4</sup>, el Reino Unido<sup>5</sup> o Australia<sup>6</sup>, donde pueden encontrarse casos que, de una forma u otra<sup>7</sup>, han llegado a los tribunales, decisiones que, atendiendo al sistema de fuentes vigente en tales países, tienen una importancia indudable para sentar las bases del tratamiento jurídico que debe darse a tales supuestos. Ello no sucede en España, donde las decisiones jurisprudenciales no tienen efecto vinculante para casos posteriores similares, sino que el único referente válido son las leyes, sin perjuicio de la relevante labor de los tribunales en su interpretación.

Por ello, el verdadero problema, tal y como señala CABALLERO HARRIET, «es que los médicos se mueven dentro de un espacio jurídicamente no muy bien definido, en el que se pueden tomar decisiones oportunas desde el punto de vista humanitario que luego pueden ser objeto de sanción a la luz de las normas penales»<sup>8</sup>.

En relación con el caso español, y a falta de pautas jurídicas claras que permitan llegar a una solución inequívoca, entiendo que para analizar esta cuestión hay que distinguir dos supuestos diferentes: por un lado, los seres humanos *ex utero* no viables, y por otro, los seres humanos *ex utero* viables.

En cualquier caso, debe tratarse de seres humanos vivos, pues si se entiende que el sujeto en cuestión no reúne los requisitos exigidos para considerar que está vivo, aunque funcione alguno o algunos de sus órganos, la omisión del tratamiento no planteará problema jurídico alguno.

<sup>4</sup> Vid. Peter SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 114 y ss.

<sup>5</sup> Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 126 y ss.

<sup>6</sup> Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 130 y ss.

<sup>7</sup> En algunos casos, los tribunales han debido manifestarse sobre el tratamiento como tal, aceptando o rechazando la decisión del médico y/o los padres del niño, de realizar u omitir un tratamiento en el recién nacido discapacitado. En otros casos, la intervención de los tribunales se ha producido a posteriori, valorando si el comportamiento de un médico que dejó morir a un niño omitiendo todo tratamiento, integra o no el delito de homicidio.

<sup>8</sup> Francisco Javier CABALLERO HARRIET, "Reflexiones acerca de la eutanasia (especial referencia a la eutanasia infantil)", Anuario de Sociología del Derecho, 1990, p. 79.

Queda fuera de nuestro ámbito de estudio el caso de los seres humanos vivos *in utero*, esto es, de los embriones y fetos que se encuentran en el útero materno. En estos casos, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de causar su muerte cuando "se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas", siempre que se cumplan una serie de requisitos legalmente previstos. Se trata del aborto embriopático regulado en el art. 417 bis) del antiguo Código penal español, que se mantiene aún vigente con el nuevo Código penal.

## **II. CONCEPTO DE NACIMIENTO Y DE VIABILIDAD**

### **A. Concepto de nacimiento**

Como venía diciendo, y para enfocar bien el tema de este trabajo, la cuestión que nos corresponde estudiar es la relevancia jurídica, y más concretamente, jurídico-penal, de aquellos comportamientos (activos u omisivos) dirigidos a producir la muerte de un recién nacido que padece graves discapacidades.

El punto de partida es, pues, determinar cuándo nos encontramos ante un ser humano vivo nacido. A falta de un "ser humano nacido" o si no existe "vida", desaparecen los problemas, a nuestros efectos.

La determinación del nacimiento (desde una perspectiva jurídica) es de una gran importancia, pues el art. 29 del Código civil establece que la personalidad jurídica, esto es, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, se adquiere en ese momento. Así pues, de ello dependerá, entre otras cuestiones, la aplicación de los tipos penales de homicidio y lesiones a las personas, o los de aborto y lesiones al feto.

En sentido estricto, nacer significa "salir del vientre materno" (Diccionario de la RAE). Sin embargo, el término "nacimiento" que utiliza nuestro Código civil no se corresponde con el concepto usual del mismo, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que alude a una circunstancia en la que un ser humano adquiere el estatuto de persona. El momento exacto y las condiciones que debe reunir dicho ser humano deben ser establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, teniendo en cuenta que para interpretar correctamente una norma habrá que atender al contexto normativo y la realidad social del tiempo en que dicha norma ha de ser aplicada (art. 3.1 Cc). Como

afirma PUIG FERRIOL, «el concepto jurídico del nacimiento no es tan sencillo como a simple vista parece»<sup>9</sup>.

Así pues, el art. 29 únicamente establece que la condición de persona se adquiere con el nacimiento, pero nada se dice sobre el momento en el que éste se produce y las condiciones que debe poseer el individuo para entender que ha nacido.

Por lo que respecta al *momento*, la doctrina ha venido barajando diversas posibilidades (desprendimiento total del seno materno, con o sin corte del cordón umbilical<sup>10</sup>, comienzo de la respiración pulmonar autónoma, etc.). Lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en muy escasas ocasiones a este respecto. La postura que viene manteniendo en estos últimos años aboga por considerar como momento del nacimiento el inicio de las labores del parto (SSTS de 22 de enero de 1999 y 29 de noviembre de 2001), al entender que «el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado periodo de dilatación y continúa con el periodo de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empuja al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto»<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Luis PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, Bosch, Barcelona, 1979, p. 24, plateándose la cuestión de si el Código puede llevar a un concepto de nacimiento distinto del concepto natural o fisiológico del mismo. También Carlos María ROMEO CASABONA, Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano, Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 181, advierte que «se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar el comienzo de la personalidad humana y de ser titular de derechos subjetivos».

<sup>10</sup> Así, Carlos María ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Comares, Granada 2004, p. 17. Por el contrario, la doctrina civilista se muestra más proclive a fijar el momento del nacimiento en el desprendimiento del cordón umbilical. Así, Luis DIEZ-PICAZO/Antonio GULLÓN, Sistema de Derecho Civil. Volumen I, 8ª edición, Tecnos, Madrid, 1992, p. 226; Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, en José Luis Lacruz Berdejo y otros, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, Dykinson, Madrid, 1999, p. 12; Manuel ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, 14ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 215.

<sup>11</sup> Así también, Hans LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, Edersa, Madrid, 1984, pp. 65 y ss., y 83 y ss.; Reinhart MAURACH/Friedrich-Christian SCHROEDER/Manfred MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband I, 8ª edición, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, p. 13. Cuando se trate de un «nacimiento artificial», el momento del parto coincidirá con el comienzo de los actos médicos oportunos (por ejemplo, con la práctica de la cesárea).

Mayores problemas plantea la cuestión de las condiciones que debe reunir un ser humano para entender que ha nacido, aun cuando ya se encuentre separado de la madre<sup>12</sup>. La doctrina tradicional mantiene que para entender que nos encontramos ante una persona es irrelevante que ésta sea o no viable<sup>13</sup>. En mi opinión, en cambio, una interpretación del término nacimiento teniendo en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico y el contexto social en el que debe aplicarse, nos debe llevar a entender que no puede considerarse nacido y, por lo tanto, no es una persona, el feto *ex utero* vivo pero no viable. Posteriormente desarrollaré más detenidamente esta idea.

En definitiva, no existe coincidencia entre los términos social y jurídico de nacimiento<sup>14</sup>, de tal forma que es posible hablar de un ser humano nacido en términos jurídicos cuando el sujeto se encuentra aún en el útero materno (han comenzado las contracciones), momento en el cual, en el lenguaje cotidiano, no hablaríamos aún de recién nacido; y, sin embargo, no existe un ser humano nacido desde el punto de vista jurídico cuando estamos ante un ser humano vivo fuera del útero si éste no es viable, si bien, indudablemente, socialmente se hable de «recién nacidos». Del mismo modo, no hay seres humanos nacidos cuando se trata de fetos clínicamente muertos.

En efecto, el art. 32 Cc establece que «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», esto es, que sólo los seres humanos vivos pueden tener el estatuto de persona. Sin embargo, el ordenamiento jurídico

<sup>12</sup> Esta cuestión no es nueva. Ya se hacía eco de ella, hace más de veinte años, LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, p. 93, donde se preguntaba lo siguiente: «¿existe un momento en el desarrollo de la vida en germen hasta el que puede hablarse de “un feto” y (a pesar del comienzo de la expulsión) en ningún caso de una “persona”?»; dicho de otra manera: ¿puede funcionar la cesura del “comienzo del nacimiento” también en los casos de expulsión prematura de fetos inmaduros (realizada espontánea o artificialmente), como monjón que marque en límite entre el carácter fetal y la calidad persona o ¿existe en estos casos un límite *témporo-biológico* delante del cual la expulsión no permite obtener el efecto jurídico que se le asigna —la transformación de la calidad y del objeto— y a la vez el cambio de la protección penal». No obstante, al no ser éste el objeto de su estudio, no ofrece una solución.

<sup>13</sup> ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 17; DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 13. En la doctrina alemana, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht. Besonderer Teil, p. 14.

<sup>14</sup> De hecho, y para evitar esta confusión, en los casos de desprendimiento del útero materno de un ser humano en aquellos casos en los que no puede hablarse de «nacimiento» en sentido legal estricto, la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil, emplea el término «alumbramiento» (art. 45), que se correspondería con el uso social del término «nacimiento» (salir del vientre materno). También puede hablarse en estos casos de «parto».

español no establece de forma expresa cuándo se entiende que un ser humano está vivo. No obstante, sí fija los requisitos para determinar la muerte de una persona. De esta forma es posible establecer si el ser humano en cuestión está o no está vivo.

Esta regulación está contenida en el Anexo I del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, en el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de tejidos. El mencionado Anexo I regula los “Protocolos de diagnóstico y certificación de la muerte para la extracción de órganos de donantes fallecidos”. En su punto 1 se dice que “el diagnóstico y certificación de muerte de una persona se basará en la confirmación del cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias (muerte por parada cardiorrespiratoria) o de las funciones encefálicas (muerte encefálica) (...)”. A continuación, los puntos 2 y 3 recogen de forma detallada los “criterios diagnósticos de muerte encefálica”<sup>15</sup> y el “diagnóstico de muerte por parada cardiorrespiratoria”, respectivamente.

De esta forma, en aquellos casos de recién nacidos en los que concurren los criterios recogidos en esta norma sobre ausencia de funciones encefálicas o cardiorrespiratorias, deberán considerarse como seres humanos fallecidos, aún cuando pueda apreciarse cierta actividad orgánica (necesaria en algunos casos, por ejemplo, para poder emplear ciertos órganos para trasplante).

A este respecto, hay autores que defienden que no existe función encefálica compatible con la existencia de vida en el caso de niños anencefálicos<sup>16</sup> o en otros casos de malformaciones que causan graves daños cerebrales. En cualquier caso, hay que distinguir entre inexistencia de vida (muerte) e inexistencia de posibilidad de supervivencia (inviabilidad)<sup>17</sup>.

Se trataría, pues, de fetos muertos, que nunca habrían llegado a adquirir el estatuto jurídico de persona. Por ello,

de acuerdo con el art. 6 de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, se autoriza la obtención y utilización de estructuras biológicas procedentes de los mismos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o quirúrgicos, de investigación o experimentación, así como su donación a tales efectos.

## B. Concepto de viabilidad: primera aproximación

La otra de las cuestiones que es necesario aclarar es el concepto de viabilidad, pues, como he avanzado, los recién nacidos considerados no viables no llegarán a alcanzar el estatuto jurídico de persona, con las consecuencias prácticas de indudable trascendencia que ello conlleva. No obstante, el legislador español no se pronuncia en ningún momento sobre lo que debe entenderse por viabilidad a tales efectos.

El concepto de viabilidad es de suma importancia en relación con la vida prenatal, pues tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, como la Ley 42/1988, anteriormente mencionada, se refieren al mismo para establecer un diferente estatuto jurídico de los embriones pre y postimplantatorios y de los fetos humanos.

A falta de una aclaración sobre tal extremo en la Ley, la doctrina más cualificada<sup>18</sup>, así como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA), el Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica<sup>19</sup> y el Tribunal Constitucional (TC), mantienen que el concepto de viabilidad utilizado en la Leyes mencionadas es claramente de corte biológico.

Así, según las Sentencias del Tribunal Constitucional 212/1996, de 20 de diciembre (fundamento jurídico 5), y 116/1999, de 17 de junio (fundamento jurídico 9), «viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe

<sup>15</sup> Vid. Juan Luis TRUEBA GUTIÉRREZ, “La muerte cerebral como evidencia clínica (ocho preguntas fundamentales)”, en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), *Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 201 y ss.*

<sup>16</sup> Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, pp. 174 y ss.; el mismo, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 17. Así parece entenderlo también Francesc ABEL I FABRE, Bioética: orígenes, presente y futuro, Institut Borja de Bioética, Madrid, 2001, pp. 155 y ss.*

<sup>17</sup> ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 180.*

<sup>18</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, “El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas tecnologías”, en *El derecho a la vida, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 35 y ss.; Luis GONZÁLEZ MORÁN, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996 de 19 de Diciembre de 1996 (Parte II)”, Revista de Derecho y Genoma Humano, n° 10 (1999), pp. 179 y ss.*

<sup>19</sup> COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, *II Informe: La investigación con embriones humanos “sobrantes”, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2002, Apartados I.3 y III.2.*

<sup>20</sup> La investigación sobre células troncales (*Informe*), *Fundación Española de Ciencia y Tecnología-Ministerio de Ciencia y Tecnología, p. 55.*

como capaz de vivir. Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como “no viable” hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una “persona” en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E.».

Ahora bien, este concepto de viabilidad no puede ser trasladado de forma automática al caso que ahora nos ocupa, pues nos encontramos frente a un ser humano vivo fuera del útero. El propio legislador es consciente de que el término viabilidad en relación con los “fetos” fuera del útero no puede confundirse con el empleado en relación con los embriones (pre y postimplantatorios) y con los fetos *in utero*. Por ello, en la Disposición Adicional Primera de la referida Ley 42/1988, se exige al Gobierno que, en el plazo de seis meses a partir de su promulgación, establezca “los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero a los efectos de esta Ley”, lo cual no se ha producido hasta el momento<sup>21</sup>.

No obstante, aplicando la doctrina anteriormente mencionada, si nos centramos en la primera parte de la definición, que establece que viable significa “capaz de vivir”, en el caso de seres humanos vivos *ex utero*, viable sería aquel individuo que tiene capacidad para continuar su proceso de desarrollo vital, en definitiva, de mantenerse con vida (con o sin ayuda de medios técnicos o humanos). En palabras de PÉREZ GONZÁLEZ, «es viable la criatura que, nacida viva, tiene aptitud para continuar su vida extrauterina», o en otros términos, «es (...) viable la criatura

---

<sup>21</sup> El fundamento jurídico 7 (apartado segundo) de la STC 212/1996, de 20 de diciembre, indica lo siguiente: “Ahora bien, es de tener en cuenta que el presente recurso de inconstitucionalidad ha perdido su objeto en lo que a la impugnación de este precepto se refiere. En efecto, a diferencia de la remisión contenida en la disposición adicional segunda («Reglamentariamente se creará un Registro Nacional de Centros o Servicios autorizados en los que se utilice o investigue material genético»), la disposición adicional primera contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo, entre otros, del concreto extremo de la Ley 42/1988 que nos ocupa, es decir, la concreción en alguna mayor medida de lo que deba entenderse por «viabilidad», mandato este efectuado por el preciso espacio temporal de seis meses a partir de la fecha de la promulgación de la Ley. El sentido de la cláusula, pues, no se agotaba en ordenar dicha actuación por parte del Gobierno, sino el que ésta tuviera además lugar en el indicado plazo. En consecuencia, una vez que ha transcurrido, como con exceso lo ha hecho, el señalado plazo, cualquier disposición reglamentaria que en el futuro pudiera dictar el Gobierno sobre la materia en cuestión no podrá tener más apoyatura que la eventualmente derivada de su propia potestad reglamentaria, con los límites constitucionales y legales a ella inherentes, nunca la de una prescripción como la que nos ocupa, absolutamente decaída en el tiempo. Lo cual es tanto como decir que el contenido normativo de la impugnada letra e) de la disposición adicional desapareció por entero con el transcurso de los seis meses siguientes a la promulgación de la Ley 42/1988, provocando así la desaparición sobrevinida, que ahora apreciamos, del objeto del presente recurso de inconstitucionalidad en este particular”.

que nace viva sin vicio orgánico o funcional que le imposibilite para continuar su existencia independiente»<sup>22</sup>.

### **III. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS FETOS EX UTERO NO VIABLES**

Como he señalado anteriormente, en principio, parece que el Código civil considera persona a todo ser humano vivo fuera del útero materno. Así lo entiende también la mayoría de la doctrina. No obstante, las Leyes 35/1988 y 42/1988 obligan a matizar esta afirmación, pues éstas parecen condicionar la adquisición del estatuto jurídico de persona a la viabilidad del recién nacido.

En efecto, según el art. 13.2 de la Ley 35/1988, “toda intervención sobre (...) el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo”. Eso significa que sobre un embrión fuera del útero, si no es viable, podrán llevarse a cabo otra serie de actuaciones, aunque no favorezcan su desarrollo, incluso aunque supongan su destrucción. El término intervención debe entenderse, a este respecto, en un sentido amplio, incluyendo en el mismo tanto supuestos de actuaciones positivas como de omisiones<sup>23</sup>.

En coherencia con esta regla general, el art. 5.4 de la Ley 42/1988 alude a un caso específico de no viabilidad. Según este precepto, “los fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Así pues, si esos “fetos expulsados prematura y espontáneamente” son viables, “serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Esto significa que si se entiende que no lo son (interpretación *a sensu contrario*) podrán ser destinados a otros fines, pudiendo omitirse cualquier tratamiento dirigido a “favorecer su desarrollo y autonomía vital”.

De esta forma, la Ley 42/1988 permite la donación y utilización de embriones y fetos humanos vivos no viables, siempre que se cumplan ciertos requisitos (art. 2). Además, el art. 9.2.B) califica como infracción muy grave

---

<sup>22</sup> Blas PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, Revista de Derecho Privado, Abril (1944), p. 276.

<sup>23</sup> Cfr. Sergio ROMEO MALANDA, “Contravención de lo dispuesto en el Convenio (Capítulo VIII)”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español, Comares-Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Granada-Bilbao, p. 346.

“la experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, *salvo que se trate de embriones o fetos no viables, fuera del útero (...)*”.

No obstante, es cierto que podría plantearse la duda de si esos “fetos” fuera del útero son personas a las que la Ley permite cosificar (pueden ser donadas, utilizadas con fines de experimentación) o, por el contrario, no han llegado a adquirir el estatuto jurídico de persona.

La Ley 42/1988 equipara constantemente el estatuto jurídico de los embriones y los fetos humanos cuando éstos no son viables, aunque estén fuera del útero. Si se entendiera que los fetos humanos vivos *ex útero* son siempre y en todo caso seres humanos nacidos (a los efectos del art. 29 Cc), es evidente que, en cuanto personas, requerirían un régimen jurídico distinto de aquellos otros seres humanos vivos que no han adquirido dicho estatuto.

Además, si se tratara de personas sobre las que el ordenamiento jurídico quiere establecer un régimen especial, en tal caso los artículos mencionados deberían tener el rango de Ley Orgánica, ya que estaría regulando el contenido esencial de un derecho fundamental, como es el derecho a la vida (art. 15 CE).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que ninguno de los preceptos de las referidas leyes requiere la condición de Ley Orgánica, lo cual significa que todas las actuaciones previstas en las mismas no pueden estar referidas a personas.

En definitiva, los fetos fuera del útero que no sean viables (por haber sido expulsados del útero materno prematuramente o por cualquier otra razón) no son personas en el ordenamiento jurídico español, aunque sean seres humanos vivos *ex utero*<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, Eduardo RAMÓN RIBAS, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, Comares, Granada, 2002, p. 316, nota 239, según el cual la transformación de feto en una persona, «no tiene lugar por la simple expulsión fetal; exige, además, que el nasciturus sea viable, lo que sucede, como regla, cuando posee la suficiente madurez biológica para vivir fuera del claustro materno». Esta tesis no es, en absoluto novedosa. Ya fue defendida hace más de medio siglo por PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 273 y ss., en especial, pp. 290 y ss. Según este autor, «Si la capacidad jurídica es medio para procurar al hombre el goce de los derechos con los que satisface necesidades de la vida, cuando precisamente es ésta la que de modo irremisible falta, parece que no tiene razón de ser la concesión o reconocimiento de la personalidad a un ente fugaz que no es más que una apariencia de vida» (p. 277).

Aunque esta tesis no es la dominante en el momento actual, sin embargo entre los autores tradicionalistas se aprecia ya una postura dubitativa. Así, por ejemplo, José Javier CASTIELLA RODRÍGUEZ, en José Ángel Martínez Sanchiz (coord.), Instituciones de Derecho Privado. Tomo I. Personas, Vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 72, según el cual,

Pese a que pueda parecerlo, esta tesis no es contradictoria con lo dispuesto en el art. 30 Cc. Según este precepto, “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas desprendido del seno materno”. Este artículo introduce una regla especial con efectos únicamente en el ámbito civil, de tal forma que habrá seres humanos nacidos que, por alguna razón, van a carecer de capacidad jurídica a los efectos civiles. Se trata de aquellos sujetos que: a) no tengan figura humana; y b) no vivan veinticuatro horas desprendidas del seno materno.

Este precepto recoge un supuesto legal de viabilidad: la supervivencia durante más de veinticuatro horas. Esto parece ser contradictorio con lo expuesto anteriormente. Podría pensarse que el art. 29 Cc excluye cualquier referencia a la viabilidad o no del ser humano, la cual sí deberá ser tenida en cuenta “a los efectos civiles” y únicamente en los términos del art. 30, limitada a un criterio de carácter cronológico: si vive menos de veinticuatro horas no habrá adquirido la capacidad jurídica, y si vive más de ese periodo lo habrá hecho, aunque se prevea su muerte a corto plazo. De esta forma no tendría sentido decir que ese ser humano que se ha mantenido vivo durante más de veinticuatro horas adquiere plena capacidad jurídica, pero sin embargo no ha nacido al no ser biológicamente viable.

Pero este planteamiento lógico no me parece correcto<sup>25</sup>. En este punto, adquiere una especial relevancia la necesidad de interpretar las normas de acuerdo con el contexto normativo y la realidad social del tiempo en han de ser aplicadas (art. 3.1 Cc)<sup>26</sup>. Y ello juega un papel tras-

---

*aunque este criterio de la viabilidad no es el sistema de nuestro Código civil y que únicamente puede plantearse de lege ferenda, sin embargo afirma que «si puede considerarse una evolución normativa en este sentido de nuestro Ordenamiento jurídico», y haciendo referencia expresa a la Ley 42/1988, señala que «esta norma (...) introduce criterios de viabilidad natural o biológica de modo que, de ser viable, el objetivo con el feto será favorecer su desarrollo vital y, en caso contrario, recibe el tratamiento de un objeto, susceptible de donación o utilización para fines de investigación, ello aunque sobreviva más de veinticuatro horas a su nacimiento».*

<sup>25</sup> Como señala José Javier HUALDE SÁNCHEZ, en Lluís Puig i Ferriol/María del Carmen Gete-Alonso y Calera/Jacinto Gil Rodríguez/José Javier Hualde Sánchez, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), Marcial Pons, Madrid, p. 115, esta interpretación resulta “poco racional a tenor de los avances alcanzados por la medicina. Efectivamente, supone atribuir personalidad a todo nacido que, aunque no sea viable, por su gran inmadurez fetal o por padecer defectos teratológicos de consecuencias necesariamente mortales, sea mantenido con vida por medios artificiales durante veinticuatro horas”.

<sup>26</sup> Cfr. PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 28.

cidental en la interpretación del requisito de la “figura humana”.

En efecto, este requisito se formuló en el Derecho romano con el objeto de negar la cualidad de persona a los seres no humanos que nacieran de mujer, y con este fundamento fue recogido por nuestro derecho histórico<sup>27</sup> y así ha sido mantenido en el Código civil que, no puede olvidarse, data de 1888. El mantenimiento de este requisito, interpretado conforme a sus orígenes y a su literalidad, carece de sentido y encuentra difícil acomodo en nuestras concepciones culturales, salvo que se produzca un desarrollo incontrolado de las investigaciones genéticas<sup>28</sup>. Por ello, dicho requisito debe ser interpretado de forma distinta a su significado originario, con objeto de darle un contenido adaptado a la realidad actual, convirtiéndolo en un requisito de viabilidad biológica. De esta forma, interpretando el referido art. 30 en relación con tiempo en que dicha norma ha de ser aplicada, puede afirmarse que no se cumple el requisito de tener figura humana, además de en los casos más evidentes de deformidad, también en «aque- llos otros en los cuales, aun presentando el feto un aspecto corriente, la disposición de los órganos vitales demuestra su ineptitud para seguir viviendo (...); y asimismo los eventos de falta de madurez del feto tal que lo hace inepto para la vida autónoma»<sup>29</sup>.

Para completar esta tesis, debe añadirse que, según se desprende de las Leyes 35/1988 y 42/1988, a falta de figura humana, en los términos expuestos, no existe nacimiento en términos jurídicos<sup>30</sup>, en definitiva, dicho feto *ex utero* no alcanza el estatuto de persona. El art. 30 Cc únicamente añade a este requisito de la viabilidad biológica, y tan sólo a los efectos civiles, el requisito de la viabilidad legal y el hecho de que el individuo se encuentre desprendido del seno materno. De esta forma, cuando estemos

<sup>27</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 277 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115.

<sup>28</sup> HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115.

<sup>29</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 14. De la misma opinión, HUALDE SÁNCHEZ, Manual de Derecho Civil. I. (Introducción y derecho de la persona), p. 115; DIEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil. Volumen I, p. 226; ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, p. 214; PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, pp. 25 y s.

<sup>30</sup> Según ALBALADEJO, Derecho Civil. I. Introducción y Parte General. Volumen Primero, p. 214, «Se es persona desde que se nace (...), siempre que el nacido sea un ser vivo y con figura humana».

ante un ser humano vivo y viable, éste únicamente poseerá una capacidad jurídica plena (efectos jurídicos en el ámbito patrimonial, fundamentalmente) cuando haya permanecido con vida más de veinticuatro horas.

En definitiva, en palabras de PUIG FERRIOL, «el nacido sin tener las condiciones de viabilidad para vivir como un ser humano —o no tener figura humana en el lenguaje del Código—, en ningún momento adquiere la condición de persona»<sup>31</sup>. La viabilidad es, en definitiva, una *conditio iuris* de la personalidad<sup>32</sup>.

Por ello, en tales circunstancias podrá autorizarse su donación a terceros con fines de experimentación, pudiendo llegarse, incluso a su destrucción, ya que no se requiere “favorecer su desarrollo y autonomía vital”. Ello no sería, en modo alguno, posible si entendemos que dichos fetos vivos *ex utero* son personas. En tal caso, todo proyecto de investigación con los mismos debería adecuarse a la regulación existente relativa a la experimentación con personas<sup>33</sup>, en concreto, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. De acuerdo con esta regulación, la experimentación con menores y recién nacidos solamente puede tener lugar cuando se presuma que ésta va a tener un efecto beneficioso para la salud del menor (art. 4). Excepcionalmente, podrán realizarse ensayos en menores y neonatos sin beneficio potencial directo para ellos si, además de otros requisitos, se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo (cfr. art. 6.2). Incluso, para ROMEO CASABONA, los recién nacidos deberían ser objeto de una regulación específica, encaminada a lograr una protección más intensa de los mismos<sup>34</sup>.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no es obstáculo para admitir una presunción *iuris tantum* de viabilidad de los seres humanos vivos *ex utero*<sup>35</sup> y, consecuentemente, su condición de personas. Será aquél que alegue en su favor la no viabilidad del ser humano el que deba probar dicho extremo (por ejemplo, el investigador que quiere

<sup>31</sup> PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 29.

<sup>32</sup> Así, PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, pp. 290 y 298.

<sup>33</sup> Vid. Carlos María ROMEO CASABONA, “Aspectos jurídicos de la investigación clínica con neonatos”, en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 823 y ss.

<sup>34</sup> ROMEO CASABONA, “Aspectos jurídicos de la investigación clínica con neonatos”, p. 845.

<sup>35</sup> Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, “El requisito de la viabilidad”, p. 301.

experimentar con los mismos en aplicación de la Ley 42/1988; la persona que no está interesada en la adquisición de la herencia por el sujeto que sobrevivió más de veinticuatro horas fuera del útero materno<sup>36</sup>; o, en el ámbito penal, el individuo acusado de un delito de homicidio por haber producido la muerte del recién nacido en cuestión).

De esta forma, podría solicitarse la inscripción en el Registro Civil de todos los nacimientos, una vez transcurridas veinticuatro horas desde dicho momento<sup>37</sup>. No obstante, las decisiones del encargado del Registro son recurribles durante treinta días en vía gubernativa ante el Juez de primera instancia correspondiente, con apelación en igual tiempo ante la Dirección General, sin que quepa ulterior recurso, salvo cuando sea posible acudir a la vía judicial ordinaria (art. 29 de la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil). Para resolver la duda acerca de la viabilidad del ser humano inscrito, podrán aportarse los informes médicos oportunos<sup>38, 39</sup>.

En otro orden de cosas, el hecho de que estos fetos vivos *ex utero* y no viables no sean personas, no debe suponer una desprotección absoluta de los mismos, en tanto que se trata aún de seres humanos vivos. Incluso podría plantearse la duda de si en tales casos, y a pesar de las Leyes 35/1988 y 42/1988, la producción de su muerte quedaría incluida dentro del tipo de aborto. Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Por último, debe ponerse de manifiesto una cuestión terminológica que puede dar lugar a equívocos. Tanto la Ley 35/1988 (art. 13.2) como la Ley 42/1988 (art. 5.4) hacen referencia a fetos vivos fuera del útero. El término feto *ex utero* únicamente será correcto cuando se haga referencia a fetos no viables o muertos. Sin embargo, cuando estemos ante fetos vivos viables *ex utero* (a los

que también hacen referencia las citadas leyes), el término más correcto para referirse a ellos será el de “persona”.

#### **IV .ESTATUTO JURÍDICO DE LOS “FETOS” EX UTERO VIABLES**

Por el contrario, y según el ya conocido art. 5.4 de la Ley 42/1988, cuando se trate de fetos expulsados prematura y espontáneamente, y considerados biológicamente viables, habrá que tratarlos clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital. Esta regla será también de aplicación en relación con el resto de recién nacidos, aunque no se trate de partos prematuros, tal y como se desprende del también referido art. 13.2 de la Ley 35/1988, según el cual “toda intervención sobre (...) el feto fuera del útero, si es viable, no tendrá otra finalidad terapéutica que no sea la que propicie su bienestar y favorezca su desarrollo”.

En definitiva, cuando se trate de seres humanos vivos *ex utero* y viables, entonces podremos hablar de seres humanos nacidos<sup>40</sup>, por lo que les serán aplicadas todos los mecanismos existentes en nuestro derecho para la protección de las personas, especialmente, atendiendo al tema que nos ocupa, los delitos de homicidio y lesiones.

Según el art. 10 del Código penal (CP), “son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”. Es decir, una persona puede ser responsable de un determinado resultado tanto por haber realizado una conducta determinada, como haber omitido un comportamiento que le era exigible. En este caso se requiere, entre otros requisitos, “una específica obligación legal o contractual de actuar” (art. 11 CP), lo cual sucede en el caso del médico que está tratando al recién nacido y que se plantea la omisión del tratamiento, de tal forma que va a producirse la muerte del mismo.

#### **A. Omisión de tratamiento médico que produce la muerte**

El supuesto más habitual será aquél en el que un médico (o un equipo médico, normalmente) decide voluntaria y conscientemente omitir todo tipo de tratamiento sobre un recién nacido con la intención de que éste fallezca, sin perjuicio de que se adopten otro tipo de medidas para

<sup>36</sup> Pues los efectos sucesorios de la declaración de nacimiento pueden ser de gran relevancia. Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Elementos de Derecho civil. Parte General. Vol. II. Personas, p. 12.

<sup>37</sup> Vid. arts. 40 y ss. de la Ley de 8 de Junio de 1957, reguladora del Registro Civil, y arts. 165 y ss. del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

<sup>38</sup> Cfr. PUIG FERRIOL, Fundamentos de Derecho Civil. Tomo I. Volumen I. Primera Parte. Parte General: sujeto y objeto del derecho, p. 29.

<sup>39</sup> Al margen de lo anterior, también debe tenerse en cuenta el art. 45 de la mencionada Ley, según el cual “las personas obligadas a declarar o dar el parte de nacimiento están también obligadas a comunicar en la misma forma el alumbramiento de las criaturas abortivas de más de ciento ochenta días de vida fetal, aproximadamente. En el Registro Civil se llevará un legajo con las declaraciones y partes de estos abortos”.

<sup>40</sup> Aunque no sólo en estos casos, pues como he dicho anteriormente, el Tribunal Supremo entiende que también debe tenerse por nacido el ser humano in utero desde el comienzo de las contracciones.

evitar el sufrimiento del mismo en tanto que la muerte se produzca.

En tal caso, nos encontramos sin duda ante un delito de homicidio, recogido en su formulación básica en el art. 138 CP, según el cual, “el que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, a la pena de prisión de diez a quince años”.

Pero el art. 139 recoge una forma agravada de homicidio, el asesinato. De acuerdo con este precepto, “será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.<sup>a</sup> Con alevosía (...)”. Y según el art. 22 CP, hay alevosía cuando el culpable comete un hecho delictivo “empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

A este respecto, se ha planteado la duda acerca de la concurrencia de la agravante de alevosía cuando el hecho se realiza sobre una persona que no tenga capacidad para defenderse y, en todo caso, cuando se trata de niños de corta edad. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en alguna ocasión. No obstante, la doctrina mantiene que en tal caso no puede aplicarse la circunstancia agravante específica de alevosía<sup>41</sup> sino la circunstancia agravante genérica de abuso de superioridad.

Además, el asesinato con alevosía es inconcebible por omisión<sup>42</sup>. Por lo tanto, el comportamiento omisivo del médico, cuando se trata del tratamiento de un recién nacido vivo que dé lugar al fallecimiento del mismo, será considerado, en su caso, como un homicidio y no un asesinato.

En el caso de que dicha actuación no logre su propósito por alguna razón, por ejemplo, por la actuación de un tercero que impide el resultado, el médico podrá ser condenado igualmente el delito de homicidio en grado de tentativa.

---

<sup>41</sup> ROMEO CASABONA, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, p. 71.

<sup>42</sup> La doctrina mayoritaria rechaza la posibilidad de aplicar la agravante de alevosía en los delitos de omisión. Vid. Luis GRACIA MARTÍN, en José Luis Díez Ripollés/Luis Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad, *Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 133*; Manuel José ARIAS EIBE, “La circunstancia agravante de alevosía. Estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>*

## **B. Omisión de tratamiento médico que no llega a producir la muerte del recién nacido pero agrava su discapacidad o enfermedad**

También puede suceder que el comportamiento omisivo del médico dirigido a producir la muerte del recién nacido no logre este resultado, pero, sin embargo, ello agrava la discapacidad que padece el recién nacido, sin que éste deje de ser viable. De suceder esto, junto al delito de homicidio en grado tentativa, sería de aplicación el delito o, en su caso, la falta de lesiones (arts. 147 y 617 CP).

## **C. Omisión de tratamiento médico que pone en peligro la vida o la integridad del recién nacido, sin llegar a producirse un resultado lesivo (denegación de asistencia sanitaria)**

Otra posibilidad que puede plantearse en la práctica es que la omisión del tratamiento médico por parte de un médico ponga en peligro la salud o la vida del recién nacido pero no llegue a producirse daño alguno, posiblemente por la intervención de un tercero. En tal caso podría ser aplicación el art. 196 CP, que castiga al “profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas (...)”. Para la aplicación de este tipo delictivo no se exige un resultado de lesión de un bien jurídico pero sí un resultado de peligro. También se requiere la existencia de una posición de garante. Dogmáticamente se trata, pues, de un delito de omisión pura de garante<sup>43</sup>.

## **V. DELIMITACIÓN ENTRE VIABILIDAD Y NO VIABILIDAD EN EL CASO DE SERES HUMANOS EX UTERO CON GRAVES MALFORMACIONES O DISCAPACIDADES**

### **Introducción**

Hasta ahora he analizado brevemente el régimen jurídico aplicable a los seres humanos vivos *ex utero* viables y no viables. Mientras que en el primer supuesto estamos ante personas, ello no es así en el caso de fetos *ex utero* no viables, por lo que su protección es muy diferente. Lo que corresponde analizar ahora es la delimitación concreta

---

<sup>43</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, “Artículo 196”, en José L. Díez Ripollés/Carlos M. Romeo Casabona (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 656*.

entre la viabilidad y la no viabilidad de un ser humano, y los efectos jurídicos de la omisión de todo tratamiento a seres humanos vivos en situaciones claramente excepcionales.

### “Recién nacidos” prematuros no viables

Un primer caso de falta de viabilidad, quizás el más sencillo de valorar, hace referencia al grado de desarrollo fetal. Desde el punto de vista médico ha evidencias científicas que demuestran la incapacidad de desarrollo vital de fetos humanos *ex utero* que no hayan superado un cierto periodo de gestación *in utero*. Dicho periodo es susceptible de variación, evidentemente, atendiendo a los nuevos conocimientos médicos.

Como señalé más arriba, en la Disposición Adicional Primera de la referida Ley 42/1988, se exige al Gobierno que, en el plazo de seis meses a partir de su promulgación, establezca “los criterios de viabilidad o no del feto fuera del útero a los efectos de esta Ley”. A falta de una resolución que establezca tales criterios, éstos quedarán determinados por los conocimientos médicos existentes en el momento en que deba adoptarse una decisión al respecto.

En la actualidad, dichos estudios afirman que los fetos *ex utero* con un desarrollo inferior a las 23 semanas y 400 gramos de peso no son biológicamente viables, por lo que, tal y como se desprende del art. 5.4 de la Ley 42/1988, deberá omitirse cualquier actuación dirigida a favorecer su desarrollo y autonomía vital (que normalmente consistirá en no iniciar la reanimación)<sup>44</sup>.

### “Recién nacidos” a término pero no viables por no poseer las condiciones biológicas necesarias para seguir vivo (no viabilidad en sentido estricto)

Otro caso no controvertido de falta de viabilidad es aquél en el que las malformaciones o discapacidades del feto impiden su supervivencia más allá de unos días. Los médicos únicamente disponen de medios para retrasar el momento de la muerte, pero no para su curación o, incluso, para su mantenimiento con vida pese a las discapacidades.

En estos casos no tiene sentido alguno poner todos los mecanismos disponibles para alargar artificialmente la vida el feto *ex utero*. Al contrario, habrá de procurarse que ese ser humano fallezca en condiciones dignas y sin sufrimiento, salvo en los casos en los que vaya a realizarse una investigación autorizada con los mismos.

En definitiva, un feto *ex utero* será considerado inviable cuando el tratamiento permita únicamente retrasar el momento de un fallecimiento inevitable, no sea eficaz y no se pueda superar ni corregir la situación de amenaza para la vida, y carezca de utilidad para la supervivencia del feto.

La no viabilidad debe estar constatada científicamente y debe determinarse de acuerdo a criterios médicos, entre los cuales se encuentra, indudablemente, la propia experiencia del profesional. Normalmente se tratará de malformaciones en el feto claramente incompatibles con la vida y para las cuales no existe tratamiento alguno en la actualidad, o de otro tipo de enfermedades que, incluso, pueden haber sido detectadas ya en el feto pero, sin embargo, no se ha estimado conveniente interrumpir el embarazo<sup>45</sup>. Si con base en criterios científicos no se considerara fallecidos a los anencefálicos (o a algunos de ellos), éste sería un claro ejemplo de inviabilidad.

Como señalé más arriba, en el caso de seres humanos vivos *ex utero*, debe presumirse su viabilidad. Cuando se adopte una decisión alegando la no viabilidad debe poder acreditarse científicamente que ello es ciertamente así. Así pues, si existen dudas sobre la viabilidad o no viabilidad del ser humano *ex utero*, éstas deberán resolverse a favor del tratamiento, cualquiera que sea la naturaleza de éste

<sup>44</sup> Grupo de Reanimación Cardiopulmonar de la Sociedad Española de Neonatología, “Recomendaciones en reanimación neonatal”, *Anales de Pediatría*, nº 1 (2004), p. 74; J. Javier ARENAS RAMÍREZ, “Consideraciones éticas. La visión desde obstetricia”, en Marcelo Palacios (ed.), I Congreso Mundial de Bioética. Ponencias, *Sociedad Internacional de Bioética*, Gijón, 2001, p. 597; Vicente MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, *Protocolos de la Asociación Española de Pediatría*, <http://aeped.es/protocolos/neonatalogia/index.htm>, p. 59 («Entre 23 y 24 semanas (menos de 25) los resultados actuales son suficientemente decepcionantes como para proponer una conducta activa o aceptarla si son los padres los que la proponen. Debe quedar clara, sin embargo, la posibilidad de instaurar una conducta activa inicial si la situación en sala de partos es mejor de lo esperado. Por encima de 25 semanas se aconsejará claramente una conducta activa, pero dejando claro que si en la evolución posterior se llega a una certeza razonable de secuelas permanentes graves, se planteará la conveniencia de la retirada del soporte vital»).

<sup>45</sup> Es posible que la mujer embarazada que ha tenido conocimiento a tiempo de la enfermedad o malformación de su hijo y de que éste es inviable, decida no abortar y llevar el embarazo a término con el fin de que el hijo pueda ser, tras el alumbramiento, fuente de órganos para trasplante. Cfr. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 176.

(por ejemplo, la reanimación), y asegurar, de este modo, el reexamen de la situación a la vista de su evolución posterior<sup>46</sup>.

El hecho de que el recién nacido fallezca una vez iniciado el tratamiento no debe significar, en todo caso, que éste era inviable *ab initio*, sino que es posible que se trata de un ser humano, en principio, viable (así lo consideró el médico), pero que, sin embargo, no ha respondido adecuadamente a la intervención médica practicada (en otros casos similares, la experiencia demuestra que ese tratamiento es adecuado para salvar la vida del neonato), tal y como puede suceder en cualquier tratamiento médico realizado sobre personas adultas.

Por supuesto, el concepto de viabilidad es variable en el tiempo, por lo que hay que tener en cuenta los conocimientos científicos existentes en cada momento, siempre teniendo presente que la medicina (más aún, si cabe, la medicina neonatal), como toda ciencia aplicada, se basa en la lógica de la probabilidad y no en la de la certeza<sup>47</sup>.

### Recién nacidos viables y el criterio de la “calidad de vida”

El caso verdaderamente problemático es aquél en el que el feto *ex utero* es viable, pero presenta una discapacidad de tal gravedad que va a condicionar totalmente su vida futura. Y es que, tal y como dice MOLINA, «gracias a los tremendos progresos de la neonatología es posible actualmente salvar la vida de recién nacidos extraordinariamente graves, algunos de los cuales pueden presentar secuelas en su vida futura»<sup>48</sup>. Puede tratarse de discapaci-

dades tanto físicas (falta de extremidades o de órganos vitales, cuya función hay que reemplazar artificialmente), como sensoriales o psíquicas.

Se trata, en definitiva, de discapacidades que van a impedir a dicha persona disfrutar de una calidad de vida aceptable, atendiendo a los estándares sociales vigentes. En algunos casos puede tratarse, incluso, de una vida en la que su portador no será consciente de su existencia y requerirá una ayuda constante y continuada por parte de terceros.

Un ejemplo tradicional de esta problemática es la del recién nacido con síndrome de Down, acompañado de atresia esofágica (Caso *Baby Doe*, en los Estados Unidos)<sup>49</sup>. En estos supuestos, esófago no está bien formado, de tal forma que si no se opera, el recién nacido muere de inanición. Se trata de una intervención muy delicada, pero con posibilidad de éxito. Lo que sucede es que si se trata la atresia, se está favoreciendo la vida de un ser humano que puede padecer una grave discapacidad. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en los casos de espina bífida<sup>50</sup>.

Se plantea, pues, la cuestión de hasta qué punto el criterio de la “calidad de vida” puede ser tenido en cuenta para omitir un tratamiento a estos recién nacidos. Aunque se trata de supuestos que no suelen llegar a los tribunales, la práctica médica diaria debe enfrentarse a este problema.

---

<sup>46</sup> Cfr. Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Tecnos, Madrid, 1999, p. 90. En este sentido, el estudio elaborado por el Grupo de Trabajo de la Sociedad Española de Neonatología sobre Limitación del Esfuerzo Terapéutico y Cuidados Paliativos en recién nacidos “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, Anales de Pediatría, nº 6 (2002), p. 551, señala lo siguiente: «(...) las decisiones de no iniciar un tratamiento son menos frecuentes que las decisiones de retirar un tratamiento ya instaurado (...). Hay que señalar también que la decisión de no iniciar un determinado tratamiento en un paciente puede ser éticamente menos apropiada si no se dispone de suficiente información pronóstica. En caso de duda razonable sobre el probable beneficio de la intervención, y puesto que la consecuencia de no iniciar un tratamiento de soporte vital será, en la inmensa mayoría de los casos, la muerte del paciente, la actuación debe ser “a favor de la vida” y se podría intentar un “tratamiento de prueba” durante un tiempo razonable».

<sup>47</sup> A. COUCEIRO VIDAL, “¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?”, Anales de Pediatría, nº 6 (2002), p. 505.

<sup>48</sup> Vicente MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, Protocolos de la Asociación Española de Pediatría, <http://aeped.es/protocolos/neonatalogia/index.htm>, p. 53.

---

<sup>49</sup> Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 114 y ss.

<sup>50</sup> Vid. SINGER, Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional, pp. 121 y ss. En los casos más graves, en niño nace con una parte de la espina partida y la médula espinal al descubierto. Por lo tanto, los nervios que recorren la espina están dañados. El resultado es una parálisis parcial o total de las piernas e incapacidad para controlar los intestinos y la vejiga. La espina también puede estar deformada y a menudo, las personas afectadas por una espina bífida sufren alguna discapacidad mental, pero no siempre.

## **VI. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA NO PUNIBILIDAD DE LA OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A SERES HUMANOS EX UTERO NO VIABLES Y VIABLES GRAVEMENTE DISCAPACITADOS**

### **A) El fundamento jurídico de la no punibilidad de la omisión de tratamientos médicos a fetos *ex utero* no viables**

Según lo expresado a lo largo del presente trabajo, los fetos *ex utero* vivos considerados no viables (por su prematuridad o por otras razones) no son seres humanos nacidos, por lo que carecen de personalidad y, en consecuencia, no son personas. Ello supone que las acciones dirigidas a favorecer su fallecimiento no deberán enmarcarse dentro de los delitos contra las personas (principalmente el homicidio) sino, en su caso, dentro de los delitos contra la vida humana prenatal. Es decir, deberemos analizar si la conducta ahora analizada (dejar morir a un ser humano vivo *ex utero* no viable) realiza el tipo penal de aborto o, por el contrario, se trata de una conducta atípica. Y en caso de que fuera de aplicación el tipo penal de aborto, cuál podría ser el fundamento de la no punibilidad de dicha conducta. Estimamos que este ulterior análisis no es necesario, puesto que nos encontramos ante conductas atípicas, tal y como expodré a continuación.

Ciertamente, al igual que sucede con el término “nacimiento”, el concepto de “aborto” tiene un diferente significado en los ámbitos social (lenguaje usual) y jurídico(-penal).

En el lenguaje cotidiano, por aborto se entiende “la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas” (diccionario de la RAE). Se trata de una definición de aborto elaborada desde la perspectiva de la mujer gestante (poner fin al embarazo). Desde la perspectiva de feto, aborto sería la producción de la muerte de un ser humano no nacido (adquiriéndose la condición de ser humano con la implantación). Puesto que el feto *ex utero* vivo no viable es aún un ser humano vivo no nacido, los actos dirigidos a producir su muerte podrían ser considerados como un aborto (en comisión por omisión).

Ello, sin embargo, no es así. La conducta analizada no integra el tipo de aborto. Se trata de un comportamiento atípico. Para llegar a esta conclusión hay que hacer referencia al fundamento de la protección de la vida de los seres humanos no nacidos y a la cuestión de la interpreta-

ción de los tipos penales de acuerdo con el bien jurídico realmente protegido en dicho tipo penal.

El derecho fundamental a la vida no alcanza al *nasciturus*. Ahora bien, ello no le priva de una protección constitucional con fundamento en el art. 15 CE, pues como señaló el Tribunal Constitucional en la referida STC 53/1985, «(...) si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto esta encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional» (fundamento jurídico 5). De esta forma, el derecho fundamental a la vida que se predica de las personas, supone, como presupuesto a su posterior ejercicio efectivo, la protección de la vida de quien más adelante será su titular.

Aunque no es posible detenernos ahora es esta cuestión, la anidación en el útero materno se corresponde con el momento en el que concurren los dos requisitos biológicos esenciales para poder llevar el embarazo a buen término: a) la existencia de un ser humano (pues se cumplen ya los requisitos de unidad y unicidad)<sup>51</sup>, y b) las

---

<sup>51</sup> Siguiendo a Juan Ramón LACADENA CALERO, *Genética y Bioética, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 50 y ss., desde un punto de vista estrictamente científico, la individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad (ser único) y la unidad (condición de ser solamente uno). A este respecto, existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación.*

*En relación con la unicidad hay que hacer referencia a los gemelos monocigóticos, que teniendo una frecuencia global de un 2 por 1000, se forman por la división de un embrión. Tal división solamente puede darse antes de la formación de la línea primitiva o cresta neural, lo cual ocurre hacia los catorce días, coincidiendo con la terminación de la anidación. La conclusión es evidente: la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación.*

*En relación con la propiedad de la unidad hay que hacer referencia a la existencia comprobada de quimeras humanas, es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos. Se pueden distinguir entre quimeras cigóticas (producidas por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario por otro espermatozoide, originando un solo individuo) y quimeras postcigóticas (producidas por fusión de dos embriones distintos). Dado que este fenómeno tiene que producirse obligatoriamente antes de aparecer la línea primitiva o cresta neural al terminar la anidación, puede concluirse que la unidad del nuevo ser no está fijada durante las primeras etapas embrionarias anteriores a la anidación.*

condiciones ambientales imprescindibles para ello<sup>52</sup>. Ese es el momento en el cual, lo que era un ente biológico portador de vida humana se convierte en un ser humano digno de la protección otorgada a los mismos<sup>53</sup>. De esta forma, sólo cuando se den las dos condiciones mencionadas (condiciones biológicas intrínsecas y condiciones ambientales) puede decirse que se dan los requisitos biológicos necesarios para que ese ente humano pueda desarrollarse y convertirse en una persona (ser humano nacido vivo). Y en consecuencia, para ser titular de bien jurídicos y, por ello, sujeto de protección penal.

Pero la afirmación anterior debe ser completada con otro elemento. En efecto, los requisitos biológicos no sólo exigen que se trate de un embrión implantado en el útero materno con un genotipo propio de la especie humana, sino que debe tratarse de un ser que en su día puede llegar a ser titular del derecho fundamental a la vida (pues éste es el fundamento de su protección). Debe tratarse, en consecuencia, de un ser humano viable<sup>54</sup>. Así lo pone claramente de manifiesto la STC 212/1996, de 19 de di-

<sup>52</sup> En realidad, si queremos ser absolutamente rigurosos, cuando hablamos de las condiciones ambientales imprescindibles para que el embrión pueda desarrollarse hasta dar lugar a una nueva persona, aunque nos refiramos a la anidación en el útero de la mujer, no debemos olvidar que es posible (aunque ciertamente extraordinario) que un embrión pueda desarrollarse fuera del útero, en un amplio espacio vacío del abdomen, conocido también como cavidad peritoneal. Con una buena implantación y una suficiente formación placentaria, el embrión puede desarrollarse normalmente hasta llegar a ser un feto que puede ser mantenido durante los nueve meses que normalmente dura el embarazo. Esta posibilidad también quedaría dentro de nuestro ámbito de protección, si bien no nos referiremos de forma expresa a ella por ser un supuesto claramente excepcional, especialmente si tenemos en cuenta que ello supone una clara amenaza para la vida, no sólo del feto, sino también de la madre, y cuando ello sucede, lo normal es provocar un aborto. Vid Lee M. SILVER, *Vuelta al eden. Más allá de la clonación en un mundo feliz*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 266 y ss.

<sup>53</sup> Así también, Egber SCHROTEN, "¿Es la clonación humana algo intrínsecamente malo?", en Anne McLaren (coord.), *Clonación*, Editorial Complutense, Madrid, 2003, pp. 116 y s.: «el potencial del embrión humano de llegar a ser un ser humano está ahí, no cabe duda, pero es muy improbable (...) porque depende en muy alto grado de factores externos (...). Entre dichas condiciones destacan: la transferencia con éxito al útero; la anidación; y un embarazo sano. Si algunas de estas condiciones no se cumple, el embrión nunca llegará a ser un ser humano en el sentido normal de la palabra (...). En otras palabras, compartir la herencia genética humana es una condición necesaria pero no suficiente para ser un ser humano».

<sup>54</sup> Vicente BELLVER CAPELLA, "El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n.º 11 (1999), p. 132; Gonzalo ARRUEGO RODRÍGUEZ, "Asistencia sanitaria coactiva y derechos fundamentales en la Ley 6/2002 de salud de Aragón", en Juan M.ª Pemán Gavín (dir.), *Derecho sanitario Aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, Volumen I, Cortes de Aragón, Zaragoza*, 2004, p. 275. Para la valoración biológica de la viabilidad se tienen en cuenta criterios de carácter morfológico y criterios de carácter genético.

ciembre, según la cual "viable" es un adjetivo cuyo significado es "capaz de vivir". De esta forma, «aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como "no viable" hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una "persona" en el fundamental sentido del art. 10.1 C.E. Son, así, por definición embriones o fetos humanos (...) frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos "un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto" (el art. 15 C.E) "fundamento constitucional" (STC 53/1985, fundamento jurídico 5.) (...)» (fundamento jurídico 5)<sup>55</sup>.

En definitiva, si la protección penal de un ser humano se justifica en tanto que éste puede llegar a convertirse en una persona, cuando esta posibilidad desaparece (un feto no viable nunca llegará a nacer a efectos del art. 29 Cc –nunca llegará a convertirse en persona–), desde ese mismo instante pierde toda justificación su protección penal, por lo que no tendrá sentido alguno hablar de la posible existencia de un delito de aborto cuando se causa la muerte de un ser humano no nacido no viable.

Esto enlaza con la segunda de las cuestiones que deben ser estudiadas, esto es, la interpretación de un tipo penal de acuerdo con el contenido del bien jurídico al que sirve. Esto es, el tipo penal deberá interpretarse conforme al bien jurídico que subyace en el mismo<sup>56</sup>, de tal forma que no quedarán comprendidos en él todos aquellos comportamientos que excedan del ámbito de protección de dicho bien jurídico. Como dice TORÍO LÓPEZ, «(l)a tipicidad no se agota en la concordancia lógico formal (subsunción) del hecho en el tipo»<sup>57</sup>. Así pues, existirán conductas en las que, habiéndose realizado todas y cada una de las características externas exigidas por la prescripción legal, sin embargo, no puedan considerarse como realizaciones del tipo, desde el momento en que ni lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico, careciendo, por ello, del contenido de injusto de pudiera hacerlas penalmente relevantes<sup>58</sup>. No estaríamos, en definitiva, ante una conducta penalmente típica.

<sup>55</sup> En el mismo sentido se vuelve a pronunciar el Tribunal Constitucional en la Sentencia 116/1999, de 17 de junio (fundamento jurídico 9).

<sup>56</sup> Hans Joachim RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, p. 329.

<sup>57</sup> Ángel TORÍO LÓPEZ, "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", *Estudios Penales y Criminológicos*, 1987, p. 384.

<sup>58</sup> Manuel COBO DEL ROSAL/Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 447. En el mismo sentido, Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO,

En este mismo sentido se ha pronunciado ROMEO CASABONA, cuando señala que «de *lege lata* es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar la excesiva amplitud actual del tipo (...). Y es aquí donde el bien jurídico deberá desempeñar esa función delimitadora y restrictiva»<sup>59</sup>. O dicho de otra forma, frente al entendimiento puramente formal y literal de las descripciones típicas, debe ser posible afirmar que «sólo han de considerarse verdaderamente típicas aquellas acciones que, además de coincidir con la descripción del tipo, constituyan acciones antinormativas que atentan contra el bien jurídico protegido, por ser lesivas o peligrosas para el mismo»<sup>60</sup>.

Si para la consideración del ser humano prenatal como objeto de tutela penal se exige, junto a su localización en el útero materno, su viabilidad, la pérdida de dicha viabilidad en cualquier momento del desarrollo embrionario supondrá la pérdida de su protección, y en el caso de que ésta haya sido causada por una acción de un tercero, será la pérdida de viabilidad la que pueda determinar el momento de la consumación del delito de aborto<sup>61</sup>, y ello independientemente de que el embrión siga estando vivo desde un punto de vista biológico y pueda mantenerse así durante un tiempo, incluso fuera del útero materno. Ese individuo ha fallecido ya desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal<sup>62</sup>.

---

"Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, p. 20.

<sup>59</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, "Los llamados delitos relativos a la manipulación genética: ¿Derecho penal simbólico?", en Carlos María Romeo Casabona (dir.), *Genética y Derecho, Estudios de Derecho Penal-36, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 341.*

<sup>60</sup> Blanca MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, Comares, Granada, 2001, pp. 392 y ss. y 429 y ss., con referencias jurisprudenciales que asumen este criterio.*

<sup>61</sup> Cfr. en una línea similar, Susana HUERTA TOCILDO, "De ciertas incongruencias y aparentes paradojas en los delitos de lesiones al feto", en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 1430, nota 7.*

<sup>62</sup> Cuestión distinta es que (con el fin de reducir, en la medida de lo posible, las consecuencias prácticas derivadas de la divergencia entre los conceptos social y jurídico-penal de aborto) sea conveniente esperar hasta el acaecimiento de su muerte biológica para que pueda procederse a condenar al autor por un delito de aborto, pero esta muerte biológica se entendería únicamente como una condición de procedibilidad, pues con ello únicamente se afectaría a la aplicación del Derecho penal, pero no a la existencia de un comportamiento que pueda ser objeto de sanción penal, tal y como mantiene José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 275 y ss. Este hecho, que diferencia las condiciones objetivas de punibilidad de presupuestos de procedibilidad o procesabilidad, es relevante no sólo desde un punto de vista meramente*

Además de lo anterior, hay que tener en cuenta que los arts. 144 y ss. CP se refieren al aborto de una mujer, por lo que se está refiriendo únicamente a actuaciones sobre seres humanos vivos y viables *in utero*. Por supuesto, la producción de la muerte de un ser humano viable *ex utero* dará lugar a un delito de homicidio, pues nos encontramos ante una persona.

Son varias, pues, las razones que nos llevan a declarar la atipicidad de la conducta de la persona que omite cualquier tipo de tratamiento en un feto *ex utero* considerado no viable.

Esta postura es plenamente consecuente con lo establecido en los ya conocidos arts. 13.2 de la Ley 35/1988 y 5.4 de la Ley 42/1988, según los cuales, sobre un embrión fuera del útero, si no es viable, podrán llevarse a cabo distintas actuaciones, aunque no favorezcan su desarrollo, pudiendo, incluso, ser donados a terceros con fines de experimentación.

Por supuesto, lo anterior no excluye otras posibles responsabilidades de naturaleza no penal que puedan producirse. Así, ciertas conductas realizadas sobre esos fetos *ex utero* vivos pero no viables puede dar lugar a sanciones administrativas si se incumple alguno de los requisitos exigidos por la Ley 42/1988, para poder utilizar dichos fetos. También puede plantearse la posibilidad de responsabilidad civil por los daños morales que puedan sufrir los progenitores durante el proceso de muerte del feto por cierto tipo de actuaciones del personal médico sobre éste o por una incorrecta información sobre su esta-

---

conceptual, sino también, como pone gráficamente de manifiesto Carlos MARTÍNEZ PÉREZ.: Las condiciones objetivas de punibilidad, *EDERSA, Madrid, 1989, pp. 103 y ss., desde la vertiente práctica, pues, como expone este autor, «(e)l cierto que la no materialización de la conducta de perseguibilidad impide que tenga lugar la imposición de la pena y, por ende, enerva la punibilidad; mas ello únicamente acontece de un sentido impropio y de modo indirecto (...): si se trata de una condición objetiva de punibilidad, se producirá un pronunciamiento del Tribunal sobre el fondo del asunto en el que procederá la absolución del sujeto por no existir un hecho delictivo; en cambio, en el supuesto de que no se cumpla un requisito de procedibilidad, el juez no abrirá el proceso o, en la hipótesis de que la apertura no se haya producido, lo paralizará sin pronunciarse sobre el fondo del asunto. En suma, una vez constatada la falta de la condición objetiva de punibilidad, queda definitivamente negada la existencia del delito o, en su caso, la agravación de la pena; por el contrario, la no verificación del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejujada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible —asi lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible». No obstante, no es presumible que esta situación no se produzca en la práctica, puesto que estos casos de embriones no viables su permanencia con vida es muy escasa y ya habrá fallecido cuando se pongan en funcionamiento los mecanismos judiciales.*

do de salud, de tal forma que se generen ciertas expectativas en los padres que puedan verse frustradas.

### **El fundamento jurídico de la no punibilidad de la omisión de tratamientos médicos vitales a recién nacidos viables gravemente discapacitados**

Mucho más complicado que el caso anterior es el supuesto de omisión de un tratamiento médico a un ser humano *ex utero* vivo y viable, de tal forma que éste queda abocado irremediablemente a la muerte. Al tratarse de un ser humano nacido, en definitiva, de una persona, dicha conducta (omisiva) quedaría integrada en el tipo penal de homicidio<sup>63</sup>.

Si nos quedamos aquí, habría que concluir que dicho comportamiento sería delictivo en todo caso y estaría, en consecuencia, prohibido. Sin embargo, y al margen de todas las consideraciones de carácter ético que surgen en torno a esta cuestión, la realidad nos demuestra cómo en nuestros hospitales no es extraño que en casos extremos se opte por esta solución. Es decir, los médicos que tratan a neonatos se plantean en muchas ocasiones si no es más correcto dejar morir a un recién nacido viable que presenta unas discapacidades de tal entidad que va a suponerle una vida totalmente desgraciada. Es más, se trata de discapacidades, en algunos casos, que van a impedir que dicho individuo tenga conciencia de sí mismo.

Nos encontramos, pues, ante valoraciones acerca de la “calidad de vida”, de tal forma que no es extraño que se omitan tratamientos médicos indispensables, esto es, se deje morir a recién nacidos para evitarle una vida llena de sufrimientos. Y esta decisión se toma de forma totalmente transparente, como la decisión médicamente más adecuada en el caso concreto.

Lo que se trata de dilucidar en este apartado es si los médicos que tratan al neonato están tomando una decisión (médica) contraria al Derecho y, en este caso, además, susceptible de sanción penal, o, si por el contrario, nos encontramos ante una conducta no punible, en cuyo caso, habrá que establecer el fundamento jurídico de la no punibilidad.

Ciertamente, se trata de una cuestión de difícil solución. En principio, parece que debe castigarse como autores de un homicidio en comisión por omisión, a los médi-

cos que dejan morir a un recién nacido cuando, pese a su viabilidad, las discapacidades que presenta le obligarían a llevar una vida con limitaciones extremas.

Lo cierto es que la ausencia de pronunciamientos de los tribunales (en cualquier sentido) sobre esta cuestión, parece indicar que la práctica de esta medida no está suponiendo un rechazo social ni, en lo que a nosotros respecta, un rechazo jurídico. Y ello aunque parezca evidente, a simple vista, la realización del tipo penal de homicidio en comisión por omisión.

Para que la omisión de un tratamiento médico causante de la muerte de una persona sea punible en comisión por omisión se requiere la existencia de una obligación jurídica de actuar. Esta obligación se determina por la posición de garante en la que se encuentra una persona en relación con la vida de otra. Como señala ROMEO CASABONA, «el deber jurídico de asistencia surge (*origen del deber de asistencia*), en principio, cuando la persona que atiende al sujeto necesitado del tratamiento guarde con éste una relación especial, que se conoce como “posición de garante”. Esta ha de entenderse como la situación de vulnerabilidad que se origina para el bien jurídico (en nuestro caso, la vida del paciente) como consecuencia de la particular relación que se establece entre el garante y este último (...)»<sup>64</sup>. El dominio de esa vulnerabilidad de la vida o la salud del paciente se produce con la asunción del tratamiento.

Así pues, para poder condenar a una persona por un delito de homicidio en comisión por omisión (por ostentar una posición de garante), se requiere, entre otros requisitos<sup>65</sup>, la ausencia de una acción tendente a evitar el resultado (el tratamiento médico indicado), seguida de la producción de dicho resultado (el fallecimiento), y la capacidad de acción, que comprende la capacidad de evitar el resultado (el tratamiento médico que se omite podría haber evitado el fallecimiento de la persona). Además, es igualmente necesario que el sujeto tuviera el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 440.

<sup>65</sup> Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*, pp. 269 y ss.

<sup>66</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, “Límites de los delitos de comisión por omisión”, en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, *Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994*, pp. 33 y 45..

<sup>63</sup> Cfr. JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, p. 232.

Lo cierto es que estas omisiones de tratamientos médicos en recién nacidos no presentan problemas muy diferentes a los supuestos en los que se trata de pacientes adultos. En primer lugar, tanto cuando se trata de recién nacidos considerados viables pero que están abocados a la muerte, como cuando se trata de adultos con enfermedades terminales (con previsión de fallecimiento inminente) sin capacidad de recuperación o que presentan lesiones de tanta gravedad que no existe capacidad de salvación, la omisión de cualquier tipo de tratamiento por parte del médico no sería punible. Según la doctrina, la iniciación, continuación o ampliación de un tratamiento es exigible únicamente cuando exista la posibilidad por parte del médico, atendiendo al estado de la ciencia médica y de los medios disponibles, de cumplir su función curativa. En caso contrario, no existe el deber de tratar<sup>67</sup>. Como señala NÚÑEZ PAZ, el médico no puede estar obligado a la prosecución *ad infinitum* de un tratamiento artificioso. La omisión de tal prosecución es, por el contrario, una conducta perfectamente adecuada a Derecho<sup>68</sup>.

Se trata, pues, de establecer que tipo de conductas le son exigibles al médico o, dicho de otra forma, hasta donde alcanza su deber de asistencia. De esta forma, la inexigibilidad de realizar un determinado acto médico elimina la posición de garante. A este respecto, es conveniente aclarar, como hace SILVA SÁNCHEZ, que «la inexigibilidad no es en la omisión una mera causa de exculpación. Al contrario, es elemento integrante del tipo (...). La exigibilidad opera también en la comisión por omisión, interviniendo en la configuración de las posiciones de garante (...)»<sup>69</sup>.

En tales casos, el médico únicamente tendría medios para alargar artificialmente el momento de la muerte, incurriendo quizás en lo que se ha denominado como encarnizamiento terapéutico (prolongación de la agonía del enfermo)<sup>70</sup>, que pueden llegar a ser considerados como

tratos inhumanos y degradantes<sup>71</sup>. Ello no es óbice, por supuesto, para seguir manteniendo la existencia de unos deberes médicos de actuación, pero que no serán deberes de tratamiento, sino deberes de cuidado, dirigidos a paliar los dolores y a hacer más llevadero en proceso irremediable hacia la muerte.

Sin embargo, cuando se trata de omitir tratamientos médicos que podrían salvar la vida del paciente, la vía más sencilla para eliminar la posición de garante es el rechazo de un tratamiento vital por parte del propio paciente. Ello no plantea excesivos problemas si éste está consciente y es plenamente capaz<sup>72</sup>. En tal caso, el rechazo del tratamiento médico, tras haber sido adecuadamente informado de las consecuencias del mismo, elimina la posición de garante del médico en relación con la vida o salud del paciente<sup>73</sup>, sin perjuicio que, como en el caso anterior, puedan exigirse unos cuidados paliativos.

La cuestión se complica cuando se trata de un paciente incapaz o inconsciente. En tales casos, el consentimiento de la intervención médica deberán prestarlo los familiares o personas vinculadas de hecho con el paciente<sup>74</sup>. En realidad, ese consentimiento no debe expresar la voluntad de quién lo presta, sino que debe ser una manifestación de la voluntad del propio paciente. El médico debe procurar que los familiares o personas vinculadas de hecho con éste tomen la decisión que el paciente hubiera deseado<sup>75</sup>. Este proceso de toma de decisiones se facilita en gran medida si el paciente había emitido “instrucciones previas” previendo dicha eventualidad, de tal forma que su voluntad ha sido manifestada indubitablemente con anterioridad al acontecimiento en cuestión<sup>76</sup>. Por supuesto, ante la duda, siempre cabe acudir a la autoridad judicial,

<sup>67</sup> ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 442; NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, pp. 79 y ss.

<sup>68</sup> NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, pp. 81 y 88.

<sup>69</sup> SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, p. 4.

<sup>70</sup> Según ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 442, este encarnizamiento terapéutico, si bien normalmente no daría lugar a un delito de coacciones, sí podría incurrir en una falta de maltrato de obra.

<sup>71</sup> ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 445.

<sup>72</sup> Cfr. Carlos María ROMEO CASABONA, “Los derechos de los pacientes (I): información clínica y autonomía del paciente”, en Juan M.ª Pemán Gavin (dir.), Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón, Volumen I, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, pp. 190 y ss.

<sup>73</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, La Ley, n.º 1632 (1987), p. 4.

<sup>74</sup> Cfr. art. 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP).

<sup>75</sup> Cfr. María del Carmen GÓMEZ RIVERO, La responsabilidad penal del médico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 557 y s.

<sup>76</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal del médico por omisión”, p. 5. Sobre la posibilidad de emitir instrucciones previas, vid. art. 11 LAP.

que normalmente, en estos casos, deja en manos del médico la adopción de éste considere más adecuada desde el punto de vista médico. El médico puede solicitar igualmente el asesoramiento del Comité Asistencial de Ética del hospital, cuando exista.

A veces el médico no puede conocer la voluntad del paciente adulto, bien porque no es posible localizar a ningún familiar que actúe como interlocutor válido, bien porque los familiares no pueden aportar esta información por desconocimiento. Esto mismo acontece en el caso de los recién nacidos, con la salvedad de que en este caso nadie puede conocer cual sería la voluntad del mismo. En tales casos, la postura que adopten los familiares o, en nuestro caso, los padres (o representantes legales, a falta de padres) del niño es fundamental. Si ésta difiere de la postura del médico, siempre puede acudir, como en el caso anterior, al juez para que dirima la controversia.

En cualquier caso, la decisión no puede depender exclusivamente de la voluntad manifestada por los familiares. Por ello, cuando no exista un rechazo del tratamiento indubitado por parte del paciente, el médico no puede perder la posición de garante, debiendo ir dirigida su actuación a la protección de la salud y la vida de éste.

En definitiva, cuando el paciente no se encuentre en fase terminal y existan medios adecuados de tratamiento que permitan la mejora de la salud del paciente existe la obligación de tratarle y de hacer lo posible para salvar su vida. Así pues, si existen perspectivas de mejora, persistirá la obligación de tratamiento<sup>77</sup>. En caso de conflicto con la voluntad de los sujetos que sustituyan la voluntad del paciente, deberá ser el juez quien decida.

Ahora bien, en estos casos conviene plantearse hasta dónde llega el deber de actuar del médico o mejor, el deber de asistencia médica. Es decir, la atribución de responsabilidad en los casos de comisión por omisión se fundamenta en la no realización de un comportamiento exigible a quien lo omite. La cuestión que surge ahora es si los médicos tienen obligación de llevar a cabo todas las intervenciones médicamente posibles para salvar la vida de un paciente, independientemente de cuáles sean los resultados y cuál sea la situación en la que quede el paciente tras dicha intervención. O si por el contrario, el deber de asistencia médica tiene un límite, de tal forma que en casos extremos, el comportamiento médicamente indicado sea precisamente no actuar, aunque ello derive

<sup>77</sup> ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 441.

necesariamente en una muerte que, de otra manera, podría haberse evitado, aunque reduciendo en una gran medida la calidad de vida del paciente. Esta necesaria reflexión se presenta en el caso de tratamiento a neonatos pero, como puede observarse, es igualmente aplicable a pacientes adultos.

La solución no es, en absoluto, sencilla y, sin embargo, las consecuencias prácticas son enormes. En concreto, la existencia o no de posición de garante (dependiendo de si había o no una obligación de intervenir) y con ello, la existencia o no de responsabilidad penal (por un delito de homicidio). Reiterando lo dicho anteriormente, la inexistencia de una posición de garante del médico no eliminaría, en cualquier caso, su deber de asistencia médica, que ya no sería salvar la vida a toda costa, sino paliar los efectos negativos de la falta de tratamiento<sup>78</sup>.

Así pues, y centrándonos ya en el caso que ahora nos ocupa, es necesario determinar si los médicos tienen el deber de tratar en todo caso a un recién nacido, aun sabiendo que el resultado de esa actuación, que mantendrá con vida al paciente, limitará en gran medida su calidad de vida. Aquí se plantea el problema de lo indeterminado del concepto "calidad de vida", con connotaciones claramente subjetivas, puesto que implica un juicio de valor<sup>79</sup>.

El Grupo de Trabajo de la Sociedad Española de Neonatología sobre Limitación del Esfuerzo Terapéutico y Cuidados Paliativos en recién nacidos elaboró hace pocos años un informe titulado "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico"<sup>80</sup>. En la introducción del mismo se dice lo siguiente: «Los avances ocurridos en los últimos años en medicina neonatal han determinado un aumento importante en la supervivencia de niños que hasta hace poco tiempo morían de forma irremediable. De forma paralela se ha ido suscitando un debate creciente sobre lo apropiado del uso de la alta tecnología en la asistencia de los recién nacidos críticos, pues en muchos casos, no todo lo que es posible desde el punto de vista técnico, es adecuado a los intereses del paciente. Con frecuencia se plantean, en determinadas situaciones, serias dudas sobre el posible beneficio de iniciar o continuar tratamiento intensivo o

<sup>78</sup> COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

<sup>79</sup> COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506. Vid. JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, pp. 183 y ss.

<sup>80</sup> "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", pp. 547 y ss.

medidas de soporte vital. El empleo de la tecnología permite, a veces, prolongar la vida del paciente durante un periodo de tiempo variable. En ocasiones, lo que realmente se prolonga es el proceso de morir o se consigue que el paciente sobreviva con una grave afectación neurológica u otro tipo de secuelas que comprometen seriamente su calidad de vida, con un coste muy elevado en términos de sufrimiento para el paciente, emocional para su familia y para el personal que le atiende, y de recursos para la sociedad. Cuando la incertidumbre es alta, esas decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico (LET) son polémicas y difíciles de tomar, generando gran estrés intelectual y emocional en las personas que tienen la responsabilidad de decidir»<sup>81</sup>.

Para ROMEO CASABONA, «la acción médica en un recién nacido o un niño habrá de basarse desde un punto de vista jurídico en las posibilidades de lograr los objetivos sanitarios propios de la función médica, esto es, de mejorar la salud del niño o mantener su vida, pero no en la calidad de vida que previsiblemente desarrollará en el futuro, con las mismas ponderaciones que se harían en relación con un adulto inconsciente o sin capacidad para consentir»<sup>82</sup>.

Aquí vuelve a plantearse el mismo problema al que hacíamos referencia más arriba. Es decir, nuevamente hay que fijar los límites del deber de asistencia<sup>83</sup>. En mi opinión, tratándose de recién nacidos, no están justificadas todas las medidas dirigidas a salvaguardar la vida del mismo. Los médicos no tienen la obligación (no les es exigible) de salvar la vida del niño a toda costa, aun limitándose de forma extrema las capacidades de desarrollo y autodeterminación del mismo<sup>84</sup>. Es más, la práctica médi-

ca demuestra que el pronóstico de la calidad de vida futura del niño tiene relevancia en la decisión de limitar el esfuerzo terapéutico<sup>85</sup>. A este respecto, afirma MOLINA que no parece posible poder prescindir del pronóstico sobre la calidad de vida futura a la hora de plantearse un uso responsable de la nueva neonatología<sup>86</sup>.

Por supuesto, la decisión de omitir un tratamiento concreto debe basarse en criterios razonables y razonados de carácter médico<sup>87</sup> y debe contarse con el consentimiento de los padres del recién nacido<sup>88</sup>, que son los que deben valorar si la situación de discapacidad planteada por el equipo médico (de carácter objetivo)<sup>89</sup> entra en sus parámetros de ausencia de calidad de vida.

<sup>85</sup> En el informe "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", p. 550, se recogen los criterios utilizados por los responsables de la decisión de LET: «el mal pronóstico vital del paciente en 136 pacientes (79,5%); la mala calidad de vida actual en 64 (37,4%); la mala calidad de vida futura en 82 (48%) y los factores externos al paciente (entorno sociofamiliar desfavorable, consecuencias para la familia, coste de la asistencia, etc.) en 9 (5,3%). Al considerar el peso que tuvo en la decisión cada uno de esos criterios de modo individual, se encontró que la baja probabilidad de supervivencia del paciente fue el único criterio utilizado en el 50,3% de los casos, las consideraciones sobre la calidad de vida actual y futura en el 17,6% y no hubo ningún caso en el que de forma exclusiva se mencionaran los factores externos al paciente».

<sup>86</sup> MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 54. De la misma opinión, COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 505: «Ciertamente la vida es uno de los bienes más importantes, pero no es el único ni tiene carácter absoluto, y puede entrar en conflicto con otros valores no menos importantes, como la libertad de conciencia, o la calidad que cada uno puede asumir en su propia vida».

<sup>87</sup> COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

<sup>88</sup> Cfr. en este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal del médico por omisión", p. 5; Mercedes GÓMEZ PELLICO, "Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética", en Jorge José Ferrer/Julio Luis Martínez (eds.), Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo Fernández, S.J., Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2002, pp. 106 y s.; MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 55; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506.

<sup>89</sup> De la misma opinión, MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 55: «En aquellas situaciones en las que se establezca un pronóstico razonablemente malo (pero con certeza), en la que los médicos aconsejen una interrupción del tratamiento y los padres, una vez bien entendida la situación, decidan proseguir, creemos que debe respetarse la decisión de los padres. La incerteza del pronóstico y el alto grado de compromiso de los padres que, conociendo bien el alto riesgo de secuelas, prefieren que su hijo sobreviva justifica esta actitud»; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 506: «Los criterios de calidad pueden estar más o menos claros, pero qué nivel de incapacidad motora o cognitiva se aceptará para ese niño es un juicio subjetivo de calidad de vida que sólo los afectados pueden realizar, y como en este caso hablamos de niños que no tienen sistema de valores propio, sus padres son, como representantes del niño, los primeros a tener en cuenta a la hora de tomar la decisión».

<sup>81</sup> "Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico", p. 548. Este trabajo posee una gran relevancia, pues se trata de «un estudio que por el número de hospitales participantes correspondientes a diversas regiones españolas y el elevado número de pacientes estudiados [330], es probable que, en buena medida, refleje la práctica clínica habitual en España» (pp. 550 y s.)

<sup>82</sup> ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, p. 466.

<sup>83</sup> Como dice a este respecto NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 90, «el problema de la omisión del tratamiento es el de establecer las condiciones y límites de la aplicación, continuación e interrupción del tratamiento».

<sup>84</sup> Así también, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal del médico por omisión", p. 5, según el cual, ante la perspectiva de una vida futura deficiente y dolorosa podría afirmarse la inexigibilidad de una conducta médica dirigida a la salvación o prosecución del tratamiento; COUCEIRO VIDAL, "¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?", p. 505, para quién, aunque exista la posibilidad técnica de mantener la vida, ello no debe hacerse siempre y en toda situación.

Con esta doble exigencia se evitarían los posibles excesos a los que puede dar lugar esta tesis. Por un lado, al exigirse que se trate de una discapacidad especialmente relevante, cuya determinación debe fundarse en criterios de carácter médico y científico, se evita que los padres puedan decidir en todo caso sobre la vida del recién nacido y se asegura que la decisión se adopte atendiendo a lo que se considera mejor para el niño (aunque también se tengan en cuenta para tomar la decisión otros intereses). Por otro lado, al exigirse la autorización de los padres para omitir el tratamiento, se elimina cualquier resquicio de selección estatal de niños recién nacidos, que atiendan a distintos intereses (por ejemplo, de carácter económico, dado el enorme gasto que supone la atención sanitaria de dichas personas a lo largo de toda su vida).

Evidentemente, el principal problema es determinar el grado de discapacidad previsto para poder justificar la ausencia del tratamiento. Algún autor ha puesto el acento en la capacidad relacional futura del niño. De esta forma, no habrá que actuar para mantener con vida a un recién nacido cuando existe un daño probadamente irreversible de tal magnitud que no existe perspectiva alguna de que el niño llegue a alcanzar la capacidad de la percepción y la comunicación<sup>90</sup>. Otros se fijan exclusivamente en las perspectivas de mejora, atendiendo al mismo tiempo a lo desproporcionado del esfuerzo en razón del sufrimiento acompañante<sup>91</sup>.

En neonatología, el criterio relevante que interpreta la calidad de vida se conoce como “mejor interés del paciente”<sup>92</sup>. Este criterio consiste en establecer si, para un recién nacido concreto, la muerte es mejor opción que la vida que se le puede ofrecer<sup>93</sup>, y exige en cada caso un análisis de beneficio-riesgo de las posibles opciones en relación con el pronóstico del paciente<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Arthur KAUFMANN, “¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”, en Santiago Mir Puig (ed.), *Avances de la medicina y derecho penal*, PPU, Barcelona, 1988, p. 46.

<sup>91</sup> Vid. ROMEO CASABONA, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, p. 470.

<sup>92</sup> “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, pp. 551 y s. Vid. también, GÓMEZ PELLICO, “Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética”, pp. 105 y s.; JONSEN/SIEGLER/WINSLADE, *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, p. 201.

<sup>93</sup> MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, p. 54.

<sup>94</sup> “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, p. 552. En cualquier caso se trata de una decisión muy complicada. Como índice este mismo estudio, «es

En mi opinión, el tratamiento médico podrá omitirse, con el consentimiento de los padres, aunque ello suponga producir la muerte de un recién nacido que, de otra manera, hubiera seguido viviendo, siempre que la situación en la que quedaría la persona tras el tratamiento, le dejaría en un estado en el que se elimina o se limitan de forma extrema la capacidad relacional de dicho individuo con el entorno por causas tanto físicas (intervención en la columna vertebral que le salvará la vida a costa de padecer una tetraplejia; reanimación de un niño con una grave lesión de la médula espinal que impide cualquier movimiento corporal; amputación de extremidades debido a una isquemia que, de otra forma, supondría la muerte) como psíquicas (tratamiento de un infarto cerebral que probablemente de limiten gravemente sus posibilidades de comunicación y entendimiento)<sup>95</sup>. Así, por ejemplo, el Grupo de Reanimación Cardiopulmonar de la Sociedad Española de Neonatología, estima que existe un amplio consenso de no iniciar la reanimación en enfermedades tales como las trisomías 13 y 18 confirmadas<sup>96</sup>.

---

necesario recordar que al igual que en medicina del adulto existe un importante cuerpo de doctrina sobre decisiones de no tratamiento, no ocurre lo mismo en medicina neonatal; pues, si bien es cierto que disponemos de diversos documentos de consenso recientes sobre recomendaciones de actuación, tanto a nivel nacional como internacional, la tarea pendiente al respecto es todavía importante».

<sup>95</sup> Cfr. MOLINA, “Consideraciones éticas en el periodo neonatal”, p. 54; COUCEIRO VIDAL, “¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?”, p. 506 («Criterios como un grave retraso físico e intelectual, la ausencia de una mínima capacidad para establecer relaciones con el entorno, la inmovilidad o la ausencia de un desarrollo cognitivo o motor, pueden constituir el estándar de una mala calidad de vida»).

<sup>96</sup> “Recomendaciones en reanimación neonatal”, p. 74. La trisomía 18 y la trisomía 13 son trastornos genéticos que presentan una combinación de defectos congénitos que incluyen retraso mental grave, así como problemas de salud que comprometen a casi todos los sistemas orgánicos del cuerpo. Entre el 20 y el 30 por ciento de los bebés que nacen con trisomía 18 o trisomía 13 mueren durante el primer mes de vida, y el 90 por ciento muere al año. Es importante destacar que entre el 5 y el 10 por ciento de los bebés con trisomía sobreviven al primer año de vida. Por lo tanto, estos trastornos no son fatales en todos los casos y, ante la ausencia de problemas inmediatos que pongan en peligro la vida, es difícil hacer predicciones precisas respecto de la expectativa de vida. Existen algunos informes sobre bebés con trisomía 18 o 13 que sobrevivieron hasta la adolescencia. Sin embargo, estos casos son poco frecuentes.

Los bebés con trisomía 18 son delgados y frágiles. No pueden desarrollarse y padecen problemas de alimentación. La trisomía 18 provoca microcefalia, con la parte posterior de la cabeza (occipucio) prominente. Las orejas suelen encontrarse más abajo de lo normal en la cabeza. La boca y la mandíbula suelen ser pequeñas y el esternón (hueso del tórax) es más corto. Cuando nacen, estos bebés son pequeños para su edad, aun cuando hayan nacido en término, y poseen un llanto débil. Presentan una disminución en la respuesta al sonido y suelen existir antecedentes de actividad fetal poco frecuente durante la gestación. Alrededor del 90 por ciento de los bebés con trisomía 18 poseen defectos cardíacos. Aprietan los puños de una manera característica y les resulta dificultoso extender los dedos por completo. Suelen presentar contractu-

En definitiva, si la omisión del tratamiento se realiza de la forma indicada (criterios médicos objetivos, acompañados de consentimiento de los padres), la omisión del tratamiento necesario para salvar la vida del neonato es médicamente adecuada (no existe deber jurídico de realizarlo y desaparece, en consecuencia, la posición de garante del médico a tales efectos), y no debería ser objeto de sanción penal, pese a la producción de un resultado lesivo, la muerte del paciente.

Por supuesto, en caso de duda o conflicto, siempre será posible pedir la intervención del Comité Asistencial de Ética y, en última instancia, acudir a la autoridad judi-

---

*ras en las articulaciones - donde los brazos y las piernas se encuentran flexionados en lugar de extendidos. Los pies pueden llamarse "de base redondeada" debido a su forma. Los bebés con trisomía 18 también pueden presentar espina bífida (en el 6 por ciento de los casos), problemas oculares (en el 10 por ciento de los casos), labio leporino y paladar hendido (en la mayoría de los casos) y pérdida de la audición (en la mayoría de los casos). También son frecuentes los problemas para alimentarse, el crecimiento lento, las convulsiones (alrededor del 30 por ciento de los casos en el primer año), presión sanguínea alta, problemas renales y escoliosis (curvatura de la columna vertebral). En los varones, los testículos no descienden al escroto. La mayoría de los bebés con trisomía 18 presenta problemas que afectan a todas las partes del cuerpo en algún grado. La mayoría de los niños con trisomía 18 presentará alguno de los problemas de salud, pero no todos, mencionados anteriormente. Los problemas cardíacos, las dificultades en la alimentación y la mayor susceptibilidad a contraer infecciones son factores que, con frecuencia, contribuyen a la muerte de estos niños.*

*Los bebés con trisomía 13 suelen tener un bajo peso al nacer, aun cuando hayan nacido en término. Presentan microcefalia, con una frente prominente. En general, existen problemas estructurales importantes en el cerebro que se diagnostican al poco tiempo del nacimiento. Con frecuencia, la parte frontal del cerebro no se divide correctamente, lo que resulta en un trastorno denominado holoprosencefalia. Esto puede producir cambios en el desarrollo del rostro del bebé, donde los ojos se encuentran muy juntos, o la nariz o las fosas nasales no se desarrollan completamente. El labio leporino y el paladar hendido se presentan en un 60 a un 80 por ciento de los bebés con trisomía 13. Son frecuentes los problemas oculares y las orejas se encuentran ubicadas más abajo de lo normal y poseen una forma poco común. A veces, los bebés con trisomía 13 pueden presentar anomalías en el cuero cabelludo (aplasia cutis) que se asemejan a las úlceras. También pueden presentar marcas de nacimiento que son de un color rojo púrpuro, formadas por vasos sanguíneos diminutos ubicados cerca de la piel (hemangiomas). Muchos bebés con trisomía 13 presentan dedos adicionales en las manos y en los pies (polidactilia). Los pies pueden presentar talones prominentes. En el 80 por ciento de los casos, existen otros problemas de salud presentes al nacer. Estos incluyen defectos cardíacos, problemas renales y/o un onfalocele (un trastorno en el cual algunos de los órganos abdominales sobresalen a través de un orificio en los músculos abdominales en la zona del cordón umbilical). En los varones, los testículos no descienden al escroto. Las mujeres pueden presentar un útero deforme, llamado útero bicorne.*

*Con esta sintomatología y la alta probabilidad de muerte prematura podría, incluso, plantearse ya la condición de viables de estos sujetos. Como se dijo, ante la duda, ya que en algunos casos estos niños puede vivir varios años, deberíamos inclinarlos por entender que se trata de seres humanos viables pero con una reducida calidad de vida. En cualquier caso, lo mejor será atenderse a cada caso en concreto.*

cial<sup>97</sup>, la cual también podrá revisar con posterioridad la decisión médica si se incoa un proceso tras tener conocimiento de la muerte del recién nacido, proceso en el cual habrá que justificar la decisión médica. Esta vía elimina o reduce el riesgo de exceso en la omisión de tratamientos de forma indiscriminada.

Distinto del supuesto analizado es el caso de que lo que se omita no sea un tratamiento dirigido a salvar la vida del recién nacido, sino ya cualquier tipo de asistencia no estrictamente médica que derive en el fallecimiento del mismo. En estos casos, la decisión no es ya una falta de actuación médica necesaria, sino la omisión de meros cuidados asistenciales a recién nacidos viables sin que requieran cuidados extraordinarios (por ejemplo, omitir la lactancia o dejarlo morir de frío por no tapanlo adecuadamente). La cuestión de fondo es la misma, pero creo que la solución del problema no puede ser coincidente.

En efecto, en ambos casos nos encontramos ante un recién nacido con graves malformaciones o discapacida-

---

<sup>97</sup> NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 95. Si la intervención es de carácter urgente, ésta podrá ampararse en un estado de necesidad. Para GÓMEZ PELLICO, "Decisiones difíciles en neonatología. Una aproximación ética", p. 108, «a la actuación de los jueces, aunque a veces es necesaria, debiera recurrirse sólo en casos muy excepcionales (...). En general, es mejor confiar en la responsabilidad profesional del equipo que trata al neonato y en los padres, para decidir sobre el mejor interés del recién nacido, y dejar en segundo y tercer lugar los intereses de la familia y la sociedad».

Para MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 56, «cuando el pronóstico de vida o de futuro son, con seguridad, muy malos, los médicos deben insistir en que se interrumpa el tratamiento. El que unos padres se opongan probablemente sólo indica que necesitan más información o más tiempo para decidirse y no suelen generarse problemas importantes. Sin embargo, frente a situaciones muy claras de tratamiento inútil (o fútil) que comporte sufrimiento físico importante para el recién nacido, y oposición persistente de los padres a interrumpirlo, debería plantearse una acción legal que autorizara a hacerlo. Se trata, no obstante, de un conflicto poco frecuente en la clínica».

También puede ocurrir, sin embargo, que los neonatólogos sean partidarios de tratar (iniciar o continuar un tratamiento) y los padres se opongan a ello. «Es cierto que a la hora de no autorizar el tratamiento algunos padres pueden estar valorando intereses que no son propiamente del niño (rechazo a una carga familiar o emocional en caso de tener un hijo deficiente, preocupación por la pareja, por la imagen social), pero lo mismo puede ocurrir a nivel del equipo médico (querer tratar por justificar la inversión en alta tecnología, por mejorar la estadística de mortalidad, por la imagen frente a otros colegas del hospital, por creencias religiosas, por no querer asumir el riesgo de equivocarse) (...). Puesto que en estas situaciones nadie tiene la verdad absoluta, los clínicos deben pensárselo muy bien antes de plantear definitivamente un conflicto de decisiones con los padres. Antes deben cuestionarse si los padres han entendido realmente la situación, si necesitan consultar con alguien más, si necesitan más tiempo, si basan su decisión en el afecto hacia su hijo, pensando que es lo mejor para él, y si su decisión es tan poco razonable como para plantearse remitir al recién nacido a otro centro donde apoyen su opinión o como para pedir una orden legal para proteger al recién nacido» (MOLINA, "Consideraciones éticas en el periodo neonatal", p. 56).

des, y en ambos casos se presupone que la calidad de vida del mismo será muy escasa. Sin embargo, existe una diferencia muy relevante en ambos casos. Mientras en el primero, el mantenimiento con vida del niño requiere una intervención médica (el recién nacido presenta una isquemia que requiere la amputación de los brazos y las piernas), en el segundo no (el recién nacido presenta ausencia de brazos y piernas pero ello no limita ninguna función orgánica y es plenamente viable en tales condiciones), bastando con los cuidados esenciales. No se trataría ya de una limitación del esfuerzo terapéutico, puesto que no existiría asistencia terapéutica.

La posición de garante del médico puede desaparecer cuando la acción que se omite es una actuación médica<sup>98</sup>. Pero esa posición de garante no puede eliminarse cuando el comportamiento que se omite es una obligación de asistencia ordinaria, deber de asistencia y cuidado que, por otro lado, iría más allá del ámbito sanitario (deber de asistencia al desvalido). Indudablemente, el comportamiento que le exige al médico en el primer caso es de mucha mayor intensidad que el segundo, y no son exigencias comparables.

Por supuesto, también serán punibles los comportamientos activos dirigidos a producir la muerte del recién nacido con graves discapacidades<sup>99</sup>, tanto si quien realiza la acción es un médico, como si son los padres del niño, sin perjuicio de que en este último caso pudiera plantearse una reducción de la pena atendiendo a una eventual reduc-

ción de la capacidad de culpabilidad de los mismos. Estos supuestos de eutanasia neonatal están claramente prohibidos en nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo ser la “calidad de vida” un argumento suficiente para declarar la atipicidad o justificar dicha conducta.

## **VII. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL CASO DE OMISIÓN DE TRATAMIENTOS MÉDICOS A SERES HUMANOS EX UTERO**

A pesar de lo dicho anteriormente, el hecho de la omisión de un tratamiento médico a un ser humano *ex utero* (viable o no viable) pueda ser una conducta no punible, no excluye toda responsabilidad penal, pues puede ocurrir que el médico (quien decide no comenzar o continuar un tratamiento, o un tercero que ha intervenido en la gestación y nacimiento del niño) haya incurrido en alguna otra conducta delictiva. Sin ánimo de exhaustividad, y sin entrar a valorar problemas específicos que puedan plantearse en cada situación, podemos hacer referencia a los siguiente casos.

### **1. Intento de producir la muerte antes del nacimiento, sin éxito**

Las graves deformidades o discapacidades que sufre el individuo vivo pueden haberse producido por una actuación previa al nacimiento dirigida a producir su muerte, esto es, a interrumpir el embarazo de la mujer, o bien a lograr la inviabilidad del mismo, con el fin de que no sea tratado tras el nacimiento y fallezca.

En tal caso, podría castigarse la actuación que produjo como resultado las graves lesiones que sufre el niño y que han justificado la omisión de cualquier tipo de tratamiento médico. Así, y sin ánimo de exhaustividad, pueden ser aplicables las siguientes figuras delictivas, dependiendo de distintas variables:

a) Puede suceder que la intención del autor fuera producir un aborto, pero esto no llega a suceder, produciéndose, sin embargo, unas lesiones al feto debidas a la intervención realizada, lesiones de tal gravedad que éste fallece fuera del útero.

Para un sector de la doctrina estaríamos ante un delito de aborto doloso en grado de tentativa, ya que quien efectivamente fallece es una persona y no un feto, en concurso con unas lesiones al feto imprudentes. Es más, si se mantiene que quien ha fallecido es una persona, podría

<sup>98</sup> Por actuación médica se entiende, a estos efectos, tanto no iniciar un tratamiento médico (con las posibles opciones siguientes: a) no reanimación; b) no inicio de cuidados intensivos; c) no intervención quirúrgica; y d) no inicio de nuevos tratamientos, con mantenimiento del tratamiento actual), como la retirada del soporte vital. Cfr. “Decisiones de limitación del esfuerzo terapéutico en recién nacidos críticos: estudio multicéntrico”, p. 549. Según este mismo estudio, «en la práctica, parece que existe mayor dificultad en retirar un tratamiento ya instaurado que en no iniciarlo, dificultad que probablemente tiene una causa más psicológica que racional». A efectos jurídicos, la doctrina mayoritaria entiende que la actuación consistente en la retirada del soporte vital, debe tratarse como una omisión de tratamiento y no como un comportamiento activo. Vid. a este respecto, Claus ROXIN, “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en C. Roxin/F. Mantovani/J. Barquín/M. Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2002, pp. 14 y ss. («Y es que de acuerdo con su significado social el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional. La frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico (...)»).

<sup>99</sup> ROMEO CASABONA, El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, pp. 468 y s.; NÚÑEZ PAZ, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, p. 90.

hablarse, mejor que de unas lesiones al feto imprudentes, un homicidio imprudente.

No obstante, parece más correcta la solución que ofrecen aquellos autores que defienden un concepto amplio de aborto, según el cual, bastaría que la muerte (acaecida tras el nacimiento) sea consecuencia de una acción prenatal<sup>100</sup>. En tal caso, en el supuesto planteados nos encontraríamos ante un delito de aborto consumado. Es más, incluso esta teoría es susceptible de revisión, pues, según lo expuesto anteriormente, para la consumación del delito de aborto no habría que esperar a la muerte natural del feto, sino al momento en el que éste deja de ser biológicamente viable. De esta forma, la cuestión no es mantener un concepto amplio de aborto sino un concepto de aborto propio a efectos penales (el aborto consistiría en la pérdida de viabilidad biológica del ser humano vivo no nacido). De nuevo se produce una discordancia entre los conceptos social y jurídico de un término concreto (como sucede con el de “nacimiento”).

b) Si la intención del autor era producir unas lesiones al feto, de tal forma que “nazca” un niño vivo con tales deficiencias que lo hagan inviable, y fallezca una vez nacido, en tal caso estaríamos realmente ante un aborto doloso consumado, siendo las lesiones al feto un medio para conseguir el fin pretendido. Y ello aunque la persona pensara que se trataba de un homicidio al querer la muerte de un ser humano nacido (delito putativo)<sup>101</sup>

c) Finalmente, también puede ocurrir que la no viabilidad del recién nacido tenga su origen en unas lesiones al feto ocasionadas por imprudencia. Ahora bien, puesto que el resultado efectivamente producido es la muerte de un ser humano (o mejor, la pérdida de su viabilidad, que es lo que justifica su protección penal), habrá que decantarse por un aborto imprudente.

---

<sup>100</sup> Defienden un concepto amplio de aborto, Elena FARRÉ TREPAT, “Sobre el concepto de aborto y su delimitación de los delitos contra la vida humana independiente”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, p. 354; Fátima FLORES MENDOZA, “El delito de lesiones al feto en el Código penal español de 1995”, Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 2 (1995), pp. 195 y s.; Enrique PEÑARANDA RAMOS, “La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo”, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 11 (2003), pp. 186 y ss.; LÜTTGER, Medicina y Derecho penal, p. 75. Vid. más ampliamente sobre esta cuestión, RAMÓN RIBAS, El delito de lesiones al feto. Incidencia en el sistema de tutela penal de la vida y la salud, pp. 307 y ss.

<sup>101</sup> Con la expresión “delito putativo” se hace referencia, siguiendo a CEREZO MIR, Curso de Derecho penal español. Parte General. III. Teoría jurídica del Delito/2, Tecnos, Madrid, 2001, p. 205, «a todos aquellos supuestos en los que una persona realiza una conducta en la creencia de que constituye delito siendo que no es así».

## 2. Incorrecta actuación médica durante el parto o con posterioridad al mismo

Un supuesto más realista es que el comportamiento médico que produce la muerte del sujeto se haya producido durante las maniobras del parto, de tal forma que se producen unas lesiones de tal importancia de llevan aparejada la decisión médica de omitir cualquier tratamiento, con la consiguiente muerte.

En este caso, deben diferenciarse dos supuestos diferentes. El primero de ellos se refiere al caso de que las lesiones producidas sean de tanta gravedad que la asistencia médica únicamente puede retrasar el momento de la muerte, lo cual justifica la limitación del esfuerzo terapéutico y el recién nacido fallece. Al producirse el comportamiento lesivo en un ser humano vivo durante la maniobra de extracción del mismo del útero materno, o incluso antes, pero ya comenzadas las contracciones, estaríamos ante un delito de homicidio, normalmente imprudente, pues el sujeto sobre el que se actúa, aunque aún se encuentre dentro del útero, y siempre que fuera viable, a efectos jurídicos ya ha nacido, por lo que la muerte se le causa a una persona.

Otro supuesto diferente sería aquél en el cual los daños sufridos en el sujeto durante las maniobras del parto le produzcan lesiones graves pero no incompatibles con la vida. El resultado lesivo serían pues unas lesiones del art. 149 CP en relación con el art. 152.2º CP, al tratarse de una conducta imprudente. La eventual limitación del esfuerzo terapéutico autorizada por los padres con la consiguiente muerte no puede modificar el título de imputación en relación con el autor del delito y sancionarle por un homicidio imprudente. La pena, en cualquier caso, es muy similar.

## VIII- CONCLUSIONES

Las cuestiones que se plantean en torno al origen de la vida humana son quizás las más complejas a las que se enfrenta el Derecho. Uno de los problemas que se plantean en este ámbito es el referido al tratamiento jurídico de las conductas realizadas en torno al ser humano vivo *ex utero* tras el parto y la relevancia penal de la decisión de no asistir médicamente a dicho sujeto con la voluntad de que sobrevenga la muerte. Esto puede acontecer, fundamentalmente, cuando se trata de recién nacidos con graves discapacidades a los que se les augura una escasa calidad de vida futura.

Un correcto análisis jurídico de esta cuestión requiere distinguir entre diferentes supuestos, a los que nos hemos referido en el presente trabajo. En primer lugar, hay que descartar que se trata de un ser humano muerto, pese a que puedan aún existir ciertas funciones vitales. El mantenimiento de dichas funciones puede ser, incluso, imprescindible para proceder a una extracción y trasplante de órganos. Hay que comprobar, pues, si tales funciones vitales son compatibles con la existencia actual de vida en términos médicos. Esto se planteará fundamentalmente en el caso de graves malformaciones o daños cerebrales los que pueda confirmarse la inexistencia de funciones encefálicas (muerte encefálica). Este supuesto es el que menos problemas plantea desde un punto de vista jurídico. En tal caso, habrá que omitir cualquier intento de reanimación o cualquier otro tipo de tratamiento médico.

Mayores problemas surgen cuando se trata de analizar la posible responsabilidad médica en los casos de omisión de tratamientos médicos en seres humanos vivos, de tal manera que se provoca su muerte. Aquí hemos diferenciado dos supuestos distintos atendiendo a la viabilidad del ser humano, esto es, a su capacidad de vida extrauterina.

Cuando nos encontremos ante un ser humano vivo *ex utero* pero no viable no debe comenzarse un tratamiento dirigido a salvar su vida. Así se desprende claramente de las leyes 35/1988 y 42/1988. Es más, de acuerdo con esta última Ley, tales fetos *ex utero* podrán ser donados con fines de investigación. En realidad no se trataría de personas en el sentido propio del término, esto es, como sujetos dotados de personalidad (*ex art. 29 Cc*), lo cual supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. El nacimiento (jurídico), en definitiva, la adquisición del estatuto de persona, requiere la viabilidad del “recién nacido”. Se trataría, pues, de fetos fuera del útero materno, tal y como señalan las leyes referidas. De esta manera, en ningún caso serían sujetos de la protección debida a las personas, esencialmente a través de los delitos de homicidio y lesiones. De hecho, no quedan amparados penalmente en modo alguno. En términos generales, porque la protección penal del no nacido únicamente puede plantearse frente a individuos viables (así se desprende de las SSTC 53/1985 y 212/1996). En segundo término, porque la redacción típica de los delitos contra la vida humana prenatal en el ordenamiento jurídico español, únicamente

permite incluir en los mismos las conductas que supongan la destrucción un ser humano no nacido y viable que se encuentre aún en el útero materno (se habla de producir el aborto de una mujer).

La viabilidad debe presuponerse en todo caso, de tal forma que será aquél que alegue la no viabilidad del ser humano quien deba probarla. Es decir, a falta de prueba en contrario, todo ser humano vivo *ex utero* será considerado persona y, en consecuencia, titular de derechos, entre ellos, el derecho a la vida.

Como el interés por probar la no viabilidad del feto *ex utero* no será lo más común, en relación con nuestro tema de estudio lo más normal será encontrarnos ante un ser humano vivo *ex utero* (presuponemos que) viable (en definitiva, una persona) pero que padece una grave discapacidad (física o psíquica). En tales circunstancias, se presenta la duda de la conveniencia de omitir todo tratamiento dirigido a salvar la vida de dicha persona, atendiendo a su mejor interés, pues se le presupone una vida con graves limitaciones y sufrimientos. Se plantea pues la cuestión de la posible responsabilidad penal de los médicos que deciden no tratar a un recién nacido produciendo su muerte (delito de homicidio en comisión por omisión).

En mi opinión, el análisis jurídico de este supuesto debe girar en torno a la posición de garante del médico y a su alcance. En el ámbito biomédico, la posición de garante del médico que trata al paciente desaparece en tres supuestos: a) cuando el paciente renuncia al tratamiento (personalmente o por medios indubitados); b) cuando se trata de enfermedades terminales para las cuales no existe curación posible, o en casos de estado vegetativo (coma) irreversible; y c) cuando, tratándose de recién nacidos (mayores dudas se plantean en el caso de los adultos), se prevé que la calidad de vida de esta persona va a ser muy limitada, siempre que exista autorización de los padres (o representantes legales) o de la autoridad judicial, en caso de conflicto.

En estos casos no existe un deber de asistencia del médico. Desaparece pues su posición de garante en relación con la vida del paciente. Ello no obsta para que el médico sí tenga el deber de aplicar cuidados paliativos, que eviten, en la medida de lo posible, el sufrimiento del paciente hasta que la muerte acontezca.



# EL VISADO DE RECETAS DE MEDICAMENTOS COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA SANITARIA: UN ANÁLISIS JURÍDICO.

*José Vida Fernández*  
Area de Dercho Administrativo  
Universidad Carlos III - Madrid

SUMARIO. 1. Introducción. - 2. Consideraciones preliminares en torno a los visados de recetas de medicamentos. - 3. Origen y evolución de los visados de recetas de medicamentos. - 4. Naturaleza jurídica de los visados de recetas de medicamentos. - 5. Régimen jurídico aplicable a los visados de recetas de medicamentos. - 5.1. Régimen jurídico común de los visados. - 5.2. Régimen jurídico de los visados dispuestos para garantizar la seguridad en el uso de los medicamentos. - 5.3. Régimen jurídico de los visados dispuestos como medida de racionalización del acceso a la prestación farmacéutica. - 5.4. Problemas en torno a la distinción del régimen jurídico aplicable a los visados. - 6. Alcance de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en cuanto a los visados de recetas. - 6.1. Competencias relativas a la protección de la salud en el uso de los medicamentos: Los visados como medidas para garantizar la seguridad y calidad en la prescripción de medicamentos. - 6.2. Competencias relativas a la protección de la salud a través del uso de medicamentos: Los visados como medidas para ordenar el acceso a la prestación farmacéutica. - 7. Conclusiones. - 8. Bibliografía y anexo. - 8.1. Bibliografía. - 8.2. Anexo: cronología de los visados de recetas.

## **1. Introducción (\*)**

Dentro del Derecho Sanitario son cada más numerosas las cuestiones dignas de un análisis pormenorizado. Los avances tecnológicos (investigación genética), las tendencias económicas (incremento del gasto público sanitario), los cambios sociales (mayor exigencia de los ciudadanos) y la coyuntura política (descentralización autonómica) ofrecen multitud de aspectos que por su no-

vedad, su complejidad, su carácter controvertido, o por todas estas razones, merecen la atención de los investigadores.

Ante tantos y tan atractivos temas de actualidad dentro del Derecho Sanitario, la propuesta de un estudio sobre el visado de las recetas de los medicamentos se presenta, aparentemente, como una cuestión menor de carácter técnico propia de un subsistema como es el del Derecho de los medicamentos.

Para conjurar estos prejuicios podría invocarse el impacto que suponen los visados de recetas sobre el gasto farmacéutico, o bien la incidencia que éstos tienen sobre miles de ciudadanos que se ven directa o indirectamente afectados por estas medidas. No obstante es necesario reconocer que el visado de recetas no es el eje del Sistema Sanitario.

---

(\*) Las abreviaturas empleadas en el presente trabajo son las siguientes: CCAA: Comunidades Autónomas; CE: Constitución Española; INSA-LUD: Instituto Nacional de la Salud; LCCSNS: Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; LM: Ley 25/1990, de 25 de diciembre, Medicamento; SNS: Sistema Nacional de Salud; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; TCE: Tratado de 25 de marzo de 1957 constitutivo de la Comunidad Europea.

Sin embargo, su estudio puede llegar a ser muy ilustrativo en cuanto se trata de una medida que contiene la esencia de dicho Sistema, en particular, por lo que se refiere a algunos aspectos jurídicos fundamentales del mismo como son el problemático encaje de las competencias del Estado y de las Comunidades en materia sanitaria y el alcance de la intervención pública sobre la actividad de los profesionales sanitarios.

Además, si bien el visado previo de inspección se suele considerar una medida menor, de mera ejecución y gestión dentro del Sistema Nacional de Salud (SNS), cuya relevancia parece mínima en comparación con otras medidas de intervención sobre los medicamentos –las listas positivas-negativas, la fijación del precio, el sistema de precios de referencia, el copago–, debe ponerse de manifiesto que se trata de una medida absolutamente determinante para la realización efectiva del derecho a la protección de la salud, en la medida que contribuye a garantizar la calidad y seguridad de los medicamentos, y en cuanto intervienen en la fijación del contenido de la prestación farmacéutica limitando o excluyendo de la cobertura pública determinadas indicaciones de los medicamentos.

De hecho, los visados han sufrido una progresiva distorsión en su finalidad perdiendo paulatinamente su cometido sanitario, y pasando a convertirse en un instrumento indirecto de configuración del contenido de la prestación farmacéutica. Debe tenerse en cuenta esta circunstancia y la trascendencia de la misma para situar a los visados en su verdadera dimensión, evitando así que sean un comodín para los fines que persigue los poderes públicos que utilizan los visados indiscriminadamente dando lugar a una intervención poco coherente y con menor transparencia que la que se puede alcanzar con otros mecanismos de intervención alternativos.

Todos estos motivos, unidos al hecho de que no exista en la actualidad ningún estudio jurídico sobre este instrumento de la política de medicamentos, nos mueve a plantear un análisis jurídico de los visados de las recetas de los medicamentos con el objeto de determinar qué son conforme a su naturaleza jurídica, quién es la autoridad responsable para imponerlos dentro del Estado autonómico, y cómo deberían establecerse y configurarse de acuerdo con los derechos de los ciudadanos.

## **2. Consideraciones preliminares en torno a los visados de recetas de medicamentos.**

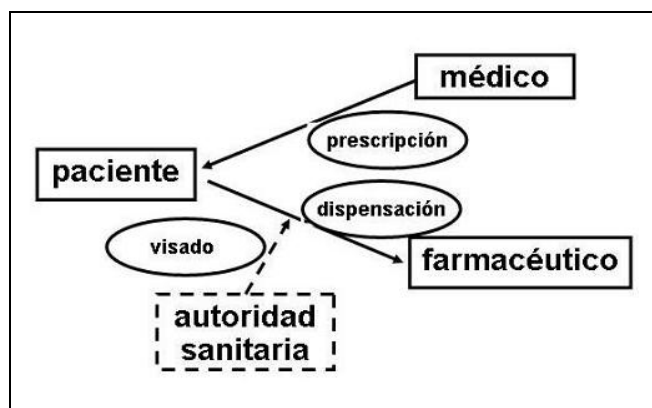
Los visados de recetas de medicamentos –o, técnicamente, denominados visados previos de inspección–, son un mecanismo de control a través del cual la Administración Pública sanitaria lleva a cabo un control individualizado sobre la prescripción médica de unas determinadas especialidades farmacéuticas y que se impone como requisito necesario para la dispensación farmacéutica de las mismas. Es decir, en términos sencillos, consiste en la supervisión positiva de un inspector manifestada en un sello que ha de figurar en la receta expedida por el médico al paciente para que éste pueda obtener del farmacéutico dicho medicamento.

Para entender mejor las características de los visados de recetas hemos de encajarlos entre las medidas de intervención administrativa dispuestas para controlar el acceso del ciudadano-paciente a los medicamentos. Es comúnmente aceptado que la obtención de medicamentos, esto es, sustancias con propiedades para la prevención, diagnóstico, tratamiento o recuperación de enfermedades por parte de aquellos sujetos con problemas de salud que las necesitan se encuentra fuertemente intervenida, tanto por razones sanitarias –para asegurar que el medicamento obtenido es el indicado para la afección que padece–, como por razones socio-económicas –para asegurar que el usuario recibe la medicación con financiación pública más adecuada y eficiente conforme a sus necesidades y a los recursos públicos existentes–.

La estructura de esta intervención administrativa sobre el acceso a los medicamentos no resulta sencilla dados los sujetos que intervienen y las implicaciones existentes en algo tan aparente simple como es la obtención de un producto por un particular. La presencia del derecho a la protección de la salud (art. 43 Constitución Española –CE–), obliga a ordenar desde la fabricación de este tipo de productos (los medicamentos), hasta su distribución y, en lo que nos interesa, su acceso, en cuanto se restringe la puesta a disposición de los medicamentos (dispensación), atribuyéndola a determinados profesionales (los farmacéuticos), en determinados locales (oficinas de farmacia), mediando por lo general –y en ocasiones, de manera obligatoria para el acceso a determinados medicamentos–, la intervención de otro profesional (médico) que indica a través de un documento específico (receta) el medicamento adecuado para la disfunción en la salud que se padece (prescripción).

Dentro de las medidas específicas de intervención sobre el acceso a los medicamentos destaca por su intensidad la exigencia de receta expedida por médico colegiado para la prescripción de determinados medicamentos. Junto a ésta, han proliferado otras medidas sobre distintos aspectos que inciden con diferente intensidad en el acceso de los ciudadanos a los medicamentos, como son el visado, la prescripción y dispensación hospitalaria, los precios de referencia, el copago, las listas terapéuticas, etc. Estas medidas se introducen con diversos objetivos si bien se pueden reconducir, en última instancia, o bien a una finalidad sanitaria, bien a finalidad económico-social, o bien a ambas, y se articulan a través de la prescripción médica y de la dispensación farmacéutica de los medicamentos, limitándolas o condicionándolas. Los destinatarios últimos de estas medidas son diversos afectando, desde una perspectiva económica, a elementos de la demanda – a médicos y pacientes–, y de la oferta –a la industria farmacéutica y a los farmacéuticos y farmacias–<sup>2</sup>.

En el caso del visado, se trata de una medida con finalidad tanto sanitaria como socio-económica que se aplica a la relación farmacéutico-paciente (dispensación), en tanto el farmacéutico no puede dispensar el medicamento prescrito en la receta medida sin que ésta cuente con el visado previo de la autoridad sanitaria correspondiente, pero que, en realidad, afecta a la relación médico-paciente (prescripción), al ser objeto de la supervisión la prescripción realizada por el médico se ajusta al diagnóstico del paciente, por lo que se trata de una medida establecida sobre la demanda de los medicamentos



<sup>2</sup> Una clasificación de algunos de estas medidas desde una perspectiva económica se puede encontrar en Lobo, Félix: «Medidas recientes del INSALUD y otros servicios de salud dirigidas a orientar la prescripción de medicamentos hacia la eficiencia», en López Casasnovas, Guillem; Callau Puente, Javier: Necesidad sanitaria. Demanda y utilización. XIX Jornadas de Economía de la Salud, Asociación de Economía de la Salud, Madrid, 1999, pág. 393

### 3. Origen y evolución de los visados de recetas de medicamentos.

El visado de recetas de los medicamentos como instrumento de la política de medicamentos tiene su origen en la racionalización de las prestaciones farmacéuticas, por lo que surge como una medida de control en la dispensación de determinadas especialidades farmacéuticas con financiación pública dentro del Sistema Público Sanitario.

La primera referencia a la técnica del visado previo de recetas se encuentra en los Conciertos entre el Instituto Nacional de Previsión (INP) y la Junta Nacional del Grupo de Industrias Farmacéuticas del Sindicato Nacional de Industrias Químicas. En concreto, en el Concerto de 1967, que, con una fórmula abierta permitía su adopción como medida de control<sup>3</sup>.

En el Concerto de 1972 se mantiene dicha medida y la Cláusula 8.1.5 se refería a la posibilidad de que la Comisión de Vigilancia del Concerto, como órgano permanente para su aplicación, pudiera proponer a la Delegación del INP el visado de recetas previo a la dispensación farmacéutica, así como el visado de ofertas para adquisición directa previo al suministro, tanto respecto a especialidades determinadas como al conjunto de las producidas por un Laboratorio, cuando se apreciaran desviaciones o anomalías que aconsejarán la adopción de esta medida de control, siempre previa audiencia del Laboratorio afectado ante la Comisión de Vigilancia. Los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social eran los encargados de la realización del control y visado de recetas previo a la dispensación de las mismas, cuando tal medida hubiera sido acordada por la Comisión de Vigilancia (Cláusula 7.2).

Estas medidas originariamente contenidas en los sucesivos Conciertos, pasaron a establecerse con carácter general y permanente en el Real Decreto 946/1978, de 14 de abril, de procedimiento de evaluación y control de la prestación farmacéutica, que si bien no ha sido derogado expresamente en su totalidad, sí ha quedado inaplicado al desaparecer no sólo el régimen de conciertos sino también el régimen de acuerdos entre el Ministerio de Sanidad y la industria farmacéutica

<sup>3</sup> En su cláusula 5.2 se establecía que «el Instituto Nacional de Previsión, oídas las Comisiones Asesora Científica y de Vigilancia del Concerto, podrá establecer el visado de recetas u otro tipo de medidas de control, previo a la dispensación farmacéutica, cuando las circunstancias lo aconsejen»

El art. 5.3 del Real Decreto 946/1978, regulaba los visados de forma muy similar a como venían haciéndose en los Conciertos, es decir, como una de las medidas cautelares prevista para el caso en el que se detectasen irregularidades por parte de un laboratorio farmacéutico, caso en el que se pedía informe a la Comisión de Vigilancia del Concerto, y, previa audiencia del interesado, en su caso, se imponía el visado de recetas previo a la dispensación farmacéutica o el visado de ofertas previo al suministro directo de especialidades.

El art. 5.5 establecía como contrapartida que, en ningún caso, el visado o medida cautelar que se adoptara podía afectar al principio de libre prescripción por los Facultativos, constituyendo exclusivamente un requisito previo y obligado a la dispensación o suministro de la especialidad farmacéutica.

Asimismo se introducía un elemento de flexibilidad al permitir que, por razones de urgencia u otras circunstancias excepcionales, el beneficiario accediese a la especialidad de que se tratase sin cumplir con el trámite del visado, caso en el que se procedía al reintegro que correspondiese, previa comprobación de las antedichas causas, por el procedimiento que determinase el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (art. 6).

Tras la consagración de los visados como medida de control de las prestaciones farmacéuticas, a partir de la década de los años ochenta comenzaron a establecerse unos visados que si bien eran formalmente idénticos a los establecidos hasta entonces, su finalidad manifestaba una orientación más científico-sanitario. El registro de la hormona del crecimiento en el año 1984 motivó que para comprobar su eficacia terapéutica se restringiera su prescripción al ámbito hospitalario, aunque también se ha visto esta medida como un mecanismo<sup>4</sup> de control de un medicamento extremadamente costoso.

De este modo surge una serie de restricciones y condiciones en la prescripción y la dispensación de determinados que por sus características no debían dejarse a la libertad y discreción de los profesionales, lo que se reguló en la Orden de 13 mayo 1985 por la que se regula el medicamento sometidos a especial control médico en su

---

<sup>4</sup> Efectivamente esta medida se consideró inicialmente como una medida de carácter sanitario, Esteve, Emili: «Los visados como elemento distorsionador para la industria», en Inesme: *Los visados: contención del gastos o calidad asistencial, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos)*, marzo 2004, págs. 19-21. Por el contrario, otras opiniones como la de Félix Lobo, apuntan a que se introdujeron para evitar abusos con un medicamento muy caro y en el que los umbrales a partir de los cuales su indicación es la adecuada son discutibles.

prescripción y utilización. Así, junto a los visados surgen las especialidades farmacéuticas de diagnóstico y dispensación de ámbito hospitalario, otras que se restringen a determinados especialistas y otras que exigen un seguimiento y vigilancia especial durante su tratamiento.

Todas estas medidas acabarían por ser ordenadas de manera sistemática por la normativa vigente en la actualidad, en concreto, el art. 26 Ley /1990, del Medicamento (LM) y el art. 29 del Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, sobre evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de las de uso humano, fabricadas industrialmente, como serán analizados más adelante.

En conclusión, resulta interesante observar cómo a lo largo de esta evolución, los visados surgen como una medida de control del gasto público farmacéutico, y cómo van surgiendo otros visados como medidas de control sobre la prescripción que se establecen con una finalidad estrictamente científico-sanitaria, para asegurar el tratamiento terapéutico de los destinatarios de determinadas especialidades farmacéuticas.

La similitud entre los visados originarios de naturaleza económico-prestacional y los nuevos visados vinculados a las condiciones científico-sanitarias de autorización de la especialidad, junto a su adopción indistinta por parte de las autoridades sanitarias, y el hecho de que su instrumento de control hayan sido las recetas oficiales –que sirven a la vez como instrumento de ordenación de la prestación farmacéutica y de garantía del control sanitario– ha beneficiado la confusión y la consideración indiferenciada de ambos tipos de visado.

#### **4. Naturaleza jurídica del visado de recetas de medicamentos.**

El análisis de los visados de recetas de medicamentos, como instrumentos de la política de medicamentos, ha partir de la naturaleza jurídica de esta medida en cuanto ésta determina el régimen jurídico que les resulta aplicable. Esta naturaleza jurídica queda definida por la finalidad con la que se establecen dichas medidas.

Partimos de una consideración abstracta del visado como un trámite de control que se exige con respecto determinadas especialidades farmacéuticas y que se ejerce sobre la prescripción realizada por un facultativo médico para obtener la prescripción de dicha especialidad requerida para la recuperación o mejora de la salud del paciente-ciudadano.

La finalidad de este control resulta determinante para considerar la naturaleza jurídica de estas medidas que, como se comprobará a continuación, resulta compleja. Los visados se pueden establecer con dos finalidades bien definidas:

- a) Por una parte pueden configurarse con una finalidad sanitaria como medidas dirigidas a asegurar que la prescripción de una determinada especialidad farmacéutica se ajuste a la sintomatología del paciente tanto en cuanto a sus principios activos, como a su dosis y como a los posibles efectos adversos.
- b) Por otra, pueden articularse con una finalidad socio-económica y prestacional, como una más de las medidas de racionalización del uso de los medicamentos en cuanto permite verificar que el acceso a determinadas especialidades farmacéuticas se va a ajustar al derecho que tiene el ciudadano-paciente a las mismas en función de sus necesidades de salud (características y gravedad de la patología) y del coste más eficiente asumible para el Sistema Sanitario Público, aprovechando así los recursos público en la prescripción de medicamentos con cobertura pública evitando gastos innecesarios y optimizando el gasto en función de la necesidad del paciente

Ambos fines perseguidos por los visados responden, en última instancia, al derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 CE. Los visados son, por lo tanto, una técnica de intervención administrativa en la que pueden coincidir esas dos formas distintas de actuar de las Administraciones Públicas para asegurar la protección de la salud de los ciudadanos:

- c) Por una parte, en la medida que los visados respondan a la finalidad de «proteger la salud en el uso de los medicamentos» (garantizar seguridad y calidad en su utilización), se trata de una intervención administrativa de vigilancia y supervisión (actividad de policía en sentido genérico). En este sentido, los medicamentos son considerados como «productos» que, por su incidencia en la salud humana, exigen un especial seguimiento por parte de los poderes públicos, siendo la decisión sobre su otorgamiento o no un acto médico. Los visados se integran así en el conjunto de normas que tiene por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto sustancias cuya

fabricación y comercialización se encuentra sometida —a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia— al control de los poderes públicos en orden a garantizar los derechos de los pacientes que los consumen.

Desde esta dimensión los visados revisten un carácter de autorización administrativa ya que se aplican a una serie de actividades privadas que requieren de una previa intervención pública favorable para poder llevarse a cabo: La adquisición de un medicamento no puede producirse sin la previa dispensación por el farmacéutico que depende del visado sobre la prescripción que ha determinado el médico. Se trata de una medida para asegurar que la indicación para la que el médico prescribe un medicamento o producto sanitario deberá corresponderse obligatoriamente con una de las indicaciones autorizadas por el órgano competente.

Sin pretender entrar a valorar este tipo de medidas, sí es necesario señalar que, al margen del visado, ya existen otras medidas previstas para evitar precisamente que no se produzcan desviaciones entre las prescripciones y las indicaciones aprobadas para el medicamento prescrito, ya que si actúa así el médico prescriptor estaría incurriendo en una infracción administrativa, o, incluso, en una falta o delito cometidos por parte de un profesional sanitario. El régimen disciplinario al que se somete el personal facultativo médico, así como el propio Código Penal constituyen mecanismos sancionadores mediante los que se evita una prescripción inadecuada fuera de las indicaciones aprobadas para un medicamento. No obstante, estos mecanismos son poco eficaces por el principio sancionador de intervención mínima, por lo que al actuar puntualmente en casos extremos no sirven para controlar las numerosas desviaciones en la prescripción que pueden producirse. Por esta razón los visados tratan de evitar las prescripciones de medicamentos para indicaciones distintas de las aprobadas en determinadas especialidades farmacéuticas garantizando tanto una prescripción correcta (una de las posibles dentro de las propias de los medicamentos —con lo que no existe riesgo para la salud—), como una prescripción óptima (la más adecuada entre las posibles gracias al

doble criterio médico –con lo que se mejora en la recuperación del enfermo o se evitan peligros o efectos negativos del medicamento–).

- d) Por otra parte, en tanto los visados respondan a la finalidad de «proteger la salud a través de los medicamentos» (mejorar la salud mediante medicamentos), estos se encajan dentro de una intervención administrativa prestacional (actividad de servicio público). En este sentido, los medicamentos son considerados como «prestaciones públicas» en cuanto son dispuestos y financiados por el Estado para la prevención, diagnóstico, terapia, rehabilitación y promoción y mantenimiento de la salud de los ciudadanos. La decisión sobre su otorgamiento o no sería un acto asistencial que puede o no ser desarrollado por un profesional médico.

Desde esta perspectiva, los visados constituyen un trámite dirigido a optimizar el acceso de los sujetos que tienen derecho a la prestación farmacéutica en su justa medida, garantizado que se haga un uso racional de éstas de manera que se garantice la sostenibilidad del sistema evitando la utilización ineficiente de medios y el derroche de recursos. Se trata de un acto de trámite, y no de una autorización en sí misma, que se incluye en un procedimiento complejo por el que un ciudadano accede a la prestación de un servicio por parte del Sistema Sanitario Público. Por lo tanto este trámite se encaja en un procedimiento compuesto en cuanto tienen distintas fases (la consulta-prescripción, el visado-seguimiento, la dispensación-acceso) y diversos protagonistas (el facultativo médico, el inspector o autoridad sanitaria y el farmacéutico).

Su verdadero objetivo, desde la perspectiva del uso racional en que se encaja, no es ya asegurar que una determinada especialidad se aplique a las indicaciones aprobadas para dicha especialidad y no para tratar otras dolencias distintas<sup>5</sup> –pues si fuera así sería una medida sanitaria–, sino condicionar, modular o restringir las indicaciones de una determinada especialidad cubiertas por el Sistema Sanitario Público dentro de todas las autorizadas

---

<sup>5</sup> Como, por el contrario, se afirma en la jurisprudencia como ocurre en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2004 (Fundamento Jurídico Tercero), sobre el visado impuesto por la Comunidad Autónoma de Andalucía a medicamentos como el Celebrix.

para esa especialidad. Por esta razón se trata de un tipo de visado que sólo se aplica a las recetas de los servicios autonómicos del SNS y no a las recetas privadas ni de organismos ajenos al SNS. Si su objetivo fuera el primero, y respondiese a la peligrosidad del medicamento, pasaría a ser un visado de carácter estrictamente sanitario que debería aplicarse a todas las recetas (públicas o privadas) ya que la protección pública de los ciudadanos debe ser la misma independientemente de cómo se acceda a un determinado medicamento. Así, estos visados no responden a un objetivo de garantizar la seguridad en el uso de los medicamentos prescritos sino de alcanzar la prescripción que se considere sanitariamente idónea en función de los recursos públicos empleados.

Es importante insistir en cómo los visados de naturaleza económico-prestacional afectan, condicionan o reducen las indicaciones para las que una especialidad está aprobada y no se limitan a asegurar que la prescripción se refiere a una de éstas. En este sentido no son un simple instrumento de gestión sino de configuración misma del contenido de la prestación farmacéutica. De lo contrario, es decir, si estos visados que persiguen el uso racional de los medicamentos se establecieran para asegurar que se apliquen a las indicaciones aprobadas y no para otras distintas, se trataría de un visado de naturaleza sanitaria frente a posibles actividades negligentes por parte de facultativos médicos que, como hemos señalado, son sancionables<sup>6</sup> por su régimen disciplinario e incluso penalmente.

## **5. El régimen jurídico aplicable a los visados de recetas de medicamentos.**

En función de la naturaleza jurídica del visado, que dependerá de la finalidad que prepondere, su régimen jurídico será distinto. Tras lo expuesto hasta ahora podemos afirmar que existen dos categorías de visados, aquellos que se establecen como medida dirigida a garantizar la salud de los pacientes mediante la supervisión de la prescripción en su dimensión médica, y aquellos que se

---

<sup>6</sup> Sorprende comprobar que en sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2004 (Fundamento Jurídico Tercero) se afirma literalmente que «consta haberse prescrito el medicamento para la atención de dolencias distintas de las indicadas en su ficha siendo el coste muy superior que el propio de los otros medicamentos indicados». Si esto es así, no se entiende que el Tribunal tenga constancia de que se ha cometido no sólo una infracción administrativa sino incluso un posible ilícito penal –en cuanto se prescribe un medicamento para una indicación que no se incluye entre las aprobadas–, y permanezca indiferente.

establecen como medida dirigida a garantizar el uso racional de los medicamentos mediante la intervención en la prescripción en su dimensión prestacional. Pero antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de uno y otro tipo de visado, hemos de partir del estudio de las normas aplicables a ambos.

### 5.1. Régimen jurídico común de los visados.

El art. 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud y establece un mandato dirigido a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. En cumplimiento de dicho mandato, el legislador estatal reconoce en el art. 10.14 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), el derecho de los ciudadano a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. Por su parte el artículo art. 16 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), reconoce el derecho de los ciudadanos a las prestaciones del SNS, entre las que se encuentra la prestación farmacéutica que comprende los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y la comunidad. Esta prestación se rige por un régimen jurídico específico constituido por la LM, y por la normativa en materia de productos sanitarios y demás disposiciones aplicables.

Por su parte, los legisladores autonómicos, reconocen de forma muy similar en sus respectivas normativas el derecho de sus ciudadanos a la protección de la salud, y, entre otras medidas a tal efecto, se incluye el reconocimiento del derecho a las prestaciones de los productos farmacéuticos, terapéuticos y diagnósticos necesarios para promover, conservar o restablecer la salud<sup>7</sup>.

Por lo tanto, conforme a este marco jurídico, los visados de recetas en cuanto afectan al acceso de los ciudadanos a los medicamentos –sean adquiridos directamente por éstos asumiendo su coste, o sean adquiridos con financiación pública como prestación farmacéuticas–, deben estar orientados prioritariamente a la promoción de la

salud, a garantizar la asistencia sanitaria en casos de pérdida de salud (art. 3 y 6 LGS). Es decir, los visados deben estar justificados en la medida en que su imposición a determinadas especialidades farmacéuticas se considere necesaria por razones sanitarias –dada la peligrosidad o posibles efectos adversos de dichas especialidades– o bien por razones socio-económicas –en cuanto su coste puede ser desproporcionado con respecto a su eficacia clínica en el tratamiento de ciertas enfermedades–.

En definitiva los visados estarán justificados siempre que garanticen una cota más elevada de efectividad del derecho a la salud, así como un mayor nivel de bienestar social. De otro modo, en el caso de que la justificación por una u otra causa no fuera suficiente, los visados devendrían en medidas arbitrarias causantes de una discriminación inaceptable ya que se impondría un control administrativo más intenso sobre ciertos medicamentos por lo que supondrían que determinados enfermos encontrarían unas trabas injustificadas para acceder a los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad. Asimismo las empresas farmacéuticas productoras de dichos medicamentos no sólo se verían discriminadas irrazonablemente con respecto al resto –al encontrarse los medicamentos que fabrican sometidos a este trámite– sino que verían afectada su actividad<sup>8</sup> privada por una intervención administrativa injustificada.

A partir de estas disposiciones comunes aplicables a los visados se puede distinguir un régimen jurídico distinto en función de la naturaleza de cada visado determinada por su finalidad. No obstante, y como se podrá apreciar en la normativa estatal aplicable, este régimen jurídico no es, en ninguno de los casos, específico para los visados sino que se les aplican normas comunes relativas a la prescripción y dispensación de los medicamentos o al uso racional de los mismos. En definitiva, a nivel estatal los visados no han sido hasta ahora regulados, por lo que al carecer de un régimen jurídico propio encuentra su encaje en una normativa genérica, circunstancia e la que se deriva la indeterminación acerca de su contenido, alcance y demás aspectos.

---

<sup>8</sup> Aunque no se puede afirmar que exista un principio de intervención mínima, sí es cierto que toda medida de intervención administrativa sobre la actividad privada debe estar suficientemente justificada. Esto puede apreciarse en el ámbito local cuando el art. 84 LBRL establece expresamente que la actividad de intervención de la actuación privada se ajustará, entre otros, al principio de congruencia con los motivos y fines justificativos y respeto de la libertad individual, así como en el art. 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 17 de junio de 1955 que establece la obligación de las Administraciones Públicas de optar por la intervención menos restrictiva de la libertad individual.

---

<sup>7</sup> Así se establece, por ejemplo, en el art. 18.3 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

## 5.2. Régimen jurídico de los visados dispuestos para garantizar la seguridad en el uso del medicamento.

La distinción de régimen jurídico se puede apreciar incluso desde la perspectiva del distinto encaje de uno y otro tipo de visado en el Derecho comunitario europeo en función de su finalidad. Si bien los visados son unas medidas de carácter nacional que no resultan relevantes a efectos del Derecho comunitario europeo, la razón de esta situación es diferente en función de la finalidad que presenten. Si el medicamento se considera un producto sobre el que se establece el visado como medida destinada a asegurar la seguridad de su consumo por los pacientes, desde el Derecho comunitario, esta medida se podría considerar desde la perspectiva de la libre circulación de mercancías como una excepción a la prohibición de restricciones cuantitativas entre los Estados miembros por razones de protección de la salud y la vida de las personas (art. 30 TCE).

A nivel estatal, en cuanto el visado se disponga como medida de ordenación del medicamento para garantizar su seguridad y con ello la salud de los pacientes, nos encontramos ante una actuación administrativa que se establece dentro de la legislación sobre productos farmacéuticos cuya competencia se encuentra atribuida al Estado con carácter exclusivo (art. 149.1.16ª CE<sup>9</sup>).

El desarrollo legal de cobertura de esta medida se contiene en el Capítulo II del Título I de la LM, en el que se prevé la posibilidad de que se establezcan condiciones especiales de prescripción en la autorización a la que deben someterse cada una de las especialidades farmacéuticas. Esta normativa, así como las normas que la desarrollan, tienen la condición de legislación sobre productos farmacéuticos de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.16ª CE, tal y como señala el propio art. 2 LM.

En concreto, el art. 22 LM –modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social– prevé la posibilidad de que determinadas autorizaciones se sometan a reserva, con el fin de garantizar la seguridad de los medicamentos así

como el uso que se haga de éstos. De este modo el art. 22.1 LM atribuye al Ministerio de Sanidad y Consumo la facultad de sujetar a reservas singulares la autorización de las especialidades farmacéuticas que así lo requieran por su naturaleza o características, así como las condiciones generales de prescripción y dispensación de las mismas o las específicas del SNS. El propio apartado 3 del art. 22 LM se refiere a unas condiciones especiales de prescripción y diagnóstico en cuanto señala que éstas podrán consistir en la restricción al uso hospitalario de la especialidad farmacéutica, en exigir un diagnóstico hospitalario o requerir la prescripción por médicos especialistas. Incluso estas condiciones incluidas en el régimen de autorización de una especialidad farmacéutica pueden modificarse con carácter extraordinario por causas sobrevenidas como reconoce el art. 25 LM<sup>10</sup>, o bien someterse al procedimiento para la modificación contenido en el art. 27 LM.

Si bien el art. 22 LM no se refiere en particular a los visados, éstos se incluirían dentro de las medidas que se pueden establecer en las condiciones de prescripción y dispensación que corresponde establecer al Ministerio de Sanidad y Consumo a las que se refiere dicho artículo.

A falta de una normativa específica, esta es la base legal más ajustada para los visados frente al art. 85.4 LM referido a la receta y su normativa de desarrollo<sup>11</sup>, que pudiera parecer dispuesto para éstos, en cuanto establece que el Gobierno podrá regular con carácter básico lo relativo a ésta y establecer la exigencia de otros requisitos que por afectar a la salud pública o al sistema sanitario hayan de ser de general aplicación en las recetas u órdenes hospitalarias. Sin embargo estos requisitos se refieren exclusivamente a la receta en cuanto documento que avala la dispensación bajo prescripción facultativa y válido para todo el territorio nacional, por lo que los visados quedarían excluidos al no ser éstos un elemento accesorio (un requisito más) de la receta sino que ellos mismos son una medida de intervención que se articula instrumentalmente a través de la receta.

<sup>9</sup> Como interpretó el Tribunal Constitucional en la STC 42/1983, de 20 de mayo, el art. 149.1.16ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la «sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos», distinguiéndose así cuatro títulos competenciales autónomos, cada uno de los cuales da lugar a una normativa y una lógica propia, a saber: Sanidad exterior, Bases de la sanidad; Coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

<sup>10</sup> El art. 25 LM establece que «Por razones de interés público o defensa de la salud o seguridad de las personas, el Ministerio de Sanidad y Consumo podrá modificar y restringir las condiciones de la autorización de una especialidad farmacéutica relativas a su composición, indicaciones o información sobre reacciones adversas, o establecer alguna de las reservas previstas en el artículo 22».

<sup>11</sup> En concreto, el Real Decreto 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica, en el que se aprecia el carácter accesorio de los requisitos que puede contener la receta que no se corresponde con la naturaleza del visado.

Dentro del Ministerio de Sanidad y Consumo es a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, a la que corresponde la dirección, desarrollo y ejecución de la política farmacéutica del Departamento, el ejercicio de las funciones que competen al Estado en materia de financiación pública y fijación del precio de medicamentos y productos sanitarios, así como las condiciones especiales de prescripción y dispensación de medicamentos en el SNS (art. 33.2 LCCSNS). La redacción de este artículo procede de la modificación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, precisamente para reafirmar esta competencia en manos del Estado frente a las CCAA, aunque con poco resultado ya que los términos del reparto competencia se derivan de la propia Constitución sin que una norma de rango legal pueda modificar nada al respecto.

En la atribución de esta competencia en manos de la Dirección General de Farmacia y de Productos Sanitarios, el Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad, se refiere expresamente a los visados en su art. 7.1 que establece que es el órgano al que corresponde, entre otros, el ejercicio de las funciones que competen al Estado en materia de financiación pública y fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios, así como las condiciones especiales de prescripción y dispensación en el SNS, en particular, el establecimiento de visados previos a la dispensación. Por lo tanto, se trata de una medida de carácter organizativo de la Administración General del Estado que ni añade ni quita a las competencias del Estado ni de las CCAA.

El desarrollo reglamentario de estas previsiones se contiene en el Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, sobre evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de las de uso humano, fabricadas industrialmente. Éste dispone que las condiciones de dispensación de cada especialidad farmacéutica se han de fijar en la resolución de autorización de cada una de ellas (art. 23), y como norma general establece que las especialidades farmacéuticas se dispensan con receta (art. 29). En particular, es necesaria la receta en los siguientes casos:

- a) Que revistan peligro directo o indirecto para la salud en las condiciones normales de empleo, si se utilizan sin control médico;
- b) Que se utilicen frecuentemente, y de forma muy considerable, en condiciones anormales de utili-

zación y ello pueda suponer, directa o indirectamente, un peligro para la salud;

- c) Que contengan sustancias o preparados de dichas sustancias cuya actividad y/o efectos secundarios no se conocen con detalle;
- d) Que se administren por vía parenteral, salvo casos excepcionales.

Este mismo artículo concreta cuatro tipos de especialidades farmacéuticas entre las que requieren la prescripción facultativa como son:

- a) Las dispensables con receta ordinaria.
- b) Las dispensables con receta para tratamientos de larga duración.
- c) Las sujetas a condiciones especiales de prescripción, entre las que se encuentran:

- las que contengan, en dosis no liberadas, una sustancia estupefaciente o psicotrópica;

- las que puedan ser objeto, en caso de utilización anormal, de riesgo considerable de abuso medicamentoso, puedan provocar toxicoddependencia o ser desviados para usos ilegales;

- los que contengan alguna sustancia que, por su novedad o propiedades, pueda ser incluida en este grupo preventivamente.

- d) Las sujetas a condiciones restringidas de prescripción y/o dispensación reservada a determinados medios especializados, entre las que se incluyen las que:

- Se empleen en el tratamiento de patologías que se deben diagnosticar en un medio hospitalario o institución con medios adecuados de diagnóstico, aunque su administración y seguimiento puedan realizarse fuera del hospital o de la institución.

- Se destinen a pacientes ambulatorios, pero su empleo pueda producir efectos adversos muy graves, lo cual requiere, en su caso, la prescripción por un médico especialista y una vigilancia especial durante el tratamiento.

Actualmente, la mayoría (casi un 90 por ciento) de las 665 presentaciones sometidas a visado tienen calificación de Especial Control Médico o Diagnóstico Hospitala-

rio<sup>12</sup>, mientras que los restantes para los que se exige receta médica son medicamentos para tratamientos de larga duración, vacunas, etc.

A nivel autonómico, la única Comunidad Autónoma que ha aprobado una normativa relativa al visado ha sido Galicia con el Decreto 244/2003, de 24 de abril, por el que se reguló el proceso de homologación sanitaria de recetas oficiales de prestación farmacéutica y complementaria en el ámbito del Servicio Gallego de Salud<sup>13</sup>. El objetivo declarado de esta norma fue homogeneizar la práctica del visado de recetas respecto de los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del SNS y garantizar, asimismo, que las prescripciones médicas se efectuasen de conformidad con sus indicaciones terapéuticas.

Se trata de una medida a través de la cual se ha logrado la descentralización de la función de la inspección con respecto a los visados, al facultarse a los farmacéuticos para que pudieran llevarla a cabo en centros de salud y hospitales. Esto ha supuesto un cambio importante en la medida que los visados pasan a ser responsabilidad no ya de los inspectores médicos de las delegaciones territoriales del Servicio autonómico de salud (SERGAS) sino de farmacéuticos homologados de 65 centros de salud y 15 hospitales autonómicos<sup>14</sup>.

Este Decreto 244/2003 ha sido modificado por el Decreto 14/2004, de 15 enero, tras el requerimiento previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo por el Ministerio de Sanidad y Consumo, eliminando todo lo relativo a la ordenación de un visado autonómico contenido en el art. 2<sup>15</sup>, por lo que se mantiene únicamente la intervención autonómica sobre la gestión de los visados establecidos a nivel estatal.

<sup>12</sup> ESTEVE, Emili: «Los visados como elemento distorsionador para la industria», en Los visados: contención del gato o calidad asistencial, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 20.

<sup>13</sup> Este ha sido desarrollado por Resolución de 28 mayo 2003, que determina el procedimiento para la formalización de la homologación sanitaria de recetas oficiales.

<sup>14</sup> La introducción de esta medida fue muy contestada por los profesionales médicos que consideran una intrusión la atribución a personas distintas de los médicos el ejercicio del visado, lo que llevó al debate sobre si el visado debe considerarse un acto médico o bien un acto asistencial.

<sup>15</sup> Que se refería a la homologación sanitaria de recetas (visados) que, debido a sus características especiales de utilización, debían ser determinados por el SERGAS a través de la División de Farmacia y Productos Sanitarios.

### 5.3. Régimen jurídico de los visados dispuestos como medida de racionalización del acceso a la prestación farmacéutica.

En el caso de los visados que se establecen como mecanismos de ordenación del acceso a la prestación farmacéutica para asegurar el adecuado acceso a la asistencia sanitaria pública, desde la perspectiva del Derecho comunitario europeo no se calificarían como compatibles con lo dispuesto en los Tratados Constitutivos sino que quedarían excluidos de su aplicación en cuanto son manifestación de la competencia de los Estados en materia sanitaria (como establece art. 152 TCE). En este sentido se someten a las exigencias comunes a todas las medidas estatales sobre medicamentos relacionadas con el precio y financiación de sus respectivas prestaciones farmacéuticas en cuanto la Directiva 89/105/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, exige criterios objetivos y comprobables en el caso de que se establezcan restricciones impuestas al reembolso de medicamentos por los sistemas nacionales de salud. Esta exclusión que se hace desde el Derecho comunitario europeo de su ámbito de aplicación a las medidas estatales relativas a sus sistemas públicos de salud se puede apreciar expresamente en una norma comunitaria referida a la autorización sanitaria de los medicamentos como es el Reglamento (CEE) 2309/98<sup>16</sup>.

A nivel estatal, este tipo de intervención pública se dicta en ejercicio de la competencia en materia de asistencia sanitaria, cuyas bases corresponde establecer al Estado con carácter exclusivo y que son desarrolladas por cada una de las CCAA, tal y como establece el art. 149.1.16<sup>a</sup> CE.

Tanto el marco jurídico general de la prestación farmacéutica en cuanto prestación sanitaria, contenido en la LGS y en la LCCSNS, así como el marco jurídico específico de esta prestación desarrollado en el Título VI de la LM, se dictan en ejercicio del título competencial contenido en el art. 149.1.16<sup>a</sup> CE referido a las bases y coordinación de la sanidad, tal y como se deduce el art. 2 LM<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> El Reglamento (CEE) 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos cuyo art. 1 establece específicamente que: «Las disposiciones contempladas en el presente Reglamento no afectarán a las competencias de las autoridades de los Estados miembros en materia de fijación de los precios de los medicamentos, ni en lo relativo a su inclusión en la cobertura de los sistemas nacionales de seguridad social por motivos sanitarios, económicos y sociales».

<sup>17</sup> Si bien el art. 2 LM señala que los arts. 94 y 95 LM se dictan al amparo del artículo 149.1.1<sup>a</sup> y 17<sup>a</sup> CE, sobre regulación de las condicio-

Este tipo de visados ha de ser respetuoso con el principio de igualdad territorial establecido en el artículo 93 LM por el que se reconoce el derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del SNS, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias –al que se añaden con carácter general el art. 3.2 LGS y art. 2 a) LCSNS–.

La limitación del acceso a determinadas especialidades farmacéuticas como prestaciones farmacéuticas a través del requisito del visado encuentra su fundamento en el art. 94.2 LM que reconoce que podrán no financiarse con fondos públicos aquellos medicamentos cuyas indicaciones sean sintomatológicas o para síndromes menores, así como las exclusiones totales o parciales, determinados por el Gobierno de grupos, subgrupos, categorías o clases de medicamentos o productos sanitarios, cuya financiación pública no se justifique o no se estime necesaria<sup>18</sup>. A lo que se añade en el art. 94.3 LM que la decisión de excluir total o parcialmente o someter a condiciones especiales de financiación los medicamentos ya incluidos en la prestación farmacéutica se debe hacer con los criterios señalados en dicho artículo y teniendo en cuenta el precio de los similares existentes en el mercado y las orientaciones del Consejo Interterritorial del SNS.

Los visados que se han dictado desde esta perspectiva son, por lo tanto, medidas de control que se disponen para garantizar que el acceso a la prestaciones farmacéuticas se haga efectivo para aquellos sujetos que realmente tienen derecho a ella, tal y como se reconoce implícitamente en la Circular 6/92 del INSALUD al referirse entre los medicamentos sometidos a este trámite a aquellos otros que, careciendo de cupón precinto, sean considerados por la Dirección General del INSALUD dispensables en determinados casos con cargo a este organismo.

---

*nes básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles y el régimen económico de la seguridad social, mientras que los arts. 84.1, 3, 4, 5 y 6, 85, 88, 89, 90, 93, 96, 97, y 98, tienen la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución sobre bases y coordinación general de la sanidad. Esto es así por razón de la transformación que ha sufrido el Sistema Sanitario Público que ha supuesto el paso de una prestaciones de Seguridad Social a unas prestaciones del SNS, podemos reinterpretar todas estas menciones al art. 149.1.17ª CE como referidas al art. 149.1.16ª CE. Así se deduce de la interpretación de la STC 98/2004.*

*18 No le resultaría de aplicación a los visados de recetas el art. 94.1 LM ya que se refiere al procedimiento de inclusión o exclusión de la prestación farmacéutica de determinados medicamentos de la prestación farmacéutica. Los visados con finalidad socio-sanitaria se imponen a los medicamentos que ya forman parte de la prestación farmacéutica.*

En desarrollo de lo dispuesto por el art. 94 LM, se puede aplicar lo dispuesto con carácter general para todas las prestaciones sanitarias (incluida la farmacéutica) en el artículo 2 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del SNS, que establece que constituyen prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el SNS y financiadas con cargo a fondos públicos, las relacionadas en el Anexo I –entre las que se encuentran las prestaciones farmacéuticas– y que dichas prestaciones serán realizadas, conforme a las normas de organización, funcionamiento y régimen de los servicios de salud, por los profesionales y servicios sanitarios de atención primaria y por las especialidades. Precisamente por este segundo inciso del art. 2 del Real Decreto 63/1995, la facilitación “directa” a la que se refiere al comienzo del mismo puede quedar sometida a trámites como el del visado de recetas.

Asimismo, el artículo 5 de dicho Real Decreto 63/1995 refuerza la finalidad que se persigue con este tipo de visados al establecer que la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el SNS, en los términos y condiciones previstos en la LGS, y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación, y que las prestaciones recogidas en el Anexo I solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios, propios o concertados, del SNS, salvo lo establecido en los Convenios Internacionales.

#### **5.4. Problemas en torno a la distinción del régimen jurídico aplicable a los visados.**

De lo expuesto hasta el momento pudiera deducirse que las autoridades sanitarias, cuando establecen la exigencia de visado de recetas de determinados medicamentos se hace de manera distinta en función del régimen jurídico que les resulte aplicable conforme a la finalidad que persiguen.

Sin embargo esto no ha sido así, lo que provocado una confusión de ambos regímenes. Ello a pesar de que incluso en normas preconstitucionales se establece la distinción entre uno y otro tipo visado, como ocurre en el régimen disciplinario al que se someten los farmacéuticos, como garantes de la aplicación de los visados como medida de control, en cuanto las consecuencia de la dispensación sin el cumplimiento del trámite del visado cuando

resulte obligatorio son distintas en el caso de los visados de finalidad sanitaria o los de finalidad socio-económica<sup>19</sup>.

Esta confusión se ha mantenido incluso tras la aprobación de la Constitución –que establece dos ámbitos competenciales distintos en su art. 149.1.16ª CE relativos a la legislación sobre productos farmacéuticos y sanidad– y de la LM –que dispone dos bases legales diferentes como son el art. 22 y el art. 94–, ya que la Administración Sanitaria continuó estableciendo la exigencia de visados en determinados medicamentos interpretando este cambio radical de marco jurídico simplemente como una nueva base jurídica para su adopción sin entrar en las distinciones que hemos expuesto anteriormente. De hecho, en los primeros momentos de la aprobación de la LM –cuando se reordenan las circulares de la Dirección General de Farmacia sobre visados–, esta distinción resultaba irrelevante y poco práctica pues las CCAA, aunque contaban con competencias de desarrollo en materia de asistencia sanitaria, se encontraban sujetas por el título competencial de Seguridad Social al que se sometía en aquél momento, lo que limitaba su intervención.

A medida que las CCAA fueron incrementando su intervención en la configuración del contenido de la prestación farmacéutica (medidas frente a las listas negativas o «contramedicamentazo», visados, precios de referencia, guías terapéuticas, etc.) se ha puesto de manifiesto la necesidad de llevar a cabo una cuidadosa distinción del fundamento y el alcance de las medidas adoptadas por el Estado para fijar el ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas.

Esta falta de distinción clara de los regímenes jurídicos aplicables a los visados en función de su finalidad se ha perpetuado hasta ahora. Así, las autoridades sanitarias al someter a determinadas especialidades farmacéuticas al

visado de inspección de recetas han desarrollado una fundamentación en la que se entremezclan los criterios estrictamente sanitarios y los relativos a ajuste en la cobertura pública de la prestación farmacéutica.

Así, en la Circular 6/92, de 12 de agosto de 1992 del Instituto Nacional de Salud (INSALUD), que se refiere al procedimiento para el visado de inspección del INSALUD de las recetas, define el visado como el «*acto a través del cual la Inspección de Servicios Sanitarios del INSALUD, autoriza con carácter excepcional, previo a su dispensación, y para un paciente concreto la utilización de medicamentos y productos farmacéuticos que, poseyendo cupón precinto de ASSS, requieren un control sanitario especial, y de aquellos otros que careciendo de cupón precinto, sean considerados por esta Dirección General del INSALUD, dispensables en determinados casos con cargo a este organismo*». En esta definición se hace mención al control sanitario especial pero limita dicho control a los que tienen un cupón precinto ASSS (Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social), por lo tanto dicho control sólo se ejerce en los medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica.

Tal y como configura la Circular 6/92, los visados tienen una naturaleza más económico-prestacional que sanitaria ya que en su punto 4, establece que sólo se visarán aquellos medicamentos y productos, cuya prescripción médica, esté avalada por el correspondiente informe clínico o protocolo de utilización autorizado, extendido por los facultativos especialistas del SNS, no pudiéndose autorizar los informes de otros especialistas. Por lo tanto se trata de un mecanismo de racionalización de la prestación farmacéutica ya que, de haber estado motivada por la seguridad de los pacientes, no tendría sentido excluir la prescripción y la dispensación privada de estos medicamentos. Por esta razón, cuando el punto 4.2 de la Circular 6/92 establece que, para evaluar la adecuación del tratamiento, la Inspección comprobará que la medicación prescrita se corresponde con las indicaciones autorizadas para ese producto por la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, no significa un simple control sanitario para proteger a los ciudadanos de prescripciones erróneas o espurias fuera de las indicaciones autorizadas del medicamento con el consiguiente peligro para la salud de los ciudadanos, sino que en realidad mediante este trámite se excluyen prescripciones que si bien se ajustan a las indicaciones propias del medicamento –de otro modo se atentaría contra la salud del paciente– no son las indicaciones consideradas óptimas por las autoridades sanitarias para

<sup>19</sup> El Real Decreto 1410/1977, de 17 de junio, por el que se desarrolla lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley General de la Seguridad Social sobre Faltas y Sanciones a los Farmacéuticos titulares de Oficinas de Farmacia en su Actuación en la Seguridad Social, tipifica por separado dos conductas distintas constitutivas de faltas, una grave en el artículo 2.3.3 que sanciona «la desatención o el trato incorrecto a los beneficiarios de la Seguridad Social que origine perjuicio asistencial al interesado», cuando se ponga en riesgo la salud del paciente, este sería el caso de la dispensación sin el correspondiente visado de naturaleza sanitaria que garantiza la seguridad en el uso del medicamento; y otra de carácter muy grave en el artículo 2.4.4. por «defraudación a la Seguridad Social a través de la facturación y cobro de recetas oficiales, cuando la cuantía del perjuicio causado o que se tenía intención de causar sea superior a cinco mil pesetas», que sería el caso de medicamentos dispensados sin el correspondiente visado de carácter prestaciones que pone en riesgo los recursos del sistema –así han sido interpretadas aplicándolas por separado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Extremadura núm. 1799/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 octubre–.

este medicamento desde una perspectiva del uso racional del mismo y, por tanto, de la prestación farmacéutica.

Esta confusión se percibe recientemente con mayor claridad en la Resolución 14/05 de 1 de febrero de 2005 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios que establece las condiciones específicas de prescripción en el ámbito del SNS para los fármacos incluidos en el grupo de antipsicóticos atípicos, que mantienen el entrecruzamiento de argumentos a la hora de justificar su imposición.

Dicha Resolución parte de las notas informativas de la Agencia Española del Medicamento y de los Productos Sanitarios (AEMPS) sobre mortalidad en pacientes ancianos consumidores de los antipsicóticos Olanzapina y Risperidona, así como de las referencias a las informaciones proporcionadas que llevan a la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios a afirmar que existe un riesgo en la utilización de antipsicóticos de segunda generación en el colectivo de personas mayores de 75 años, lo que justifica la reconsideración de las condiciones de prescripción y dispensación de estos productos en el ámbito del SNS, sometiendo a visado previo de inspección cuando ésta se realice a mayores de 75 años.

Lo más paradójico de esta decisión es que si bien invoca la base jurídica del art. 22 LM, lo que conduce a presuponer el carácter sanitario de la medida, inmediatamente se hace referencia a que la reserva de visado previo a la dispensación se circunscribe a las especialidades “con cargo al SNS”. Y en el texto de la Resolución se indica, en primer lugar, que se mantiene la financiación por parte del SNS de todos los medicamentos, y en segundo, que se exigirá, a efectos de su prescripción y dispensación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad, cuando se realice a pacientes mayores de 75 años. Por lo tanto, resulta evidente, que la medida no responde a un fundamento exclusivamente relacionado con la seguridad en los medicamentos sino que, si bien puede tener algún trasfondo sanitario, se centra en la optimización de los recursos públicos en la prestación farmacéutica. De otro modo no se entiende que estos “peligrosos” medicamentos puedan ser accesibles a través de receta privada y, en cualquier caso, sin cargo al SNS. No resulta descabellado pensar que bajo la invocación de razones sanitarias y del art. 22 LM en la imposición de visados que realmente tienen una justificación económica, en realidad se pretenda darles un blindaje jurídicos frente a posibles impugnaciones de estas medidas.

También la consideración indistinta de los visados ha conducido a una confusión de su naturaleza y de su régimen jurídico en las sentencias de Juzgados y Tribunales de Justicia

Con respecto a los visados dispuesto por el Ministerio de Sanidad y Consumo a nivel estatal, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 1084/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 9 octubre, dictada frente a la desestimación del recurso de alzada interpuesto por la entidad mercantil «Bristol-Myers, SA» contra dos Resoluciones de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 15 de marzo de 1999, en materia de comercialización de especialidades farmacéuticas en las que exigía para ciertas especialidades el visado, se puede apreciar cómo si bien se juzga si la exigencia de dicho visado previo para la dispensación de una determinada especialidad farmacéutica con cargo al SNS se ajusta o no a derecho, el Tribunal considera aplicable el art. 22 LM que permite someter a reserva los medicamentos «por razones sanitarias objetivas», e interpreta este inciso de dicho artículo a través de los criterios contenidos en el Título VI «Del uso racional de los medicamentos en el Sistema Nacional de Salud» de la LM, y, en particular, a los relacionados en el artículo 94 LM incluido en el mismo, que es en el que se determina el procedimiento para la financiación pública de una especialidad farmacéutica.

Igualmente, a nivel autonómico, se reproduce igualmente esta confusión, como es el caso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2004, núm. 66/2003, se pronuncia sobre la conformidad a Derecho del visado impuesto por la Dirección General del Servicio Andaluz de Salud a las recetas oficiales en las que se prescriban medicamentos celcoxib o refecoxib, o las especialidades que los contenga. El Tribunal señala que se trata de unos visados con los que «se pretende conseguir el uso racional del medicamento, asegurándose que se aplica a las indicaciones aprobadas para dichos medicamentos y no para tratar otras dolencias distintas». Ya hemos señalado que la finalidad de una medida que persigue que la prescripción no se salga de las indicaciones sanitarias aprobadas para esa especialidad es, en realidad, una medida con finalidad de policía sanitaria para proteger la salud de las personas. La confusión de ideas llega a su clímax cuando se afirma en la Sentencia que el visado resulta idóneo y proporcionado, «por cuanto evita que se produzcan desviaciones de prescripción, asegurando un uso racional y adecuado del medicamento»: resulta del todo evidente que si se produce una des-

viación en la prescripción es un problema de disciplina sanitaria que debe resolverse a través de las sanciones administrativas o penales pertinentes y que nada tiene que ver con la dimensión económica del uso racional en el Sistema Sanitario Público.

Por último, es necesario matizar que para mayor complicación en la distinción que proponemos, en algunos casos, los visados pueden abarcar tanto una finalidad sanitaria como otra prestacional, lo cual obliga a una cuidadosa distinción de su contenido aplicando a cada dimensión de su configuración un régimen jurídico distinto.

## **6. Alcance de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en cuanto a los visados de recetas.**

### **6.1. Competencias relativas a la protección de la salud en el uso de los medicamentos: Los visados como medidas para garantizar la seguridad y calidad en la prescripción de medicamentos.**

Hemos señalado anteriormente que, cuando es la seguridad en la utilización de la especialidad farmacéutica lo que fundamenta la intervención pública a través de visados, estos se introducen como una reserva a su autorización que condiciona su prescripción a través de una supervisión de la misma.

Como se ha puesto de manifiesto, los visados, en este sentido, medidas configuradas en ejercicio de la competencia sobre legislación sobre productos farmacéuticos reconocida al Estado en el art. 149.1.16ª CE. Esta es una competencia distinta y más amplia en manos del Estado que la relativa a sanidad interior contenida en este mismo artículo, tal y como reconoce la STC 152/2003 (FJ 7) que afirma que la protección de la salud encomendada al Estado en su dimensión básica, se encuentra reforzada por la atribución al propio Estado de una competencia más amplia, que se extiende a la plenitud legislativa, en lo relativo a la regulación de los productos farmacéuticos y en su seno a los medicamentos de uso humano, lo que encuentra su justificación en la potencial peligrosidad de estos productos.

De este modo, en esta dimensión de los visados, si bien las CCAA pueden desarrollar competencias de ejecución, éstas se limitarán a adoptar medidas de ejecución para verificar que la prescripción se realiza de conformidad con los supuestos y condiciones autorizadas. Al res-

pecto no puede sostenerse que los visados son medidas de ejecución de las dispuestas por el Estado ya que limitan y restringen por sí mismas el acceso de los ciudadanos a los medicamentos para los se exige visado, de la misma forma que ocurre con otras medidas estatales de control como son las establecidas para los productos psicotrópicos y estupefacientes.

Por lo tanto, las CCAA ni pueden afectar a los visados dispuestos por el Estado para determinadas prestaciones farmacéuticas más allá de su pura ejecución, ni pueden imponer nuevos visados a otras especialidades farmacéuticas con esta finalidad, ya que en ambos casos se trataría de unas medidas que afectan a la autorización, la vigilancia y la seguridad del medicamento que corresponden con carácter exclusivo al Estado por razón de su competencia exclusiva en materia de legislación sobre productos farmacéuticos, conforme al art. 149.1.16ª CE. Toda intervención de las CCAA por la que establezcan visados con finalidad estrictamente sanitaria se encuentra, por lo tanto, proscrita en cuanto afectaría al reparto constitucional de competencias.

### **6.2. Competencias relativas a la protección de la salud a través del uso de medicamentos: Los visados como medidas para ordenar el acceso a la prestación farmacéutica.**

En tanto los visados pueden también configurarse como medidas dirigidas a asegurar el contenido de las prestaciones farmacéuticas, en este caso serían establecidas en ejercicio de las competencias propias del Estado y las CCAA relativas a la asistencia sanitaria pública. El Estado es competente para fijar las bases, lo que incluye la definición de las prestaciones sanitarias en general, y las farmacéuticas en particular, que conforman el mínimo común que ha de garantizar la igualdad de los ciudadanos cualquiera que sea su lugar de residencia.

En cuanto las Comunidades Autónomas tienen facultades de desarrollo legislativo y ejecución de esas bases, esta competencia abarca tanto nuevas prestaciones como el establecimiento de nuevos requisitos adicionales sobre los mínimos (STC 32/1983, de 28 de abril). Recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de esta competencia en su Sentencia 98/2004, de 25 de mayo, y ha señalado que al Estado corresponde fijar las bases, que son los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. El TC define lo básico como lo esencial, lo nuclear, o

lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma. Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16ª del art. 149.1 CE –que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según el TC–, deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia.

En el caso de que el Estado estableciese una regulación general de los visados de carácter prestacional estaría ejercitando su competencia básica y dicha normativa debería ser asumida por todas las Comunidades Autónomas, al igual que ocurre con el actual art. 94 LM que ahora mismo les da cobertura. Pero también el Estado ejercita su competencia básica cuando establece cada uno de los visados para determinados medicamentos ya que son medidas que, en última instancia, afecta a la cobertura pública de los medicamentos –al contenido de la prestación farmacéutica– en cuanto éstos determinan la inclusión o exclusión de ciertas indicaciones del alcance de la prescripción facultativa –lo mismo ocurre con el copago desde una perspectiva económica cuando, en vez de excluir la financiación pública por completo, se elimina parcialmente dicha cobertura–. Lo cierto es que los visados, junto a otras medidas –como las listas negativas, los precios de referencia o el copago–, quedan dentro de lo esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser todos ellos mecanismos que garantizan el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado.

De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Efectivamente, el art. 149.1.1ª CE y art. 149.1.16ª CE atribuyen al Estado la competencia sobre las bases en materia de “sa-

nidad”, para asegurar el establecimiento de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos. Lo expuesto se concreta en el art. 23 LCCSNS, que establece que todos los usuarios del SNS tendrán acceso a las prestaciones sanitarias en ella reconocidas en condiciones de igualdad efectiva.

En cuanto el TC reconoce en su Sentencia 98/2004 que los precios de referencia tienen carácter básico dentro del marco normativo que corresponde al Estado en materia de sanidad, conforme al art. 149.1.16ª CE que le otorga la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general en dicha materia, en el mismo sentido, se puede aplicar dicha afirmación con respecto a los visados. Al igual que los precios de referencia limitan el contenido de la prestación farmacéutica al exigir la opción por las especialidades farmacéuticas de menor precio en los grupos que exista una bioequivalente, los visados afectan a este mismo contenido al modular, condicionar o, incluso, restringir las indicaciones –dentro de las aprobadas en la autorización de la especialidad de que se trate–, para las que se provee financiación pública. No se trata de una simple medida para evitar que se produzcan desviaciones en la prescripción, como se ha llegado a afirmar por algún Tribunal, ya que si fuera así se trataría de una medida de orden y disciplina sanitaria destinada a asegurar la seguridad en los medicamentos por lo que entraría dentro de la legislación sobre productos farmacéuticos, materia de la que se encuentra excluida la intervención de las CCAA. Por lo tanto se trata de medidas que modulan, condicionan o restringen determinadas indicaciones de las aprobadas para ciertas especialidades farmacéuticas, es decir, que afectan al contenido de la prestación farmacéutica.

Efectivamente en ambos casos, tanto los precios de referencia como los visados, son medidas que inciden en el acceso a las prestaciones farmacéuticas en condiciones de igualdad por lo que, como señala el TC en su Sentencia 98/2004 con respecto a los primeros, presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con independencia de la Comunidad Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión.

Por lo tanto se trata de que se garantice una necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecerla al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, que puede ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE).

En este sentido es posible aplicar por analogía a los visados la doctrina contenida en la STC 98/2004 acerca de la facultad que se reconoce a las CCAA con respecto a los precios de referencia para fijarlos siempre que respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal, es decir, siempre que incidan positivamente sobre el contenido de la prestación que, a efectos de los precios de referencia, sería fijar unos más altos lo que supondría una inclusión de más especialidades.

A la hora de fijar los precios de referencia, así como de establecer los visados, se estaría ejerciendo una competencia básica por parte del Estado, ya que estas medidas traen causa del art. 94 LM, y con ellas se hace efectivo el contenido de lo básico a pesar de que se ha a través de actos administrativos. El hecho de que no se trate de reglamentos ni de circulares de orden interno u organizativo sino de verdaderos actos administrativos –como ha reconocido la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2004, núm. 66/2003<sup>20</sup> – no es óbice para considerar como parte de lo básico establecido por el Estado, en la medida que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que, en supuestos excepcionales las bases pueden comprender regulaciones detalladas mediante reglamentos e, incluso que incluyan actos de ejecución<sup>21</sup>.

20 En su Fundamento Jurídico Segundo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2004, recurso núm. 773/01, señala que «la Circular rebasa los límites de su naturaleza que deben constreñirse a materias propias de la organización administrativa, produciendo efectos externos, entre ellos, los que afectan a los laboratorios titulares de los medicamentos y especialidades farmacéuticas que en cuanto comercializan los mismo pueden ver alterada sus ventas con dicha medida».

21 Esta posibilidad la fundamenta el Tribunal Constitucional en las exigencias derivadas de la unidad del sistema económico, para cuya preservación no bastan con los denominadores comunes de naturaleza normativa y en la necesidad de actuaciones para prevenir perjuicios irreversibles del interés general (STC 133/1997, de 16 de julio, sobre la Ley del Mercado de Valores con cita de otras sentencias como STC 1/1982, 96/1984, 48/1988, 135/1992, 87/1993 y 37/1997). Sin embargo, resultarían aplicables al ámbito de los precios de referencia o de los visados ya que, de lo contrario, otras medidas que traen causa del art. 94 LM como es la inclusión-exclusión de especialidades de la cobertura pública o la propia fijación de los precios de los medicamentos resulta-

Así es posible que las CCAA intervengan sobre las prestaciones farmacéuticas bien limitándose a asumir los visados establecidos por el Estado –como ha hecho en Galicia con el Decreto 244/2003, de 24 de abril, modificado por Decreto 14/2004–, bien ejerciendo sus competencias de desarrollo con una intervención de mejora, e incrementar y asumir las indicaciones no cubiertas por las restricciones que introducen los visados a nivel estatal. En el fondo ésta sería una actuación similar a las contramedidas llevadas a cabo por ciertas CCAA como consecuencia del «medicamentazo» estatal<sup>22</sup> y que no han sido cuestionadas con respecto al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA.

De la doctrina del TC se puede deducir, *a sensu contrario*, que las CCAA no podrían, sin embargo, hacer un ejercicio de sus competencias que no supongan una mejora o incremento de la prestación farmacéutica, estableciendo visados en aquellas especialidades farmacéuticas para las que la Administración estatal competente (la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios) no haya dispuesto visado alguno.

La razón se debe a que el Estado, al incluir cada una de los medicamentos en la prestación farmacéutica una vez que son autorizados, lo hace con carácter básico, como hemos reiterado, por lo que forman parte de lo básico con plenitud sin que las CCAA puedan establecer medidas que restrinjan uno u otro aspecto del contenido de esta prestación que incidan negativamente en dicho contenido básico. Esta es la razón de que no se admita que las CCAA puedan establecer un precio de referencia más restrictivo que el estatal, o que no puedan establecer una contribución parcial obligatoria en determinados medicamentos o copago y, en última instancia, que no puedan excluir de la financiación pública medicamentos que han sido incluidos por el Estado.

De este modo se respeta el reparto constitucional de competencias y se garantiza lo dispuesto en el artículo 93 LM que reconoce el derecho de todos a obtener medica-

rían disponibles para las CCAA al no considerarse como una concreción de los básicos.

22 Se trata de la exclusión de una serie de medicamentos de la financiación pública mediante el Real Decreto 1663/1998, de 24 julio, amplía la relación de medicamentos excluidos a efectos de su financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad. Las CCAA reaccionaron, en Andalucía, con el Decreto 159/1998, de 28 julio, regula la prestación de varios con cargo a fondos propios de la Comunidad Autónoma.; y en Navarra, con el Decreto Foral 258/1998, de 1 septiembre, establece la prestación complementaria de determinados medicamentos con cargo a fondos propios de la Comunidad Foral.

mentos en condiciones de igualdad en todo el territorio nacional dentro del SNS, sin que se obstaculice con ello el ejercicio de las competencias de las CCAA a la hora de establecer medidas tendentes a racionalizar la utilización de medicamentos, ya que podrían llevar a cabo una intervención de mejora asumiendo las exclusiones o limitaciones de los medicamentos sometidos a visado por el Estado, o podrían establecerse simplemente medidas para una adecuada gestión de dichos visados establecidos a nivel estatal.

Por todas estas razones las actuaciones de algunas CCAA, en la medida que inciden negativamente en el contenido de la prestación farmacéutica dificultando e incluso restringiendo su contenido, suponen un detrimento de los derechos de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma contrario a lo dispuesto con carácter básico por el Estado, por lo que vulneran el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en la materia.

Esta situación indeseable se debe a que precisamente el Estado no ha establecido una normativa básica para encauzar su intervención sobre los medicamentos o si lo ha hecho esta tiene un carácter maximalista. Es decir, el Estado se abstiene de regular con carácter general los visados, el copago, etc. con lo que no fija el ejercicio de su ámbito de competencia asfixiando así las competencias legítimas de las CCAA. Esto se deriva de la peculiar metodología empleada para configurar el contenido de la prestación sanitaria que históricamente se ha llevado a cabo de forma negativa, partiendo de un aseguramiento universal y pleno de la prestación farmacéutica que establece el Estado, por lo que lleva a cabo una definición del ámbito de lo básico excesivamente amplio impidiendo a las CCAA ejercer sus competencias.

Esta situación se visto agravada con la culminación de la transferencias sanitarias a las CCAA y con el nuevo sistema de financiación autonómica que conduce a la paradoja de que las CCAA deben financiar<sup>23</sup> lo que el Estado fija sin poder intervenir al respecto . Por lo tanto resulta imprescindible que el Estado haga un ejercicio de constricción y apruebe una normativa mediante la que configure la prestación farmacéutica con carácter básico de manera que se limite a asegurar las condiciones básicas de la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derecho (art. 149.1.1ª CE), lo que garantiza un contenido

mínimo –lo cual significa que tenga que ser escaso–, que permita a las CCAA ejercer sus legítimas competencias constitucionalmente reconocidas.

Mientras esto no ocurra y no se apruebe una normativa estatal sobre los visados, la única alternativa factible es que las propuestas de visados sobre determinados medicamentos se presenten ante el Consejo Interterritorial del SNS de manera que se debata y se vote en el seno de dicho órgano. Posteriormente, tras el acuerdo de todas las partes implicadas el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Dirección General de Farmacia, procedería al establecimiento del visado en las especialidades farmacéuticas de que se trate, pudiendo las CCAA llevar a cabo la ejecución conforme a su modelo de gestión y el establecimiento, en su caso, de medidas de mejora.

## **7. Conclusiones.**

Las conclusiones a las que se puede llegar tras un análisis jurídico de los visados de recetas de los medicamentos son las siguientes:

1. Los visados de recetas son una de las medidas posibles de intervención sobre el acceso a los medicamentos, que, en particular, afectan a la prescripción de medicamentos por los especialistas médicos si bien afectan a la dispensación por parte de los farmacéuticos. Estas medidas son una
2. Si bien los visados surgen como una medida de control del gasto farmacéutico en los Concierdos entre el INP y la industria farmacéutica, a partir de la década de los años ochenta han ido asumiendo una creciente justificación sanitaria.
3. Existen dos clases de visados que se distinguen en función de la finalidad con la que se imponen: unos “visados sanitarios” para garantizar la seguridad en la prescripción y unos “visados de uso racional” para garantizar la utilización adecuada de recursos públicos en función de las necesidades de salud del paciente.
4. Estos visados deben estar siempre justificados y deben estar orientados, en cualquier caso, a la promoción de la salud, garantizando la asistencia sanitaria en casos de pérdida de salud.
5. Si bien estos dos tipos de visados pueden llegar a ser formalmente iguales, responde a regímenes jurídicos distintos: unos se basan en el art. 22 LM y sus normas de desarrollo y los otros en el art. 94 LM.

---

<sup>23</sup> Sobre esta problemática, con carácter general, vid. Vida Fernández, José: «La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo (RAP)*, n. 117, 2003.

6. Las autoridades sanitarias, tanto estatales como autonómicas, han llevado a cabo una consideración indistinta de uno y otro tipo de visados considerándolos como una categoría única, por lo que en su justificación se entrecruzan aspectos sanitarios y aspectos relativos a la ordenación de la prestación farmacéutica. Las sentencias en los que Jueces y Tribunales de Justicia se han pronunciado sobre estas medidas han incidido igualmente en esta falta de distinción.
7. A partir de este planteamiento, el reparto de competencias del Estado y de las CCAA con respecto a la imposición de visados es distinta en función de que se trate de visados con finalidad sanitaria o visados con finalidad de ordenación de la prestación y uso racional.

En el primer caso, al Estado compete establecer este tipo de visados que respondería a la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16ª CE). Las CCAA únicamente podrían adoptar medidas relativas a su ejecución.

En el segundo caso, el Estado puede establecer con carácter básico una ordenación sobre los visados o establecer visados para determinados medicamentos, en virtud de su competencia sobre bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16ª CE). Las CCAA pueden hacer ejercicio de sus competencias de desarrollo únicamente financiando a su cargo indicaciones excluidas por los visados y no imponiendo nuevos visados.

8. Esta situación, con respecto a los visados de carácter económico-prestacional se debe a un exceso por parte del Estado en la determinación del contenido básico de la prestación farmacéutica que debería ser corregido, limitándose establecer un contenido que permita a las CCAA ejercer las competencias que tienen reconocidas.

## **8. Bibliografía y anexo.**

### **8.1. Bibliografía.**

Esteve, Emili: «Los visados como elemento distorsionador para la industria », en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 19-21.

Farmaindustria: Visados de inspección: Debate abierto, Madrid, 2004.

García Alonso, Fernando: «De los visados a la receta electrónica», en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 11-15

Giner, José: «Los visados en Andalucía: de la legalidad al chalaneo», en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 25-29.

Hernández, Gonzalo: «Implantación de visados: ¿Es una estrategia eficiente para controlar el gasto sanitario global? », en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 21-25

López, Asensio: «La prescripción de fármacos: historia de una imperfección», en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 29-33.

Paulino, Javier: «Los pacientes, protagonistas también en las decisiones sobre ahorro», en *Los visados: contención del gasto o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 33-35.

Vida Fernández, José: «La redistribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de medicamentos», *Revista Española de Derecho Administrativo* (RAP), n. 117, 2003.

Villar Rojas, Francisco: «¿Quién puede imponer visados?», *Correo Farmacéutico*, semana del 21 al 27 de marzo de 2005, pag. 2.

Vizoso, José Ramón: «La homologación como garantía de eficacia», en *Los visados: contención del gatos o calidad asistencial*, Informe INESME (Instituto de Estudios Médico-Científicos), marzo 2004, pags. 15-21

### **8.2. Anexo: Cronología de la ordenación de los visados de recetas.**

- 1967-1972.- Concierto entre el Instituto Nacional de Previsión y la Junta Nacional del Grupo de Industrias Farmacéuticas del Sindicato Nacional de Industrias Químicas.
- 1978.- Real Decreto 946/1978, de 14 de abril, de procedimiento de evaluación y control de la prestación farmacéutica
- 1990.- Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (arts. 22 y 94)

- 1992.- Circular 6/92, de 12 de agosto de 1992 del Instituto Nacional de Salud (INSALUD), que se refiere al procedimiento para el visado de Inspección del INSALUD de las recetas,
- 1993.- Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, sobre evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de las de uso humano
- 1998.- Modificación del art. 22 LM por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social
- 2002.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Madrid núm. 1084/2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), de 9 octubre
- 2003.- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad en el SNS (art. 33.2)
- 2004.- Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, núm. 98/2004.
- 2004.- Sentencia del Tribunal de Justicia de Andalucía de 15 de noviembre de 2004, núm. 66/2003
- 2005.- Resolución 14/05 de 1 de febrero de 2005 de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios que establece las condiciones específicas de prescripción en el ámbito del SNS para los fármacos incluidos en el grupo de antipsicóticos atípicos.



# TERAPIA GÉNICA E INVESTIGACIÓN CON CÉLULAS MADRE EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

*David Larios Risco*

Profesor de la Escuela Nacional de Sanidad  
Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

I. Planteamiento previo. II. Límites y objetivos del presente trabajo. III. La terapia génica y el ordenamiento jurídico español. IV. Régimen jurídico de la investigación con células madre en España. a) Células madre procedentes de adulto b) Células madre del cordón umbilical y de embriones y fetos abortados. c) Células madre embrionarias. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

## **I. Planteamiento previo.**

### **El origen de muchas enfermedades está en el nivel celular<sup>1</sup>.**

La lucha del ser humano contra la enfermedad ha sido –y seguirá siendo– una constante a lo largo de la historia. Gracias a la revolución biomédica y a las incesantes innovaciones tecnológicas en el campo de la medicina hemos logrado incrementar notablemente la esperanza de vida, controlar gran parte de las enfermedades infecciosas, reparar o reponer órganos y tejidos dañados, dominar la reproducción, aliviar el dolor, y rehabilitar el cuerpo humano hasta extremos inimaginables hace tan sólo un siglo.

Pero a pesar de estas grandes transformaciones, lo cierto es que estamos aún lejos de poder atajar muchas de las enfermedades que deterioran y destruyen la vida humana.

Las técnicas basadas en la modificación genética o en la regeneración celular se han convertido ya en *la gran esperanza terapéutica del nuevo siglo*. El éxito de estos

novedosos planteamientos terapéuticos abriría paso a una nueva era de la medicina, una era en la que el ser humano –modificando su patrimonio genético– pudiera corregir los genes que activan determinadas enfermedades hoy incurables, una era en la que fuéramos capaces de reparar tejidos y órganos –no con fármacos o dispositivos mecánicos– sino con recambios vivos hechos a medida de cada paciente.

Los recientes estudios biomédicos se han revelado como la fuente más importante de conocimiento sobre las causas y el desarrollo de la vida, la enfermedad y la muerte. Gracias a ellos sabemos que *el organismo adulto se compone de 10 billones de células especializadas que responden a más de 200 tipos celulares caracterizados por su distinta morfología y función*. También sabemos que la capacidad de autoorganización de los seres vivos permite que esas células funcionen de manera unitaria dando lugar a la constitución, desarrollo y maduración del organismo.

## **La regeneración celular frente a la enfermedad**

Los tejidos y órganos humanos, constituidos por células, tienen cierta capacidad para hacer frente al deterioro; pueden repararse y regenerarse por sí mismos hasta cierto punto. Sin embargo, esta capacidad autocurativa no puede impedir la aparición de enfermedades causadas por

---

<sup>1</sup> El patólogo alemán Rudolf Virchow fue uno de los primeros en apuntar la idea, ya en el Siglo XIX, de que el origen de las enfermedades se produce en el nivel celular.

la degeneración y muerte celular tales como el Parkinson, las alteraciones cardíacas, la diabetes, el Alzheimer, etc...

Los avances en la Genética humana, la Biología Molecular y Celular, y la Terapia Génica permiten albergar la esperanza de nuevos caminos en la lucha contra ese tipo de enfermedades asociadas a la degeneración celular irreversible.

Los científicos buscan métodos que permitan producir células humanas intactas *in vivo* (en el propio organismo) o bien *in vitro* (y en ese caso trasplantarlas o inyectarlas al paciente) con el fin de regenerar los tejidos u órganos que enferman a causa de la destrucción de sus células. Las esperanzas de reparación de los tejidos enfermos se basan fundamentalmente en el potencial de las células madre (o células troncales)

### **El inmenso potencial de una sola célula**

El hecho científico en el que se fundamentan las grandes expectativas de la terapia celular es el de que *todos los tipos celulares presentes en el organismo humano provienen, en último término, de una primera célula no especializada* (el cigoto), y alcanzan su madurez a través de dos procesos básicos en la biología del desarrollo que se producen a lo largo de la vida de manera continuada y simultánea: la *proliferación*<sup>2</sup> y la *diferenciación*<sup>3</sup> celulares.

El potencial terapéutico de las células madre se basa en su capacidad para proliferar (pueden renovarse constantemente mediante la división celular) y en su plasticidad (capacidad para diferenciarse en los distintos tipos de células especializadas que integran los tejidos y órganos de nuestro cuerpo).

Esas cualidades -proliferación y diferenciación- permiten a los científicos albergar grandes expectativas en este campo de investigación.

#### ***La ciencia: un poder ambiguo***

No resulta extraño -a la vista de las implicaciones científicas, económicas, religiosas, éticas y políticas de

---

<sup>2</sup> Los científicos vienen dedicando un enorme esfuerzo para entender los elementos moleculares que intervienen en el control de la proliferación celular sin que hasta el momento se hayan podido dominar los mecanismos de este proceso en tejidos normales y patológicos.

<sup>3</sup> Las células no sólo crecen en número, sino que se organizan en tejidos y órganos gracias a los procesos de diferenciación. La diferenciación consiste en una serie de cambios que se producen en la célula y que la llevan a adquirir características morfológicas y funcionales especializadas.

estas líneas de investigación- que el desarrollo de las terapias génica y celular se haya convertido en un tema candente y de enorme calado en el conjunto de la sociedad.

Sin embargo, el enconado debate que suscitan determinadas líneas de experimentación (terapia génica germinal, células madre embrionarias o *clonación terapéutica*) no puede hacernos perder de vista el hecho indiscutible de que *si los diferentes proyectos que se llevan a cabo en este campo tiene éxito, habrá personas que dejarán de sufrir enfermedades incurables, y la humanidad se beneficiará de aplicaciones clínicas de una eficacia desconocida hasta la fecha*.

No es extraño, ante tan esperanzador panorama, que los nuevos planteamientos terapéuticos basados en la modificación genética y en la maduración y trasplante de células madre se sigan con creciente interés por el conjunto de la sociedad, y que las expectativas generadas por los proyectos de investigación que se vienen desarrollando por diversos equipos científicos en diferentes países hayan generado un clima de optimismo en torno a las potenciales aplicaciones de la medicina regenerativa.

### **Luces y sombras de la terapia celular**

Hasta el momento, sólo determinados tratamientos con células madre adultas han sido probados en humanos con cierto éxito<sup>4</sup>.

Al mismo tiempo, decenas de investigadores en todo el mundo (embarcados en proyectos millonarios financiados por la iniciativa pública y privada) están realizando interesantes progresos utilizando células embrionarias<sup>5</sup>.

Lo cierto es que los resultados actuales, aunque esperanzadores, son aún escasos. Nos encontramos lejos de la obtención de nuevos tratamientos o apuestas terapéuticas eficaces. La utilización en medicina regenerativa de células troncales es, en estos momentos, poco más que una hipótesis de investigación que topa con numerosas dificul-

---

<sup>4</sup> La literatura científica describe casos de pacientes con leucemia en los que se logró la curación mediante el tratamiento con células madre de la médula ósea y de la sangre del cordón umbilical. Las células madre sanguíneas también han sido eficaces contra el linfoma Hodgkin y los cánceres pancreáticos y de ovarios en algunos pacientes.

<sup>5</sup> La firma norteamericana Geron está sentando las bases para las primeras pruebas clínicas de tratamientos con células madre embrionarias. Geron está en condiciones de producir ocho tipos de células (nerviosas, cardíacas, hepáticas, islotes pancreáticos y cerebrales, entre otras) a partir de líneas embrionarias, y espera conseguir la autorización de la FDA para empezar a probar las células en pacientes humanos con lesiones medulares en 2006.

tades aún no solventadas<sup>6</sup>. El estado actual del conocimiento no permite predecir con exactitud hacia donde se orientarán las futuras líneas de investigación.

Desde un punto de vista *ético*, resulta indudable que la expectativa de curación de enfermedades humanas graves es una razón poderosa para promocionar la investigación orientada a tal fin<sup>7</sup>. Sin embargo, el paso de la experimentación en el modelo animal a la utilización de material biológico humano en los proyectos de investigación con células madre suscita inquietud y genera posicionamientos frontalmente encontrados en torno a la licitud moral de algunos de estos trabajos.

El impacto social de los valores en juego es indudable. Pero lo cierto es que el debate ético está profundamente condicionado por dos cuestiones aún inciertas: cuál puede ser **la eficacia real** de las terapias celulares –que aún no permite realizar una adecuada ponderación de los valores en juego, al desconocerse el alcance de los beneficios frente a los que se esgrimen los actuales postulados morales, ideológicos y religiosos-, y cuáles van a ser las **fuentes de obtención de las células madre** capaces de revelar una mayor potencialidad para la investigación y el tratamiento – ya que no todas ellas plantean problemas éticos-.

En todo caso, una sociedad pluralista ha de ser capaz de valorar detenidamente los problemas morales que puedan derivarse de la lesión de determinados valores comunes con el fin de alcanzar acuerdos intersubjetivos sobre cuestiones que afectan al conjunto de la humanidad presente y futura, y lo ha de hacer tras un debate exento de intereses políticos y de dogmas religiosos o morales.

### **¿Y la legislación?**

La vertiginosa evolución de los proyectos de investigación genética y de los ensayos clínicos con células madre está suscitando una serie de problemas que reclaman un marco jurídico adecuado.

---

<sup>6</sup> *Al margen de los problemas éticos y jurídicos relacionados con la terapia celular en línea germinal, o con la obtención y utilización de células madre embrionarias, quedan por resolver dificultades técnicas complejas, tanto en fase de investigación (capacidad de cultivo) como en la posible aplicación terapéutica de los resultados obtenidos (riesgo de generación de tumores o rechazo inmunitario al ser trasplantadas, entre otras)*

<sup>7</sup> *“Diversas organizaciones y comisiones han manifestado en este punto que el respeto a lo valioso y el posible alivio del sufrimiento humano son las dos grandes razones que pueden esgrimirse desde un punto de vista ético para potenciar las investigaciones, razones que no pueden subordinarse al imperativo comercial” (Informe del Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica. 2003)*

Suele decirse del Derecho que va uno o varios pasos por detrás de la realidad social. Y esto no es intrínsecamente malo, siempre que el desfase no sea de tal entidad que genere una inseguridad jurídica socialmente inaceptable.

La elaboración de cualquier norma imperativa que afecte a valores tan relevantes como la vida, la salud, la dignidad, la libertad de investigación o la libertad religiosa e ideológica, no es una tarea que pueda afrontarse con precipitación, sino que ha de ir forzosamente precedida de un amplio debate basado en una información veraz.

La falta de una regulación moderna y específica de la investigación biomédica<sup>8</sup> que responda al estado actual del conocimiento científico puede provocar inequidad, desprotección de bienes jurídicos dignos de tutela, imposibilidad de aplicación de las normas existentes a realidades no contempladas en el momento de su promulgación, así como inseguridad jurídica en torno a la licitud de determinados proyectos de investigación sobre el genoma o las células embrionarias que nos hagan dudar de si se encuentran, o no bajo, el paraguas protector del ordenamiento jurídico.

La disyuntiva en la que se encuentran los Estados modernos en relación con la investigación biomédica se traduce en muchos casos en una parálisis legislativa, parálisis ante la imposibilidad de extraer un mínimo común denominador que ponga de acuerdo los miedos y los deseos de la sociedad en su conjunto.

No podemos olvidar que en cada uno de los tres ámbitos apuntados (científico, ético y jurídico) se está trabajando sobre realidades en constante y rápida evolución, lo que reclama una necesaria relativización de los postulados contemporáneos, y una actitud abierta a la reflexión y al cambio que nos permita asumir sin traumas los nuevos hallazgos que nos aguardan, o abandonar aquellas líneas de investigación que se revelen ineficaces o planteen problemas éticos insuperables, una actitud que nos invite a revisar los principios éticos y morales que vayan quedando superados por la evidencia del bien común, y que nos empuje también a adaptar la legislación vigente a los retos y exigencias que, de manera incesante, nos plantea la evolución científica; y todo ello con el fin de poder dar una adecuada respuesta jurídica a las cuestiones controvertidas que a buen seguro planteará la biomedicina del nuevo milenio.

---

<sup>8</sup> *Reiteradamente anunciada por distintos responsables del Ministerio de Sanidad para finales del presente año.*

## **II. Límites y objetivos del presente trabajo.**

Las cuestiones más problemáticas suscitadas en torno a la terapia génica y a la investigación con células madre humanas –tanto desde el punto de vista de la ética como del Derecho– varían enormemente en función del procedimiento a utilizar y de la fuente de obtención del material biológico necesario.

No me corresponde un análisis ético de la cuestión, pero resulta interesante que nos detengamos a observar una evidencia apriorística: la terapia génica somática (es decir, aquella que no implica alteraciones en la línea germinal) y la investigación con células madre que se obtienen de tejidos adultos, cordón umbilical o fetos abortados, no plantea una problemática ética relevante, en tanto que el debate es enconado cuando se trata de terapia génica germinal o de investigación con células madre embrionarias. Y esto mismo sucede en el ámbito del Derecho, donde las dudas jurídicas fundamentales se centran también en el campo de la alteración del patrimonio genético de individuos no nacidos y en la investigación con células madre embrionarias (procedentes de técnicas de reproducción asistida o creados mediante la transferencia nuclear).

No es extraño que esto sea así ya que el Derecho es, o debe ser, el adecuado reflejo de la cultura, ideología y convicciones morales imperantes en la sociedad de cada territorio y cada momento histórico. En los Estados democráticos, las normas jurídicas emanan del conjunto de la sociedad y encuentran su legitimidad en la aceptación generalizada de la ciudadanía. Pero si la sociedad no tiene claro el camino a seguir, si no existen posturas mayoritarias que respalden una determinada opción legislativa frente a las demás, entonces es cuando el Derecho se estanca en la indeterminación y no es capaz de dar una respuesta nítida a las cuestiones controvertidas. Y es en ese punto en el que se encuentran buena parte de los países de nuestro entorno socio-político cuando se trata de decidir sobre los límites a la terapia génica o a la experimentación con embriones humanos.

Sentado lo anterior, *el presente trabajo no pretende sino analizar la respuesta que la legislación española ofrece, a día de hoy, a los problemas jurídicos derivados de la investigación genética orientada a la curación de enfermedades y de la investigación sobre células madre humanas en función de las diferentes actividades y fuentes de obtención del material biológico necesario.*

Sin embargo, es necesario reconocer que los objetivos del presente trabajo están limitados, entre otros factores, por el ámbito territorial de la normativa analizada (que nos hará prescindir de un análisis del Derecho comparado, salvo someras e inevitables referencias a la normativa de otros Estados) y por la propia dinámica legislativa en un momento, como el actual, en el que se anuncian cambios en la regulación de la investigación biomédica.

Así pues, las referencias a la normativa vigente a la fecha de finalización del presente trabajo bien pueden en breve precisar de una adecuación a las nuevas normas que se vayan promulgando, algunas de ellas en avanzada fase de elaboración.

## **III. La terapia génica y el ordenamiento jurídico español.**

### ***Combatir la enfermedad atacando su origen molecular***

En términos muy generales, puede decirse que la terapia génica se presenta como una promesa terapéutica basada en la modificación del repertorio genético de células somáticas mediante la administración de ácidos nucleicos y destinada a curar tanto enfermedades de origen hereditario como adquirido.

Con la terapia génica se trata de modificar los genes defectuosos en el interior de las células y producir así el efecto curativo deseado. Las modificaciones genéticas pueden llevarse a cabo en cultivo, y las células manipuladas se administran después al paciente; o pueden implicar procesos de modificación de células in vivo<sup>10</sup>

El surgimiento de la terapia génica ha sido posible gracias a la confluencia de los avances del conocimiento en los campos de la Biología Molecular, la Genética, la Virología, la Bioquímica, y la Biofísica, entre otros.

La mayor parte de los estudios que se han realizado hasta la fecha pretenden reemplazar un gen defectuoso por una copia normal para el tratamiento de enfermedades causadas por la alteración de un sólo gen (monogénicas). También se usan estos procedimientos en terapias antitu-

<sup>9</sup> El Gobierno español ha manifestado en reiteradas ocasiones que está trabajando en la elaboración de una nueva Ley de Reproducción Asistida y una nueva Ley sobre Investigación en Biomedicina que contribuyan a facilitar la labor de los investigadores en el marco de un estricto control ético-científico (2/7/2004 EFE)

<sup>10</sup> (Mulligan R.C., 1993; Fuchs E., y Segre J.A., 2000).

morales, introduciendo genes capaces de producir una reacción citotóxica.

Se investigan las bases genéticas de enfermedades complejas (multigénicas) como la diabetes mellitus o la enfermedad de Alzheimer, con el fin de corregir y reemplazar las células beta del páncreas destruidas, o las células nerviosas dañadas.

Una combinación de las terapias Génica y Celular puede ser útil para el tratamiento de algunas enfermedades. Por ejemplo, células del miocardio o del hígado a las que se les inserta una copia del gen que tienen defectuoso pueden ser útiles en el tratamiento de pacientes con mutaciones heredadas en un gen, como la hemofilia o la distrofia muscular<sup>11</sup>.

### ***El ordenamiento jurídico y la protección del genoma.***

Desde el punto de vista jurídico, la **terapia génica somática**, aún en fase experimental, no plantea problemas diferentes de los que presenta un ensayo clínico con productos farmacológicos y por ello, la legislación general aplicable sería la misma, es decir, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento y el Real Decreto 561/1993, de 19 de abril, por el que se regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos.

Por su parte, la **terapia génica en línea germinal** -a pesar de que por el momento no se puede afirmar que exista como realidad científica- viene siendo rechazada de manera unánime por la legislación internacional (unas veces en forma de moratoria, otras en forma de prohibición expresa).

Las *razones éticas* que sustentan este rechazo son: la incertidumbre en cuanto al alcance de sus consecuencias sobre los pacientes y sobre la especie humana en general; la vulneración de un derecho colectivo representado por el patrimonio genético de futuros seres humanos; el derecho a la biodiversidad, y la ausencia de consentimiento de los futuros seres que van a ver alterado su genotipo.

La *legislación internacional* contiene numerosas disposiciones dirigidas a la protección del genoma humano. Todas ellas coinciden en la prohibición de la terapia génica germinal, así:

- a) La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997.

- b) La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de 26 de febrero de 1994, cuyo artículo 3 dispone expresamente que *las personas que pertenecen a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y preservación de la especie humana y se prohíbe causar daño a la vida en particular con actos que comprometan de forma irreversible la preservación de la especie humana, el genoma y la herencia genética.*

- c) El Convenio sobre Biodiversidad del Consejo de Europa (1993)

- d) El Convenio del Consejo de Europa sobre Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997 (conocido como *Convenio de Oviedo* y que está vigente en España, con rango de Ley, desde el 1 de enero de 2002), cuyo artículo 13 señala que *únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia*

### ***El código penal no distingue entre terapia génica somática y germinal.***

La legislación española interna sobre alteración del genotipo de los seres humanos ha de ser completada con lo dispuesto en el artículo 159 del Código Penal vigente, que tipifica el delito de manipulación genética cuando se hace con una finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves. Por tanto, cuando la manipulación genética se haga con fines curativos o terapéuticos, la conducta no resultaría penada.

La escueta regulación de esta norma que data del año 1995, permite a algunos autores<sup>12</sup>, sostener que *el Código Penal español está autorizando, de manera implícita, la terapia génica tanto en vía somática como en vía germinal*, en contra de la prohibición expresa de esta segunda técnica que se contiene en las disposiciones internacionales a las que nos hemos referido anteriormente.

<sup>11</sup> (Barr E. y Leiden J.M., 1991; Ye X., et al., 1999; Bohl D., et al., 1997)

<sup>12</sup> Entre ellos, Juan Felipe Higuera Guimerá, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza, en su trabajo "El Genoma Humano", contenido en el Num.1 del Volumen 7 de la Revista Derecho y Salud correspondiente al semestre enero-junio de 1999.

La aparente contradicción entre lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de Oviedo, y lo previsto en el artículo 159 del Código Penal no puede obedecer sino a un desfase temporal de esta segunda norma que precisa, sin duda, de una revisión para adecuarla a realidades que no fueron adecuadamente previstas en el momento de su promulgación.

El delito previsto en el artículo 159 del Código Penal se puede cometer dolosamente, y entonces resultaría castigado con una pena de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años, o bien de manera imprudente, siendo entonces la pena la de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial de uno a tres años.

Así pues, el actual delito de manipulación genética contemplado en el artículo 159 del Código Penal, únicamente castigaría aquellas conductas de alteración del genotipo que tuviera una finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves, lo que convierte en atípica la manipulación genética –incluso en la línea germinal, ya que la norma no distingue– destinada a la investigación para la curación de enfermedades.

Poniendo en relación lo previsto en el Código Penal, con la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, resulta que la terapia génica en la línea germinal vendría admitida en embriones y fetos en el útero, pero únicamente si se cumplen ciertos requisitos (art. 1.3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida) entre ellos el de disponer de una lista de enfermedades en las que la terapéutica sea posible desde criterios estrictamente científicos siempre que no se influya en los caracteres hereditarios no patológicos (art. 8) ni se busque la selección de los individuos (art. 13.3.c) o de la raza (art. 13.3.d). Dicha lista debió aprobarla el Gobierno por Real Decreto ( Disposición Final 10.d ).

No resulta aventurado interpretar, a la vista de la normativa interna sobre alteración del genotipo, que el legislador español estaba pensando, más que en la prohibición de una conducta –alteración de la línea germinal– en la prohibición de una finalidad: la selección de la raza a través de la eugenesia (ya sea la positiva, mediante la mejora del genotipo de los individuos, o la negativa, evitando la propagación de taras heredables), dejando impune la alteración del genotipo con finalidades terapéuticas.

Sin duda, la nueva Ley sobre investigación biomédica que se anuncia habrá de abordar este asunto para ade-

cuar la normativa española al actual estado del conocimiento científico en esta materia.

#### **IV. Régimen Jurídico de la investigación con células madre en España.**

Como quedaba apuntado en la introducción al presente trabajo, la respuesta que el Ordenamiento jurídico español ofrece a las cuestiones controvertidas derivadas de la investigación y experimentación con células madre varía en función de la fuente de obtención del material biológico necesario para el desarrollo de los proyectos de investigación.

Un repaso sistemático de la legislación española en este campo obliga a distinguir una serie de epígrafes cuyo análisis constituye el objeto principal del presente trabajo.

##### **a. Investigación y experimentación con células madre procedentes de tejidos adultos.**

###### ***¿Las células madre adultas como alternativa al uso de embriones ?***

En contra de uno de los dogmas clásicos de la embriología, según el cual el destino de las células de los tejidos adultos está fijado de forma irreversible, un equipo de investigadores liderado por Angelo L. Vescovi demostró en 1999 que las células madre no tienen que proceder necesariamente de embriones para que sean capaces de diferenciarse y dar células especializadas, ya que en el organismo adulto también existen células madre responsables de mantener los tejidos en condiciones fisiológicas óptimas y repararlos en caso de alteración o daño<sup>13</sup>.

En un medio de cultivo adecuado, las células madre adultas son capaces de proliferar y diferenciarse hacia determinados tipos de tejidos –no todos–, y lo hacen de forma más controlada que las células madre embrionarias. Al mismo tiempo, la ausencia de rechazo inmunológico, al ser propias, aporta una gran ventaja para transplantes celulares.

El debate suscitado por la destrucción de embriones de los que se obtienen las células pluripotentes, y la demostración de la gran plasticidad de las células madre

---

<sup>13</sup> Hasta la fecha se ha detectado la presencia de células madre en la médula ósea, en la sangre periférica, en la sangre del cordón umbilical, en el cerebro, en la médula espinal, en la pulpa dentaria, en los vasos sanguíneos, en el músculo esquelético, en el epitelio de la piel y en el tejido conjuntivo, en la córnea, en la retina, en el hígado y en los conductos del páncreas.

adultas<sup>14</sup>, parece haber situado esta línea de investigación en un plano de aceptación superior al de los proyectos basados en células madre procedentes de embriones, en tanto los resultados obtenidos y los retos planteados en uno y otro caso son equiparables.

Para muchos, la disyuntiva acerca de permitir o, por el contrario, rechazar el uso y manipulación de embriones humanos para obtener células madre pluripotentes puede ser resuelta acudiendo a las células madre de la sangre del cordón umbilical y a las multipotenciales<sup>15</sup> de la médula ósea y de diversos tejidos y órganos adultos.

No obstante, este criterio no es unánime. Muy al contrario, diversos científicos y comités internacionales recomiendan que se avance en la investigación con ambos tipos de células (embrionarias y adultas) dado que presentan características y potencialidad diferentes.

Por otro lado, no podemos olvidar que existen una serie de retos científicos pendientes de resolver respecto al valor de las células madre adultas, tales como la demostración de su capacidad de proliferación *in vitro* en número suficiente para el trasplante, la demostración de una capacidad de diferenciación que sea bastante para la regeneración de todo tipo de tejidos, y la consecución de una mejora funcional estable en el tejido trasplantado.

### ***Régimen jurídico de la investigación con células madre procedentes de tejidos adultos.***

La obtención y utilización de células madre procedentes de tejidos adultos está amparada por el ordenamiento jurídico español bajo el ámbito aplicativo de la normativa sobre el empleo en investigación de tejidos humanos.

El Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo<sup>16</sup>, somete las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de tejidos humanos (entre los que cabe incluir sin

---

<sup>14</sup> La enorme potencialidad de las células madre de tejidos adultos fue sido calificado por la revista Science como uno de los diez descubrimientos más extraordinarios del año 2000.

<sup>15</sup> Como alternativas más relevantes a la investigación con células madre obtenidas de embriones se plantea el empleo de la terapia génica, la reprogramación genética, o la investigación sobre células madre obtenidas de tejidos adultos, de la sangre del cordón umbilical, de fetos humanos abortados, e incluso de óvulos no fecundados, sino activados. ACT ha conseguido en modelo animal células con las características de las madre embrionarias desde lo que se ha denominado generalmente un "huevo huero", esto es un óvulo no fecundado sino activado (Science nº 295, pag. 819)

<sup>16</sup> Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, relativo a la obtención y utilización de tejidos humanos.

lugar a dudas las células madre) a una serie de principios y requisitos.

Se admite, pues, la donación de células madre procedentes del órganos y tejidos adultos, tanto para la investigación como para su utilización terapéutica, garantizando la confidencialidad de los datos personales del donante y del receptor, así como en el tratamiento de la información necesaria para el desarrollo del proceso (art. 3).

Estas donaciones han de tener carácter altruista y gratuito, debiendo estar ausente el ánimo de lucro de las actividades desarrolladas por los Bancos de Tejidos Humanos (art. 5)

Las donaciones de tejidos pueden proceder de individuos muertos, y en ese caso el Real Decreto admite su obtención y utilización con fines investigadores o de experimentación.

En cambio, la posibilidad de empleo con fines de investigación de células madre procedentes de un individuo vivo no aparece contemplada de manera expresa en la norma a la que nos referimos, permitiéndose únicamente las actividades de obtención y utilización de tejidos procedentes de donante vivo con finalidad terapéutica. Esta ausencia de previsión expresa obedece, sin duda, a la fecha en que fue promulgada la norma (año 1996) y su aplicación a los supuestos de obtención de células madre de un individuo vivo para su posterior implantación en ese mismo sujeto (sin perjuicio de las investigaciones que pudieran realizarse adicionalmente) que contempla el art. 6 ha de ser admitida siempre que las muestras que aporte el donante vivo sirvan o puedan servir para *favorecer su salud y sus condiciones de vida*.

Todas las actividades de obtención y utilización de tejidos humanos han de realizarse respetando los derechos fundamentales y los postulados éticos de la investigación biomédica (art. 6.3), previo consentimiento escrito del donante mayor de edad y plenamente capaz, que ha de ser expreso, libre, consciente y desinteresado, tras haber recibido una información adecuada y suficiente (art. 7). Del mismo modo, es necesario el consentimiento escrito del receptor previa información adecuada de los riesgos y beneficios (art. 9)

El Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, también dedica una serie de preceptos a los requisitos técnicos y administrativos que deben cumplir los centros de obtención y centros de implantación de tejidos humanos (arts. 10 a 13) y los Bancos de Tejidos Humanos (arts. 14 a 16) y a otras actividades relacionadas con el transporte, acceso

para la utilización, entrada y salida de España de tejidos humanos (arts. 17 a 21) así como un régimen de sanciones administrativas por infracción de requisitos técnicos y administrativos.

## **b. Células madre del cordón umbilical, de fetos y de embriones abortados.**

### ***Las células madre de la sangre del cordón umbilical***

Hace más de veinte años se demostró que en la sangre del cordón umbilical existían tantas células madre como en la médula ósea<sup>17</sup>. Estas células se extraen en el momento del nacimiento sin afectar al neonato ni a la madre, y se vienen usando desde 1988 en trasplantes, incluso tras largo tiempo de criopreservación. Actualmente se plantea su uso también en terapia génica.

Las células madre de la sangre del cordón umbilical tienen la capacidad de generar tejidos diferentes a los del entorno en el que residen, y presentan menos problemas de compatibilidad que las de la médula ósea, aunque por el momento se ignora el alcance de su potencial terapéutico.

La sangre de cordón umbilical posee un tipo de células madre capaces de generar los glóbulos rojos que transportan el oxígeno, los blancos que combaten las enfermedades y otros componentes del sistema inmunitario. A diferencia de una simple transfusión sanguínea, que proporciona una remesa de células destinadas a morir en unos pocos meses, las células madre de la sangre del cordón umbilical pueden penetrar en los huesos del receptor, arraigar y producir nuevas células sanguíneas e inmunológicas durante toda la vida del paciente.

Ante las evidentes ventajas de los trasplantes de sangre del cordón umbilical, hoy existen en el mundo más de cuarenta bancos –siete en España-, que poseen más de 155.000 unidades de plasma. La importancia de estos bancos será cada vez mayor según avance la investigación sobre las células madre que atesoran.

La obtención y utilización en investigación de las células madre de la sangre del cordón umbilical se encuentra sometida al régimen ya expuesto del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo (Disposición Final Única, letra f). El requisito del consentimiento del donante habrá de ser cumplimentado, en este caso, por la madre.

<sup>17</sup> Pueden obtenerse hasta 4 millones de células precursoras a partir de 200 ml de sangre del cordón umbilical (Harris D.T. et al. 1994).

Mención especial merece el hecho de que muchas donantes, alentadas por las noticias sobre el potencial terapéutico de las células madre de cordón umbilical, pretenden que se guarde la sangre del cordón de su hijo con el fin de que pueda ser utilizada en el futuro para el tratamiento exclusivo de éste. Esta pretensión de donación nominal no está amparada expresamente por la legislación española<sup>18</sup>, de modo que, tras la donación, el material biológico no puede ser reclamado por las familias. Si el hijo desarrolla una enfermedad que precise ser tratada mediante trasplante celular, se ha de buscar en las bases de datos de los bancos de cordón umbilical una muestra con compatibilidad HLA, siendo muy posible que esta exigencia de compatibilidad conduzca hasta la unidad donada en su día.

### ***Células madre procedentes de embriones y fetos abortados***

Por su parte, la obtención y utilización de células madre procedentes de embriones y fetos abortados está amparada por lo dispuesto en la Ley 42/1998, de 28 de diciembre<sup>19</sup>, que es de aplicación exclusiva a la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante.

Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta norma, por tanto, las actividades de donación y utilización de gametos o de óvulos fecundados *in vitro*, cuya regulación se analizará más adelante.

Los principios rectores de esta Ley responden a la necesidad de tutelar una serie de derechos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y al buen desarrollo de los embriones y fetos durante el curso del embarazo, el derecho a la dignidad humana, y ello en justo equilibrio con el derecho a la libertad científica e investigadora amparado por la Constitución.

El régimen contenido en la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, somete las actividades relacionadas con la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células u órganos con fines diagnósticos, terapéuticos, farmacológicos, clínicos o de investigación y experimentación (art. 8) a una serie de requisitos, entre los que po-

<sup>18</sup> En Italia y Bélgica, por ejemplo, están prohibidas expresamente las donaciones nominales.

<sup>19</sup> Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

demostremos destacar que el objeto exclusivo de la donación ha de estar constituido por embriones o fetos muertos o no viables, incluyendo en este concepto a los embriones abortados espontáneamente o no (arts. 2 y 5.3), en tanto que los fetos expulsados prematura y espontáneamente serán tratados clínicamente con el único fin de favorecer su desarrollo y autonomía vital (art. 5.4)

Los donantes de embriones y fetos muertos (que han de ser los progenitores mayores de edad o sus representantes legales) han de otorgar su consentimiento escrito de forma expresa, libre y consciente tras haber recibido la información adecuada tanto de las consecuencias, objetivos y fines de la donación (art. 2), como de las técnicas que se vayan a emplear para la extracción de células o estructuras embriológicas o fetales, de la placenta o de las envolturas, así como de los fines que se persiguen y de los riesgos que conllevan (art. 5.2)

La donación y utilización posterior ha de ser altruista, no remunerada (art. 2), y la utilización de embriones o fetos humanos o de sus órganos o tejidos ha de realizarse por equipos biomédicos cualificados y en centros o servicios autorizados y controlados por las administraciones públicas (art. 3), debiendo cumplir las actividades de investigación sobre este material biológico las condiciones legales previstas en los artículos 7 y 8 de la Ley, y normativa de desarrollo.

La utilización de fetos o embriones humanos o de sus estructuras biológicas para trasplante a personas enfermas sólo podrá realizarse previo consentimiento informado y escrito del receptor o de sus representantes legales (art. 4)

La protección a la vida, integridad y buen desarrollo de los embriones y fetos durante el embarazo frente a prácticas que atenten a estos u otros derechos del *nasciturus* se articula en nuestro ordenamiento jurídico, en la esfera punitiva, a través de las previsiones contenidas en el artículo 157 y concordantes del vigente Código Penal<sup>20</sup>. No obstante, y en el marco del Derecho administrativo, la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, contiene una serie de previsiones al respecto, tales como que la interrupción del embarazo nunca tendrá como finalidad la donación y utilización posterior de los embriones o fetos o de sus estructuras biológicas (art. 3.2) lo cual no impide la dona-

ción de embriones o fetos resultantes de aquellos abortos amparados en alguna de las causas legalmente previstas.

Por otro lado, el equipo médico que realice la interrupción del embarazo no podrá intervenir en la utilización de los embriones, de los fetos o de sus estructuras biológicas.

El posible incumplimiento de las previsiones de esta Ley está sujeto al régimen infracciones y sanciones administrativas previsto en los artículos 32 a 37 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con las necesarias adaptaciones y precisiones contenidas en el artículo 9 de la norma que venimos comentado, que califica de infracciones muy graves, entre otras:

- La modificación del patrimonio genético humano no patológico.
- La creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación.
- La donación y utilización de embriones o fetos humanos y sus estructuras biológicas para fabricación de productos cosméticos.
- La extracción de células o tejidos de embriones en desarrollo, de la placenta o de sus envolturas, o de líquido amniótico, salvo con fines de diagnóstico prenatal.
- La experimentación con embriones o fetos vivos, viables o no, salvo que se trate de embriones o fetos no viables, fuera del útero, y exista un proyecto de experimentación aprobado por las autoridades competentes.

### **c. La investigación y experimentación con células madre procedentes de embriones humanos.**

#### *Las células madre embrionarias humanas*

En el embrión de pocos días existen células que tienen la capacidad de dar origen a cualquier tipo celular (denominadas por ello *totipotentes*).

Tras las primeras divisiones del cigoto, las células resultantes se comprometen hacia los tejidos embrionarios (dando lugar a la masa interna del blastocisto) y extraembrionarios (a través de la conversión en trofoblasto).

Las células de la masa celular interna (MCI) del blastocisto humano (embrión de 5-6 días) tienen el potencial

---

<sup>20</sup> El artículo 157 del Código Penal castiga con penas de prisión e inhabilitación a quienes causen al feto lesiones o enfermedades que perjudiquen gravemente su normal desarrollo, o provoquen en el mismo una grave tara física o psíquica.

de contribuir a cualquier linaje pero no cualquier tipo, y por ello se les denomina *pluripotentes*.

Cuando las células de la MCI del blastocisto se extraen y se cultivan *in vitro*, prolifera sin limitaciones al tiempo que mantienen el potencial de generar células derivadas de cualquiera de los linajes del embrión.

Las líneas celulares pluripotentes derivadas *in vitro* de la MCI se denominan *células madre embrionarias*. Estas células forman parte del embrión, pero no son capaces de dar lugar por sí mismas a un organismo adulto. Su aislamiento implica necesariamente la destrucción del blastocisto y, por tanto, del embrión.

Si el embrión se implanta en el útero y se produce la anidación, a lo largo de la etapa de la gastrulación, las células MCI se van diferenciando y comprometiendo a linajes específicos, de acuerdo con el tiempo transcurrido y el lugar que ocupan en el organismo embrionario. Son células *multipotentes*.

Las células madre embrionarias se replican por un periodo de tiempo prolongado, no muestran anomalías cromosómicas, generan cultivos femeninos y masculinos, expresan los marcadores típicos de células pluripotentes y, bajo estímulos adecuados, son capaces de diferenciarse en tipos celulares de cualquiera de las tres capas germinales.

### ***Las células madre embrionarias: objeto de deseo para la investigación biomédica.***

En noviembre de 1998 un equipo de investigadores de la Universidad de Wisconsin (en Madison) anunció que había logrado extraer células madre de embriones sobrantes de técnicas de fecundación *in vitro* y había logrado establecer la primera línea de células madre embrionarias del mundo. A partir de ese momento, surgió un enconado debate ético, religioso y político que se prolonga hasta nuestros días.

Se han obtenido células madre embrionarias humanas a partir de blastocistos supernumerarios procedentes de clínicas de reproducción asistida y también se han producido a partir de embriones creados al efecto fecundando *in vitro* gametos de donantes fértiles.

Desde un punto de vista exclusivamente técnico -sin entrar ahora en que para obtener células madre embrionarias hay que destruir el embrión- las células madre de origen embrionario son particularmente atractivas por varios motivos.

En primer lugar, por su gran plasticidad; además, son fáciles de conseguir y cultivar; y, por último, son muy sensibles a la acción de los agentes diferenciadores que el investigador utiliza en sus experimentos. Además, estas células embrionarias aparentemente no tienen un límite en su capacidad de proliferación y, por tanto, se podrían mantener indefinidamente en cultivo.

Los primeros trabajos publicados con estas células embrionarias han mostrado que la diferenciación ocurre de modo espontáneo y sin ninguna regulación: estas células madre forman en cultivo masas heterogéneas de células que se diferencian desordenadamente. Su vitalidad, junto a su ilimitada capacidad de proliferación, son ventajas que, sin embargo, también entrañan dificultades: esa potencialidad implica al mismo tiempo que las células madre procedentes de embriones son más difíciles de controlar. De hecho, muchos de los experimentos realizados en modelos animales terminan con la aparición frecuente de masas tumorales de células heterogéneas, denominados teratomas.

Aunque los experimentos en animales sean prometedores, como ocurre con las células de los adultos, existen una serie de retos nada triviales que deben ser solventados antes de poder usar las células madre embrionarias con fines terapéuticos<sup>21</sup>.

Los científicos deben impedir que las células extraídas maduren para después moldear su identidad y adaptarlas a las necesidades terapéuticas del paciente. Uno de los mayores retos de este proceso se encuentra en controlar y dirigir la diferenciación celular. Hasta que los científicos no conozcan los mecanismos (complejas combinaciones de factores de crecimiento, señales químicas y genéticas) que hacen que una célula madre se diferencie hacia un tipo concreto, y no aprendan a convertir células madre en neuronas, tejido cardíaco o tejido hepático, los tratamientos no podrán aplicarse en humanos.

### ***El estatuto jurídico del embrión.***

A la hora de analizar la naturaleza de las formas de vida humanas prenatales y la consideración que ésta merecen desde un punto de vista científico, ético y jurídico, nos topamos con enormes dificultades, con posturas dispares e irreconciliables desde el momento en que tienen su

<sup>21</sup> Controlar su diferenciación hacia un tipo celular bien definido, sin contaminación de ningún otro; evitar la aparición de teratomas tras su inyección en el órgano receptor; evitar el problema del rechazo tras su implantación; demostrar la funcionalidad o beneficio terapéutico tanto en animales como en humanos; y controlar los niveles de diferenciación y proliferación.

fundamento en convicciones ideológicas y religiosas difícilmente compatibles.

Para un amplio sector de opinión, el embrión es, desde el momento mismo de la concepción, un ser humano digno de protección frente a toda manipulación, cualquiera que sea su fin. Según esta tesis, el embrión humano sería titular de todos los derechos que el ordenamiento jurídico atribuye a las personas<sup>22</sup>.

Otros, por el contrario, sostienen que un embrión no puede ser considerado como ser humano hasta que el desarrollo no llega a dos o tres meses, entendiendo que desde el punto de vista científico no todo conjunto de células humanas vivas es un ser humano<sup>23</sup>.

Ambos sectores de opinión fundamentan sus posiciones en evidencias científicas y así, mientras que para los primeros está demostrado que los embriones son seres humanos desde que se sabe que poseen todo el material genético y la capacidad de su propia activación<sup>24</sup>, para los segundos, el que un embrión sea un ser humano, es algo que simplemente no se sostiene desde un punto de vista técnico<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> "El embrión humano merece el respeto debido a la persona humana. No es una cosa ni un mero agregado de células vivas, sino el primer estadio de la existencia de un ser humano. Todos hemos sido también embriones. Por tanto, no es lícito quitarles la vida ni hacer nada con ellos que no sea en su propio beneficio (...) Donde hay un cuerpo humano vivo, aunque sea incipiente, hay persona humana y, por tanto, dignidad humana inviolable. (Conferencia Episcopal Española. Por una ciencia al servicio de la vida humana. 25 de mayo de 2004)

<sup>23</sup> El Dr. Bernat Soria afirma que: "Un embrión de una semana no es un ser humano aunque sea vida humana(...) Mi seguridad sobre el tema no es fruto de una creencia, no es fruto de mis convicciones religiosas, sino que es la conclusión de mis observaciones, reflexiones, e investigaciones científicas".

<sup>24</sup> Las Dras. Natalia López Moratalla y Consuelo Martínez afirman que: "la identidad de cada viviente, en su unidad, y con todas las características particulares que le hacen ser ese individuo concreto está en la dotación genética, presente en todas y cada una de sus células. Por ello, y a pesar de los cambios de tamaño, e incluso de aspecto, que conlleva el paso del tiempo, mantiene a lo largo de su existencia una identidad biológica, desde el momento en el que se constituye con esa dotación genética particular, distinta a la de sus progenitores.

<sup>25</sup> Un conjunto de células diferenciadas, y más o menos ordenado, no es un organismo ya que no constituye una unidad funcional y vital. No basta el primer nivel de información para el desarrollo y maduración de un organismo. Requiere además la armonización unitaria, y al mismo tiempo diferenciada, de la emisión de su mensaje genético. Es éste, por tanto, un segundo nivel, o segundo tipo de información, que permite un programa de desarrollo: una secuencia de mensajes ordenados en el tiempo y coordinados en el espacio orgánico. Este segundo nivel de información, o programa de desarrollo, es el que permite entender por qué cada ser vivo se va construyendo su propia vida, en diálogo molecular e interacción con su medio, abierto, de modo individual, propio e irrepetible.

Así, y mientras para la ética, el problema del estatuto del embrión humano se centra en determinar el momento a partir del cual, según la perspectiva biológica y ontológica, la vida humana puede ser calificada de *vida personal*, lo fundamental para el Derecho es la consideración jurídica de la vida humana prenatal en función de su valor intrínseco y en relación a otros bienes jurídicos dignos de protección.

Las dificultades que surgen a la hora de determinar cual es, o ha de ser, el tratamiento jurídico del embrión humano, han provocado que muchos de los países de nuestro entorno carezcan de legislación sobre la materia.

En España son numerosas las voces de todos signo que vienen poniendo de manifiesto la necesidad de un estatuto del embrión que, partiendo de una definición clara de su naturaleza jurídica, determine el grado de protección del que es acreedor en base a un consenso social y político alcanzado en el contexto de nuestro ordenamiento constitucional.

En tanto se cubra esta necesidad, será preciso acudir a normas de diferentes sectores de nuestro ordenamiento para componer siquiera un boceto de ese inconexo estatuto del embrión humano.

### ***El Derecho lo tiene claro: el embrión no es persona.***

Desde el punto de vista del Derecho español, la condición de persona no se alcanza sino tras el nacimiento<sup>26</sup>.

Así pues, las formas de vida humana prenatal (como los embriones) carecen de personalidad jurídica y, por tanto, no pueden ser sujetos de derechos y obligaciones en sentido propio.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión<sup>27</sup> y su doctrina es unívoca: *ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos*

---

<sup>26</sup> El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente (Art. 29 del Código civil) Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (Art. 30 del Código Civil)

<sup>27</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, en el recurso planteado contra la Ley de despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo; STC 212/1996, de 19 de diciembre, en el recurso planteado contra la Ley 42/1998, de 28 de diciembre; STC 116/1999, de 17 de junio, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

*efectos, persona humana* (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 116/1999, de 17 de junio).

Sentado lo anterior, lo cierto es que el ordenamiento español matiza la consideración jurídica de las formas de vida humana prenatales atendiendo a los diversos estadios de desarrollo que son relevantes en el proceso de desarrollo vital, y otorga una protección jurídica de diferente intensidad a los embriones *in vitro* en relación a los ya implantados<sup>28</sup>

Ahora bien, el embrión *in vitro* es una realidad que el Derecho no puede, ni debe, desconocer, siendo preciso que se determinen los mecanismos de protección de la integridad y la identidad de los que resulta tributario como forma de vida humana prenatal.

La disyuntiva que nos plantea la exclusión de los embriones de la categoría de las personas hace que inmediatamente debamos orientarnos hacia otros institutos jurídicos, ya que tampoco cabe su encuadramiento en el otro gran bloque constituido por los objetos de derecho (las cosas)

Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional en dos de las sentencias citadas ha sido concluir que, si bien los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida, esto no significa que resulten privados de toda protección<sup>29</sup>, al participar de los valores objetivos tutelados por la comunidad, reconduciendo la protección a la vida de los no nacidos a la que se confiere a los *bienes jurídicos constitucionales*.

Así pues, en nuestro Derecho el embrión no es persona, ni tampoco cosa; no es sujeto ni tampoco objeto de derechos. Ante esta indeterminación cabe valorar su configuración como un *tertium genus* a caballo entre ambas categorías jurídicas.

El estado embrionario es un presupuesto existencial de la personalidad, un bien jurídico individual y también colectivo, cuya protección afecta tanto a la persona en sí

<sup>28</sup> ... como queda afirmado con reiteración, los preembriones *in vitro* no gozan de una protección equiparable a los ya transferidos al útero materno (STC 116/1999)

<sup>29</sup> *los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos* (STC 212/1996)

misma considerada, como al sistema social en su conjunto.

Así, y ante la falta de un estatuto propio y autónomo del embrión, los conflictos que vayan surgiendo en relación con la investigación biomédica sobre embriones habrán de resolverse, como se ha venido haciendo hasta la fecha, de acuerdo con el principio jurídico de la ponderación de los intereses en juego en cada caso.

### ***Células madre procedentes de embriones sobrantes de los procesos de fecundación *in vitro*.***

Tal y como se ha apuntado anteriormente, una de las principales fuentes para la obtención de células madre pluripotenciales la constituyen los embriones humanos generados por la fecundación extracorpórea de un óvulo con un espermatozoide, siendo esta una de las técnicas habituales en reproducción asistida. Este hecho ha despertado el interés de los científicos en torno a la posibilidad de la utilización de estos embriones en proyectos de investigación.

Al amparo de lo previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y con la finalidad principal de actuar médicamente ante la esterilidad y facilitar la procreación, se han venido creando en España embriones humanos mediante fecundación *in vitro* (FIV) para ser posteriormente transferidos a mujeres y solucionar así los problemas de esterilidad de la pareja.

Con el fin de incrementar las posibilidades de éxito de estas terapias, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, permitía la crioconservación de los preembriones sobrantes de los ciclos de FIV que no hubieran sido transferidos al útero durante un máximo de cinco años (art. 11.3)

El hecho de que la mencionada Ley no estableciera límites al número de embriones que podía crearse en el marco de estas terapias, junto con la total ausencia de previsión por parte de la norma en relación al destino de los embriones que, por diversos motivos, no pudieran destinarse al proyecto procreativo, ha provocado una consecuencia no prevista: la existencia de una enorme acumulación de embriones congelados en clínicas de reproducción asistida españolas que oscila, según las fuentes, entre las cuarenta y las ochenta mil unidades.

Este contingente de embriones supernumerarios se ha mantenido, hasta fecha reciente, en un limbo jurídico que propició un enconado debate en torno a cual debía ser su destino final, teniendo en cuenta que un gran número de los mismos resulta inservible para la reproducción.

La opción legislativa de permitir la creación de un número de embriones superior al necesario con el fin de aumentar las posibilidades de procreación y de evitar a las pacientes las molestias derivadas de la estimulación ovárica y de la extracción de ovocitos fue esgrimido como uno de los motivos de inconstitucionalidad que enarbolaba el recurso contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia que puso fin a ese contencioso, se pronunció en el sentido de considerar que la criopreservación no resultaba atentatoria contra la dignidad humana<sup>30</sup>.

A pesar de que, desde un punto de vista jurídico, la cuestión quedaba zanjada en los términos expuestos, seguía abierto el debate en torno a los problemas éticos que planteaba la creación incontrolada de embriones supernumerarios y la indeterminación de su destino final. No fueron pocas las voces que reclamaron una solución legislativa a ambos problemas<sup>31</sup>.

Teniendo en cuenta que la creación de embriones humanos con fines de experimentación –y, por tanto, no reproductivos– encuentra serios obstáculos éticos y jurídicos, la utilización de embriones sobrantes de técnicas de reproducción asistida, cuyo destino último no parece ser otro que la destrucción, se presenta como una opción a valorar por los Estados a la hora de permitir la investigación con células embrionarias.

La existencia de grandes contingentes de embriones congelados y la indeterminación de cual haya de ser su destino final ha alentado a diversos países a autorizar la investigación sobre embriones supernumerarios<sup>32</sup>, deci-

---

<sup>30</sup> ...de la Constitución no se desprende la imposibilidad de obtener un número suficiente de preembriones necesario para asegurar, con arreglo a los conocimientos biomédicos actuales, el éxito probable de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, lo que, desde otra perspectiva, supone admitir como un hecho científicamente inevitable la eventual existencia de preembriones sobrantes. Así entendida, la criopreservación no sólo no resulta atentatoria contra la dignidad humana, sino que, por el contrario y atendiendo al estado actual de la técnica, se nos presenta más bien como el único remedio para mejor utilizar los preembriones existentes y evitar así fecundaciones innecesarias (STC 116/1999)

<sup>31</sup> La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en sus informes de 1998 y 2000 manifestó la opinión mayoritaria que aconsejaba reducir el número de preembriones sobrantes de las técnicas de FIV y autorizar la utilización con fines de investigación de los que hubieran superado el plazo de cinco años de criopreservación. Numerosos vicerrectores de universidades públicas enviaron en octubre de 2002 una carta al ministro de Ciencia y Tecnología pidiendo que se autoricen experimentos con células madre embrionarias "mediante la utilización de embriones congelados disponibles o de aquellos que se puedan generar para su uso en terapia celular".

<sup>32</sup> Varias son las legislaciones que contemplan expresamente la investigación con embriones sobrantes de FIV: Finlandia (Ley 488/1999),

que recibió un importante respaldo en el texto del Convenio de Oviedo (art. 18.1)

A pesar de ello, no podemos afirmar que exista un consenso internacional sobre la materia. Un ejemplo claro lo encontramos en el seno de la Unión Europea, donde el VI Programa Marco de Investigación (2002-2006) contempla la financiación de proyectos de investigación con células madre procedentes de embriones sobrantes de las técnicas de FIV *siempre que esta investigación esté autorizada en el Estado en el que vaya a realizarse*. Esta solución de compromiso provoca la paradoja de que los Estados cuya legislación no permite estas prácticas (Irlanda o Austria, por ejemplo) contribuirán a la financiación de las mismas para su desarrollo en otro Estado miembro, al tiempo que se verán relegados en la carrera biotecnológica.

En la situación descrita, la legislación española únicamente permitía la investigación con preembriones viables si tenía carácter diagnóstico, terapéutico o preventivo para el propio embrión. Cualquier investigación que se realizara con otros fines sólo podía utilizar embriones humanos muertos o no viables.

### ***La reforma que llegó tarde y no solucionó el problema***

Con el objetivo de poner freno al grave problema de la acumulación de preembriones humanos sobrantes cuyo destino era indeterminado, la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, modificó la Ley 35/1988, estableciendo un límite máximo de ovocitos que pueden ser fecundados para su transferencia a la mujer (tres), y un límite máximo de preembriones para su transferencia a cada paciente en cada ciclo (tres, también).

No obstante, pronto se advirtió que las limitaciones recogidas en la nueva Ley planteaban el problema de desvirtuar en muchos casos la finalidad de las técnicas de

---

Suecia (Ley 1991:115), Australia; tanto Francia como Canadá han aprobado recientemente sendos proyectos de Ley autorizando la investigación con embriones excedentarios de la reproducción asistida. En China se permite desde 2002 la experimentación con embriones humanos, no solo dentro de los catorce primeros días, sino hasta la cuarta semana. En EEUU la ley no prohíbe la experimentación con embriones; pero sólo hay financiación con fondos federales para las investigaciones con células madre obtenidas de tejidos adultos, del cordón umbilical, y también para las investigaciones con líneas de células madre embrionarias ya existentes, no para la creación de nuevas líneas que impliquen la destrucción de embriones. Alemania sólo permite generar los embriones necesarios para implantarlos en tratamientos de fecundación in vitro. Sin embargo, una "solución de compromiso", adoptada por el Parlamento a fines de enero de 2002, permite la importación de células madre embrionarias procedentes de cultivos ya existentes.

fecundación en atención a la baja tasa de éxito de estos tratamientos.

Por ello, y en relación a determinadas patologías de base de los progenitores, se previó la posibilidad de aumentar el número máximo de ovocitos según criterios clínicos.

El Real Decreto 1.720/2004, de 23 de julio, ha venido a establecer el protocolo de las tipologías fisiopatológicas de aquellos casos en los que en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se permite la fecundación de más de tres ovocitos en el mismo ciclo.

Pero a parte de poner freno a la creación incontrolada de embriones humanos que luego resultasen inservibles para las técnicas de reproducción, quedaba por resolver el problema de qué destino habría de darse a los ya existentes.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, especifica las grandes líneas de actuación en relación con los preembriones crioconservados existentes a su entrada en vigor, y así la disposición final primera de esta Ley prevé la solicitud de consentimiento informado de las parejas progenitoras -o de la mujer, en su caso- que podrán elegir entre:

- a) mantener el estado de crioconservación hasta que les sean transferidos.
- b) donarlos con fines reproductivos a otras parejas que lo soliciten;
- c) manifestar su aprobación para que el material biológico obtenido en el momento de la descongelación pueda ser utilizado con fines de investigación;
- d) optar por su descongelación sin otro fin posterior.

De este modo la reforma operada en la Ley 35/1988 por la Ley 45/2003, decididamente inducida por los resultados de la investigación sobre células madre y las enormes expectativas en torno a su potencial terapéutico, ha venido a autorizar la investigación con preembriones humanos sobrantes de las técnicas de FIV<sup>33</sup> con indepen-

dencia de que éstos sean considerados viables o no viables (superando así la distinción contenida en los artículos 15.2 y 15.3 de la Ley 35/1988).

Las previsiones contenidas en la Ley 45/2003 han sido desarrolladas por el Real Decreto 2.132/2004, de 29 de octubre, por medio del cual se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes.

Esta nueva regulación respeta el contenido del Convenio de Oviedo, que combina la prohibición de crear preembriones –salvo para fines reproductivos-, con la posibilidad de utilizar los que hayan sobrado de estos procesos para la investigación. Al amparo del Real Decreto 2.132/2004 han sido autorizados en España los primeros proyectos de investigación con células madre embrionarias<sup>34</sup>

En tanto no se produzca la anunciada regulación unitaria de la investigación biomédica, únicamente podrán ser utilizados con fines de investigación los preembriones sobrantes de técnicas de FIV crioconservados antes de la entrada en vigor de la Ley 45/2003 (23 de noviembre de 2003) previa donación para tal fin por parte de los progenitores. Los excedentes que, en casos excepcionales, se generen con posterioridad se mantendrán crioconservados durante la vida fértil de la mujer y, en caso de no ser implantados, serán donados con fines exclusivamente reproductivos.

El Real Decreto 2.132/2004 regula el procedimiento mediante el cual los centros de reproducción humana asistida que tengan preembriones crioconservados deberán solicitar el consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer, en su caso, para su utilización con fines de investigación.

Se articula así un régimen de condiciones específicas para la utilización de los preembriones supernumerarios que, respetando los principios y normas sobre donación y utilización de células y tejidos de origen humano, sirva

<sup>33</sup> La Comunidad Autónoma de Andalucía, citando el caso de otros estados que permitan la investigación con células troncales de embriones humanos sobrantes de las técnicas de FIV como Reino Unido, Suecia, Australia y Bélgica, se anticipó a la regulación de ámbito nacional por medio de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, que, si bien fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por el anterior Gobierno, por entender que invadía competencias exclusivas del Estado. La Ley andaluza mantiene su vigencia tras la retirada del recurso por parte del actual Gobierno.

<sup>34</sup> El Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de la Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, ha autorizado recientemente (junio de 2005) el quinto proyecto de investigación con células madre embrionarias en España. Este proyecto se suma a los cuatro ya autorizados el pasado mes de febrero por la Comisión, de los cuales, tres fueron presentados por la Junta de Andalucía (dirigidos por Bernat Soria, José López Barneo y Ángel Concha López) y uno por la Generalitat Valenciana (dirigido por el investigador Carlos Simón).

para facilitar el desarrollo de los proyectos de investigación en el plazo más breve posible.

El reglamento somete los proyectos de investigación con embriones humanos criopreservados a los siguientes requisitos:

- a) Necesidad de autorización de los progenitores para la utilización de sus embriones sobrantes en proyectos de investigación concretos previa información de las características, finalidad y resultados potenciales.
- b) Se permite ofertar a los progenitores que hubieran dado ya su consentimiento para la donación de los embriones congelados a otras posibles receptoras, la posibilidad de que varíen ese consentimiento, y otorguen otro que permita utilizar ese material biológico para fines de investigación en proyectos concretos, sobre los que se especificarán las características, finalidad y resultados potenciales.
- c) El formulario de consentimiento informado debe contener información para los donantes a cerca de las otras opciones (descongelación, reservarlos para un proyecto reproductivo propio ulterior o donarlos a otras receptoras) e incluir en todo caso una cláusula en la que se especifique la renuncia de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica sobre los resultados obtenidos.
- d) Los proyectos de investigación que se desarrollen con preembriones humanos sobrantes de técnicas de reproducción humana asistida serán evaluados e informados de manera preceptiva por la Comisión de Seguimiento y Control de la Donación y Utilización de Células y Tejidos creada por disposición adicional única de la Ley 45/2003.
- e) Estos proyectos también necesitarán la aprobación de la Autoridad Sanitaria correspondiente previa comprobación del cumplimiento de una serie de formalidades de tipo administrativo tales como:
  1. Identificación de los investigadores que vayan a participar en el proyecto y justificación de su solvencia profesional.
  2. Especificación de la procedencia de los embriones que se vayan a utilizar.

3. Declaración de ausencia de intereses, medios materiales, humanos y financieros con los que cuenta el proyecto.
4. Justificación y descripción del proyecto y de sus fases.
5. Informe del comité ético de investigación clínica del centro correspondiente.
6. Compromiso de suministrar los datos que permitan identificar y conocer la conservación de líneas celulares que pudieran obtenerse, y
7. Compromiso de cesión gratuita de las líneas celulares obtenidas

### ***Investigación con células madre procedentes de embriones creados al efecto: la llamada clonación terapéutica.***

Si a lo largo del presente trabajo ha quedado patente la existencia de posturas contrapuestas en relación al empleo de determinado tipo de material biológico humano en experimentación, el desencuentro entre los diferentes sectores de opinión alcanza su punto más álgido ante la posibilidad de *crear embriones humanos in vitro con el fin directo y exclusivo de obtener de ellos sus células para la investigación*, práctica que a fecha de hoy no encuentra respaldo legislativo expreso sino en contados países<sup>35</sup>.

Conviene señalar que no existiría un interés generalizado en que la normativa autorizase la creación de embriones *in vitro* para su empleo en investigación, una vez que se ha abierto la puerta a la utilización con tales fines del amplio contingente de embriones criopreservados sobrantes de los procesos de fecundación, si no fuera porque la creación de embriones mediante la transferencia del núcleo de una célula somática de un individuo a un óvulo humano lleva implícito un *valor añadido*: evitar el rechazo inmunológico que presentará el paciente hacia las células derivadas de las células madre de un blastocisto ajeno.

Estamos hablando de la llamada *clonación terapéutica* en la cual, mediante la transferencia del núcleo de una célula del paciente a un óvulo humano, y el desarrollo a blastocisto, se podría obtener un linaje de células madre del embrión clonado que fuera compatible inmunológica-

---

<sup>35</sup> El Reino Unido contempla esta posibilidad en su Ley sobre Fertilización y Embriología Humana. Del mismo modo, esta práctica es legal en Singapur, Israel y Corea.

mente con el paciente de cuya célula se tomó el material genético nuclear.

No obstante, la técnica de transferencia de núcleos en mamíferos está aún en sus primeras etapas, y la eficacia es muy baja. Antes de realizar la transferencia de núcleos, es necesario llevar las células a un estado aquiescente para conseguir la reprogramación genética del núcleo de una célula que ya estaba programada como adulta. Ambos factores, la dificultad de conseguir que un nucléulo se reprogramme a cigoto, y dé inicio al desarrollo de un blastocisto, y la posible pérdida del control de la proliferación de las células del individuo clónico, suponen actualmente una falta seria de eficacia potencial de la clonación terapéutica.

Hoy por hoy se precisaría la donación de cientos de óvulos para garantizar la consecución de un experimento de trasplante de células derivadas de un embrión clónico del paciente. No obstante, la experimentación llevada a cabo con ratones sugiere que es posible de hecho la obtención de células troncales embrionarias a partir de embriones obtenidos por las técnicas de transferencia de núcleo, aunque esos embriones no hubieran alcanzado la capacidad de desarrollarse.

La secuencia de trabajo en clonación terapéutica sería:

- a) Extraer células de un paciente.
- b) Crear a partir de ellas un embrión clónico;
- c) Extraer las células madre de ese embrión para inmortalizarlas en cultivo.
- d) Finalmente, diferenciarlas y trasplantarlas al paciente para la regeneración de tejidos.

Una alternativa a la obtención de células troncales humanas mediante obtención de un embrión clónico es la posibilidad de realizar la transferencia del núcleo de otras especies animales<sup>36</sup>, unida a la modificación genética de los clones para que el hombre pueda aceptar estos tejidos. Las firmas *Stem Cells Sciences* y *Biotrasplant* consideran que el problema ético de la clonación terapéutica podría resolverse utilizando óvulos de animales, especialmente

---

<sup>36</sup> Un equipo de investigadores chinos lidera este nuevo frente, con una prometedora técnica que consiste en clonar embriones humanos mezclando células cutáneas humanas y óvulos de conejos, mucho más fáciles de conseguir que los humanos.

cerdos, filogenéticamente muy cercanos a los seres humanos<sup>37</sup>.

Otra de las alternativas posibles a la clonación de embriones para su uso en proyectos de investigación es la *reprogramación genética*, técnica que consiste en fusionar una célula somática del paciente con una célula madre embrionaria que contiene las señales adecuadas, de forma que se desarrolle directamente al tipo celular que necesita el paciente. Se pretende así *desdiferenciar* células somáticas adultas hasta células madre embrionarias para su posterior cultivo en orden a obtener células del tejido original o de otro tejido, de manera que se estarían creando células madre a partir de células adultas de otros sin tener que recurrir a células madre embrionarias, eliminando, por tanto, los graves problemas éticos asociados a la utilización de las mismas<sup>38</sup>.

Desde el punto de vista ético, los expertos se encuentran divididos ante la perspectiva de que se permita obtener embriones clónicos, por el potencial peligro que conlleva situarse a tan sólo un peldaño de la posibilidad de generar seres humanos idénticos<sup>39</sup>.

No obstante, lo cierto es que, a pesar de la existencia de un riesgo potencial de que los embriones clónicos pudieran utilizarse en algún caso con fines reproductivos, *la clonación con fines terapéuticos no daña ninguno de los valores o derechos que se tratan de poner a salvo al prohibir la clonación reproductiva, es decir, no implica la pérdida del derecho del ser humano a su propia identidad, individualidad e irrepitibilidad, ni tampoco trae en sí misma consecuencias nefastas para el conjunto de la sociedad tales como terminar con la variabilidad de la dotación genética humana, ni trastoca la esencia natural y aleatoria propia del ser humano.*

---

<sup>37</sup> Ya en 1998, científicos de *Advance Cell Techonology*, transfirieron material genético humano a óvulos de vacas, consiguiendo un embrión que se dejó vivir solamente unos días; y *Stem Cells Sciences* informó el 6 de noviembre de 2000 que habían realizado un experimento similar utilizando óvulos de ratones.

<sup>38</sup> En el Congreso de la Sociedad Británica de Fertilidad, celebrado el 23 de febrero de 2001, investigadores de la firma comercial *PPL Therapeutics* informaron que habían logrado transformar células adultas de piel de vaca en células madre multipotentes, y habían obtenido de ellas células de músculo cardíaco.

<sup>39</sup> Si hoy se permite clonar blastocistos con fines terapéuticos y se generalizan esas técnicas, se corre el peligro de que mañana se de el paso siguiente y se clonen blastocistos para implantarlos en el útero de una mujer y crear seres humanos clónicos.

### ***En España sólo se admite la creación de embriones destinados a la procreación.***

En un plano jurídico, y en referencia exclusiva al Ordenamiento español<sup>40</sup>, hemos de comenzar analizando la regulación contenida en el Convenio de Oviedo, cuyo artículo 18.1 deja en mano de los Estados firmantes la admisión por Ley de la experimentación con embriones *in vitro* (sin distinción) para señalar que, en tal caso, la normativa habrá de garantizar una protección adecuada al embrión.

Se trata de una solución de compromiso en torno a uno de los asuntos que mayor discrepancia suscitó entre los países europeos en la fase de elaboración del Convenio.

La falta de consenso también se aprecia en el punto 2 del citado artículo, en el que *se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación*. La ambigüedad de este precepto ha llevado a algunos especialistas<sup>41</sup> a interpretar que esta norma no prohíbe la clonación de embriones con fines terapéuticos, ya que únicamente prohíbe la clonación con fines de experimentación, pero no con otros fines, como los terapéuticos.

Esta tesis encuentra apoyo en la Exposición de Motivos del Protocolo Adicional de la Convención de Bioética de Asturias que, si bien se pronuncia claramente en contra de la clonación reproductiva, considera la clonación terapéutica como muy esperanzadora. Desde este punto de vista, el Convenio no prohibiría la creación de embriones con el fin directo e inmediato de mejorar la salud, al tratarse de una actividad diferente a la de experimentación.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el Ordenamiento español contiene disposiciones que contradicen esta tesis de manera clara. La interpretación conjunta del Convenio de Oviedo en relación con el resto de nuestro ordenamiento interno no permite sostener, a día de hoy, que la creación de embriones con fines de investigación esté admitida.

---

<sup>40</sup> *La creación de embriones por clonación no está amparada en términos generales por el derecho internacional. Los proyectos de ley aprobados recientemente en Francia y Canadá prohíben la clonación (tanto terapéutica como reproductiva) Por el contrario, el Reino Unido se ha convertido recientemente en el primer país europeo en el que se desarrollará un proyecto de investigación para la obtención de células productoras de insulina en el que se utilizarán embriones clonados, al amparo de la reforma operada en 2001 en su Ley de Embriología Humana.*

<sup>41</sup> *Entre ellos destaca la autorizada opinión del Dr. Marcelo Palacios expresada en el trabajo: Expectativas del uso terapéutico de células madre. 2004.*

En efecto, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida prohíbe expresamente *la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*<sup>42</sup>.

Por su parte, el Código Penal es claro a la hora de sancionar (con penas de prisión e inhabilitación especial) a quienes *fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana*<sup>43</sup>.

Por su parte, la Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos sanciona como falta administrativa grave la creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación<sup>44</sup>.

Si acudimos a los principios generales de la interpretación de las normas jurídicas nos encontramos con que el principio de especialidad impone dar preponderancia a la disposición que, de manera más específica, se refiera a la materia dudosa. En este caso, es indudable la importancia y la vigencia del Convenio de Oviedo (sobre cuyo artículo 18.2 se sustentaría la tesis de la viabilidad jurídica de la clonación terapéutica en nuestro Derecho), y su referencia a la prohibición de constitución de embriones humanos únicamente con fines de experimentación es más concisa que la del Código Penal.

Sin embargo, lo cierto es que ni la Ley de reproducción humana asistida, ni la Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos, ni el Código Penal, realizan distinción alguna a la hora de sancionar la *fecundación* o la *creación y mantenimiento* de embriones humanos con *cualquier fin* –ya sea terapéutico, de investigación, de experimentación, o cualquier otro– que no sea la procreación humana.

El hecho de que estas normas no distingan, dificulta enormemente una interpretación como la sostenida en relación con el artículo 18.2 del Convenio de Oviedo, por aplicación de los principios de interpretación literal, lógica y sistemática<sup>45</sup>, por lo que considero más ajustada al estado de la legislación española actual la tesis de que la constitución de embriones humanos para su utilización en

---

<sup>42</sup> Art. 3 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre

<sup>43</sup> Art. 160.2

<sup>44</sup> Art. 9.2 de la Ley 42/1998, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

<sup>45</sup> *Un aforismo clásico del derecho romano, convertido en principio general de nuestro derecho, viene a decir que donde la ley no distingue, no cabe introducir distinción.*

proyectos de investigación no está amparada por la normativa en vigor.

Así pues, y aún admitiendo que la legislación actual no es lo suficientemente clara y adolece de alguna que otra imprecisión técnica<sup>46</sup>, lo cierto es que no existe un respaldo jurídico claro que permita sostener que en España es legal, a día de hoy, la creación de embriones para su empleo en proyectos de investigación de terapias celulares. Del conjunto del ordenamiento español se extrae, más bien, la idea contraria, es decir, que un experimento como el llevado a cabo por el grupo de científicos de la Universidad de Seúl<sup>47</sup>, o como el recientemente autorizado en el Reino Unido, no encuentra respaldo en la legislación española.

Si se optase por admitir la clonación con fines terapéuticos, sería precisa una apuesta decidida en ese sentido que habría de traducirse en una reforma legislativa que recogiese expresamente esa posibilidad<sup>48</sup>. El conjunto de valores sobre el que inciden estas cuestiones aconseja que abandonemos cuanto antes el terreno de la especulación y la inseguridad jurídica.

## **V. Conclusiones**

Los avances en la terapia génica y la investigación sobre células troncales constituyen temas de enorme actualidad y relevancia en el campo de la biomedicina, ya que del conocimiento fundamental que debe proporcionar pueden derivarse aplicaciones de gran importancia para el tratamiento de diversas enfermedades. Sin embargo, el desarrollo de la investigación en este campo va unido a un profundo debate científico, ético y jurídico.

---

<sup>46</sup> Puesta de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que en la transferencia nuclear o clonación no se emplea un espermatozoide para la fertilización de un óvulo humano y, por tanto, no se produce una verdadera fecundación

<sup>47</sup> En el mes de febrero de 2004, científicos de la Universidad Nacional de Seúl, en Corea del Sur, publicaron en la revista *Science* los resultados del trabajo en el que mostraban, por primera vez en la historia, el desarrollo de células madre embrionarias humanas y pluripotentes procedentes de embriones clonados.

<sup>48</sup> El Ministerio de Sanidad estudiará la regulación de la clonación terapéutica siempre que exista un amplio consenso científico y sólo tras un largo y sosegado debate social (*Diario Médico* 13-08-2004) desde el punto de vista de que la clonación terapéutica de embriones no es urgente ni prioritaria ya que, según los científicos, las técnicas de transferencia nuclear tienen que perfeccionarse todavía y actualmente hay otras líneas y técnicas de investigación en medicina regenerativa como las basadas en células madre adultas y embrionarias.

Resulta indudable que la expectativa de curación de enfermedades humanas graves es una razón poderosa para promocionar y dar respaldo jurídico a la investigación orientada a tal fin. El debate está profundamente condicionado por dos cuestiones aún inciertas: la *eficacia real* de las terapias celulares, y el proceso y las *fuentes de obtención de las células madre* capaces de revelar una mayor potencialidad para la investigación y el tratamiento. La disyuntiva en la que se encuentran los Estados modernos en relación la investigación biomédica sobre el genoma y sobre células madre se traduce en muchos casos en una parálisis legislativa generada por la imposibilidad de extraer un mínimo común denominador -sobre el que fundamentar las normas jurídicas- que ponga de acuerdo los miedos y los deseos de la sociedad en su conjunto.

En España, y en relación a la terapia génica, existe actualmente una contradicción entre el art. 159 del vigente Código Penal, que no sanciona la alteración del genotipo en línea germinal si ésta tiene como fin la eliminación de una tara o enfermedad grave (ya que sólo tipifica la modificación genética -sin distinguir si es somática o en línea germinal- que se realice con una finalidad distinta de la indicada) y el texto del Convenio de Oviedo, que rechaza la alteración del genotipo en la línea germinal, con independencia del fin que se persiga. Esta cuestión habrá de ser abordada, sin duda, en la normativa sobre investigación biomédica reiteradamente anunciada por el Ministerio de Sanidad.

Por lo que respecta a la legitimación jurídica de la investigación con células madre, nuestro país ha adoptado recientemente una postura ecléctica, y a la posibilidad legal de utilización en investigación biomédica (con sujeción a estrictos requisitos y controles administrativos) de células madre procedentes de organismos adultos, cordón umbilical, fetos abortados, embriones no viables y líneas celulares embrionarias ya creadas, se ha añadido recientemente la legitimidad del empleo en proyectos de investigación de los embriones crioconservados procedentes de tratamientos de fecundación, habiendo sido autorizados cinco proyectos de este tipo desde febrero de 2005 hasta la fecha.

A pesar de la existencia de diferentes interpretaciones, la mayoría de los juristas consideran que la posibilidad de creación de embriones con el fin directo y exclusivo de la investigación no encuentra cobertura legal en España.

En todo caso, habrá que estar atentos a las anunciadas reformas en la normativa interna sobre investigación

biomédica, un campo en el que se trabaja sobre realidades en constante y rápida evolución y que reclama, por ello, una constante revisión de los postulados contemporáneos y una actitud abierta a la reflexión y al cambio.

### **Referencias Bibliográficas**

1. Palacios, Marcelo.- Sobre la Convención de Asturias de Bioética. Derecho Médico: tratado de derecho sanitario (vol.1). Ed. Cóllex, 2001.
2. Llegó Yagüe, Francisco.- Genoma y Derecho. Derecho Médico: tratado de derecho sanitario (vol.1). Ed. Cóllex, 2001.
3. Roca Trías, Encarna.- La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología. Derecho biomédico y bioética. Ed. Comares, 1998.
4. Cárcaba Fernández, María.- La biomedicina ante el Derecho: una nueva cultura. Bioética Práctica. Ed. Cóllex, 2000
5. Vega Guitierrez, Javier.- Biomedicina y persona. Bioética Práctica. Ed. Cóllex, 2000
6. Alkorta Idiákez, Itziar.- Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva. Ed. Thomson-Aranzadi 2003.
7. Freire de Sá, María de Fátima.- Principios y límites jurídicos de la investigación con embriones humanos. Revista de Derecho y Genoma Humano nº 19/ 2003
8. Lancadena, Juan Ramón.- Congelación de ovocitos humanos en España: un comentario al Real Decreto 120/2003. Revista de Derecho y Genoma Humano nº 18/ 2003
9. Informe sobre la investigación con células troncales. Comité Asesor de Ética en la Investigación Científica y Tecnológica. 2003.
10. Montoliú, Lluís.- Hacia la futura clonación con fines terapéuticos. Revista el Médico nº 897/2004.
11. Muñoz Conde, Francisco.- Derecho Penal (Parte General y Parte Especial) Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
12. Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio.- Sistema de Derecho Civil. Ed. Tecnos, 2001.
13. Pulido Quecedo, Manuel.- La Constitución Española con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ed. Aranzadi, 2001.
14. González Trevijano, Pedro.- Tratado de Derecho Constitucional. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.
15. Fernández Galiano, Antonio.- Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Ceura 1987.
16. Palacios, Marcelo.- Expectativas al uso terapéutico de las células madre, 2004.
17. López Moratalla, Natalia.- Aspectos biomédicos de la clonación humana y células madre. La bioética en el milenio biotecnológico. Eds. Luis Miguel Pastor y Modesto Ferrer Colomer, 2001.
18. López Moratalla, Natalia.- Células madre pluripotentes humanas. Rev. Med. de la Universidad de Navarra, 2002.
19. Soria, Bernat.- Investigación en células madre: mitos y realidades. Conferencia pronunciada en el Colegio de Periodistas de Barcelona, 21 de febrero del 2002.
20. Calvo, Jose Luis.- Ética y clonación, 2002.
21. Conferencia Episcopal Española.- Por una ciencia al servicio de la vida humana, 2004.
22. Bustos, J.E.- El Derecho civil ante el reto de la nueva genética. Ed. Dykinson, 1996.
23. Comitato Nazionale per la bioética.- Parere del comitato nazionale per la bioetica su ricerche utilizzando embrioni umani e cellule staminali. Governo Italiano, 2003.
24. Romeo Casabona, C.M.- La investigación y la terapia con células madre embrionarias: hacia un marco jurídico europeo. Revista la Ley, 5467/2002.
25. Iáñez Pareja, Enrique.- Células madre y clonación terapéutica. Universidad de Granada, 2004.
26. Mora Mateo, J. Enrique.- La clonación en mamíferos y en seres humanos: aproximación jurídica.- Jornadas de bioética del Instituto de Ciencias de la Salud de Madrid, abril de 1998.
27. García Miranda, Carmen María.- La regulación jurídica de la clonación de seres humanos. CB nº 30, 2º 1997, PP 913-918)
28. Bellver Capella, Vicente.- ¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana. Ed. Comares, 2000.
29. Weiss, R.- El poder de dividir. National Geographic España. Julio 2005.

30. Hastings Center. N.Y.- Los fines de la medicina. Ed. Fundació Víctor Grifols i Lucas (Barcelona, 2004)
31. Comisión Europea.- Report on human embryonic stem cell research. Bruselas 3.04.2003.
32. Higuera Guimerá, J.F.- El Genoma Humano. Revista Derecho y Salud Vol.7, Num.1. Enero-Junio 1999.

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

*Pedro Rodríguez López.*

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

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

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

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

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

## 2. Los derechos fundamentales de todo paciente

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

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

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

---

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como hemos visto más arriba, en la mayor parte de los estudios que abordan el alivio del sufrimiento y la ayuda a morir se emplea el término eutanasia, pero estamos ante un concepto polisémico, que se utiliza con significados muy diversos, y en el que están interesadas disciplinas dispares como la Ética, el Derecho, la Filosofía o la Medicina, lo que dificulta la comprensión <sup>99</sup> y el tratamiento del instituto y acaba generando confusión <sup>100</sup>.

En el actual debate planteado en torno a la eutanasia hay una serie de cuestiones que deben ser analizadas. La primera consiste en la necesidad de definir inequívocamente la terminología y, con ella, los conceptos que usamos al hablar de eutanasia. Otra de las cuestiones es el propio concepto de calidad de vida o inutilidad social de la persona <sup>101</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 1.- Eutanasia pasiva, bien sea:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

tad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "agere licere", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho<sup>116</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al consentimiento informado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece una nueva regulación, que entra en vigor el 16 de mayo de 2003.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

jurídico (art. 5 -8)<sup>166</sup>,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### a) Concepto.

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

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

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

constituiría delito<sup>173</sup>.

El Consentimiento informado viene definido en el art. 3 de la Ley 41/2002 como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud<sup>174</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### c) Objeto del consentimiento.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Podemos dividir los requisitos del consentimiento de la siguiente forma:

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

guiente<sup>187</sup>:

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

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

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

4.- Las contraindicaciones.

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

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

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

---

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

<sup>188</sup> Vid., M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Madrid 2003, pág. 31.

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

<sup>190</sup> Vid., M. ALONSO OLEA y F. FANEGO CASTILLO, *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, cit., pág. 32.

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

"Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley".

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

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

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

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

Obviamente, la información debe prestarse previamente al consentimiento.

#### b) Consentimiento libre.

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

#### c) Consentimiento voluntario.

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

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

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

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

#### e) Alcance del consentimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>202</sup> Vid., STS Sala 1ª, S 17-10-2001, n° 941/2001, rec. 867/2000. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDE 2001/33580).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

constancia escrita<sup>207</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de fallecimiento<sup>214</sup>.

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

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

2.- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

Respecto a esto, el art. 9.1 de la Ley 41/2002 señala que la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

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

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

## 5.2.- LOS TRATAMIENTOS OBLIGATORIOS.

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

---

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

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

#### A- HUELGAS DE HAMBRE.

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

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

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "agere licere", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia

muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la CE garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente<sup>230</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional<sup>232</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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



# **VIDA, SALUD Y CONCIENCIA MORAL**

## **(A propósito de la jurisprudencia constitucional en torno a los conflictos entre norma jurídica y norma de conciencia en el ámbito biosanitario)**

*Abraham Barrero Ortega*  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universidad de Sevilla

### **1. Introducción**

Aparentemente, pocos sectores de la vida humana se sitúan tan lejos del conflicto de conciencia como el mundo de la medicina, y, si alguna relación hemos de entablar entre ellos, somos más proclives, *primo visu*, a pensar en una armónica interacción que en el antagonismo. La salud y la vida son valores comúnmente aceptados, creencias o convicciones compartidas y preferidas por la inmensa mayoría de las personas, y los códigos deontológicos que orientan el trabajo de los profesionales de la medicina se fundan en esos valores. Por eso se hace difícil pensar en la posibilidad del conflicto.

Sin embargo, la realidad demuestra que pueden existir razones morales para oponerse a una terapia médica. Cada vez con mayor frecuencia salen a la luz pública casos en los que un individuo, invocando razones de conciencia, rechaza, para él mismo, para algún allegado o para un paciente, un tratamiento médico. A partir de lo que cabría considerar una singular concepción del mundo, ese individuo plantea una exigencia personal que reclama el respeto a una conducta de rechazo dictada por la propia conciencia. Un hecho que, amén de informar acerca de lo autónomo y categórico de la conciencia, presenta importantes implicaciones jurídicas que nos sitúan ante el problema de hasta dónde puede o debe llegar la intervención prudencial del personal sanitario y, en último término, de

los poderes públicos para salvaguardar la salud y la vida de las personas. El debatidísimo caso Therri Schiavo es un buen ejemplo de ello.

Este trabajo no intentará ni resumir ni utilizar en su totalidad la bibliografía existente sobre los conflictos entre las normas jurídicas destinadas a salvaguardar la vida y la salud y los dictados de la conciencia. Su propósito es mucho más limitado. Trataré sencillamente de aportar algunas reflexiones personales sobre las relaciones entre unas y otras nacidas de la observación de una riquísima problemática y del estudio de algunas decisiones jurisdiccionales que se han pronunciado sobre la misma. En esta dirección, el trabajo se iniciará con algunas consideraciones, necesariamente breves y generales, acerca del derecho a la vida y a la salud, así como acerca de la libertad de conciencia, algo obligado si se quiere apreciar cuáles son los bienes y valores de relevancia constitucional en juego; proseguiré destacando las singularidades de la objeción de conciencia del personal sanitario y del paciente a tratamientos médicos, en tanto especies del género objeción de conciencia general; y terminará dando cuenta del modo en que la libertad de conciencia puede modular el cumplimiento de aquellos deberes destinados a asegurar la vida y la salud. Y todo ello prestando singular atención a los criterios manejados por la jurisprudencia constitucional española a la hora de resolver los supuestos, ciertamente controvertidos, que hasta la fecha se le han planteado, lo

que nos permitirá sobrevolar el plano puramente especulativo de la teoría y aterrizar en el de la realidad práctica, respondiendo de paso a algunos de los interrogantes que se irán lanzando en la primera parte, más teórica, de la exposición. Se trata, en suma, de analizar, desde una perspectiva eminentemente jurídico-constitucional, la relación dialéctica o, si se quiere, rivalidad que, en ocasiones, se entabla entre vida, salud y conciencia moral.

## **2. Vida, salud y conciencia moral: decisiones constitucionales**

### **2.1. Rasgos generales del derecho a la vida**

El Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la vida (art. 15 CE) como la proyección de un valor superior del ordenamiento constitucional, la vida humana, y como el derecho esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos y libertades no tendrían existencia posible. Más que ante un derecho nos encontramos ante el presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos y libertades. La relevancia y significación superior del valor vida y del derecho que lo encarna se plasma en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 15 CE se sitúa a la cabeza del capítulo donde se concretan los derechos fundamentales de la persona.

Justamente de este carácter de premisa de todos los demás derechos es de donde arranca la primacía de la vida frente a cualquier otro derecho, bien o valor constitucional. Algunas de las categorías con las que nos solemos mover en el mundo del Derecho, y especialmente del Derecho Constitucional, encajan de manera muy imperfecta cuando del derecho a la vida se trata. Así, mientras que en los demás derechos y libertades los problemas que se suelen plantear son problemas relativos a su ejercicio y a su necesaria conciliación con otros derechos y bienes de relevancia constitucional, en el derecho a la vida casi no se plantean controversias de este género, ya que, en principio, toda acción del poder público o de un tercero destinada a atentar contra la vida de una persona resulta ilegítima desde la perspectiva constitucional. Son, en efecto, otras las cuestiones que suscitan polémica y a las que resulta más complejo dar una respuesta jurídica. En primer lugar, la cuestión de su titularidad y, más exactamente, la de determinar el momento en que comienza la vida (aborto). En segundo lugar, la cuestión de la legitimidad para poner fin a dicho derecho, bien como consecuencia de una decisión personal del individuo (suicidio, eutanasia, huel-

ga de hambre, negativa a recibir un tratamiento médico, etc.), bien como consecuencia de una decisión de la sociedad (pena de muerte) .

Nótese, además, que la vida tiene una especial significación y función en el Estado social de Derecho (art. 1.1 CE). El derecho a la vida no incorpora solamente facultades subjetivas de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste. Se trata de un componente estructural básico del ordenamiento, en razón de que es la expresión jurídica de un valor que ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. Por eso, la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad de ejercicio de pretensiones de parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. A los poderes públicos no sólo les corresponde la obligación negativa de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por el derecho a la vida, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tal derecho aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano . Esta constatación conduce, asimismo, a afirmar que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. En general, el ordenamiento español no admite que el individuo pueda decidir sobre su propia vida poniendo fin a la misma. El Constitucional ha sentado que "no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte" . No obstante, en ocasiones se plantean casos en los que no se desea abiertamente la muerte, pero tampoco se quiere que se impida llegar a ella. Son supuestos de colisión del derecho a la vida con otros derechos o libertades fundamentales. Se plantea entonces el problema de cuál de los derechos en conflicto debe prevalecer y, sobre todo, por cuál de ellos debe velar el Estado. El Constitucional, como se verá más adelante, se ha mostrado tajante: cuando la vida humana depende del poder público se impone la obligación de defender la vida por encima incluso de la propia decisión en conciencia del afectado. De la decisión del constituyente a favor de la vida se sigue no sólo la obligación del Estado de no provocar la muerte de nadie de manera intencionada e ilegal, sino también el deber de adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar la vida de las personas sometidas a su jurisdicción. Y es que

1 Pérez Royo, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid 1999, pp. 324 y ss.

2 sstc 53/1985, 120/1990, 212/1996 y 154/2002. Vid. también la stc Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002.

3 stc 120/1990.

no cabe entender que el artículo 15 CE ampare una dimensión negativa de la vida. Ciertamente es que los derechos fundamentales suelen comprender tanto la facultad de ejercer el ámbito de libertad que cada uno de ellos delimita como la facultad de no hacerlo. Pero no sucede lo mismo con el derecho a la vida. El artículo 15 CE no puede interpretarse, sin distorsionar su sentido, en el sentido de que confiera a su titular un espacio de autodeterminación personal en el que se incluya el derecho a elegir la muerte. Y no obsta a esta conclusión ni la posibilidad de cuestionar la calidad de una vida ni el hecho de que una persona quiera por su conciencia moral poner fin a su existencia.

Por último, convendría dejar constancia de que el artículo 15 CE incluye también el derecho a la integridad física o a la incolumidad corporal, en cuya virtud toda persona se encuentra protegida frente a intervenciones no consentidas sobre su cuerpo. Un derecho que se define por la confluencia de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo implica que, para que se vea afectado el derecho, la intervención tiene que producir una lesión o menoscabo verificable, por mínimo que sea, en el cuerpo de su titular. El subjetivo se traduce en el consentimiento o en la ausencia de consentimiento previo a una intervención corporal. Se trata de proteger "la inviolabilidad de la persona (...) contra toda clase de intervención (...) que carezca de consentimiento de su titular". Y ello con independencia de que la intervención tenga mayor o menor intensidad y pueda suponer o no un riesgo para la vida o la salud del individuo. El que la intervención pueda suponer un malestar o un riesgo o daño para la vida o la salud supone un plus de afectación, pero no una *conditio sine qua non* para entender que exista una intromisión en la integridad física.

Es claro, de otro lado, que, aunque este derecho fundamental es un derecho fuerte, se le pueden imponer límites. Ya sea porque el legislador estime que el límite resulta proporcionado para satisfacer intereses de relevancia constitucional de determinados ciudadanos (esterilización de disminuidos psíquicos), ya sea porque se considere pertinente para el éxito de una investigación penal o civil (registros corporales, prueba de paternidad o test de alcoholemia).

---

4 Pérez Royo, J., *op. cit.*, pp. 333.

5 *stc* 120/1990.

6 *stc* 215/1994.

7 *stc* 103/85, 7/1994 y 207/1996.

## 2.2. Rasgos generales del derecho a la protección de la salud

Encuadrado entre los principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección de la salud (art. 43) exige, en su dimensión negativa, que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar la salud de las personas. Opera, pues, como cualquier otro derecho público subjetivo, de suerte que el individuo obtiene el mismo grado de protección respecto de su salud que respecto de su vida, su integridad física y moral, su libertad personal, su intimidad, etc. En este sentido, el derecho a la protección de la salud se revela como un derecho eminentemente individual que exige la inhibición de los poderes públicos de igual modo que los derechos civiles y políticos reconocidos desde el origen del Constitucionalismo.

En cambio, en su dimensión positiva, la protección de la salud demanda todo un conjunto de medidas que, orientadas a la prevención de enfermedades o a la mejora de las condiciones sanitarias, incumbe al Estado. Los poderes públicos asumen la obligación de adoptar las medidas necesarias que aseguren la sanidad ambiental y desarrollar programas concretos ante las múltiples contingencias para la salud. El contenido positivo del derecho a la protección de la salud no conduce, inexorablemente, a la organización de un servicio público de gestión oficial en exclusiva, pero sí genera frente al poder público y a favor del necesitado un deber concreto de prestación. Es decir, tal derecho genera una pretensión jurídica exigible frente al sujeto público. El titular del derecho a la protección de la salud no es, claro está, acreedor de una obligación de resultado; el Estado y el sistema de salud carecen de facultades terapéuticas. Pero sí cabe reconocer al titular del derecho un crédito, que podría ser eventualmente revisado en vía judicial, que tenga por objeto un cuadro de prestaciones para la prevención y el restablecimiento de la salud. Por eso, habría que hablar más bien del dere-

---

8 Tiene, por consiguiente, el mismo régimen jurídico-constitucional y nivel de garantías, conforme a lo establecido en el artículo 53.3 CE: "Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". Sobre el tema, Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1988; Cobreros Mendazona, E., "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", *Revista Vasca de Administración Pública*, 19, 1987, pp. 27-59.

9 Escribano Collado, P., *El derecho a la salud*, Instituto García Oviado, Sevilla 1976, p. 43. Asimismo, Borrajo Dacruz, E., "Art. 43: Protección de la salud", en Alzaga Villaamil, O., *Comentarios a la Constitución de 1978*, Edersa, Madrid 1996, pp. 195-196.

10 *Ibid.*, pp. 44 y ss. y pp. 196-197.

cho a cuidados médicos. El derecho exigible es el derecho a velar por la salud, no el derecho a una salud garantizada.

Tampoco se integra en el patrimonio jurídico del necesitado el derecho a recibir determinados servicios; la obligación del poder público es una obligación de medios, sin que queda deducir ante los tribunales pretensiones destinadas a incluir en el cuadro de prestaciones unas u otras concretas. El necesitado no tiene un derecho público subjetivo a la protección de la salud en unos términos específicos. Pero de ahí no se puede concluir la inefectividad de tal derecho, ya que es incuestionable que los poderes públicos tienen el deber de organizar los oportunos servicios para tutelar la salud. La dificultad del cometido no impide reconocer la obligación de intentarlo.

Más exactamente, cuando el artículo 43.2 CE señala que corresponde "a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios" está asumiendo una construcción típica de los países de nuestro entorno cultural y jurídico en los que la salud es un bien colectivo y un bien individual. De un lado, estaría la obligación del Estado de establecer un sistema de *política sanitaria*, esto es, un cúmulo de acciones colectivas cuyo objeto propio son las medidas de prevención e higiene social que alcanzan al individuo en su condición de miembro del grupo social; son, por así decir, beneficios *uti universi*. Respecto de estas medidas de policía, el particular no dispone de un derecho justiciable para obligar al Estado a su adopción, pero, en muchos casos, puede obtener la tutela judicial frente al poder público responsable, por acción u omisión, del incumplimiento de las medidas establecidas en la normativa correspondiente.

De otro lado, estaría la facultad de los ciudadanos de exigir prestaciones concretas, típicas del servicio público, ante determinadas contingencias para la salud. La articulación de la llamada medicina curativa suele hacerse efectiva a través del seguro social contributivo, que facilita el acceso de amplias capas de la población a los recursos sanitarios más costosos, lo que no descarta que quienes queden fuera disfruten del derecho a cuidados médicos en un régimen de asistencia social pública. Son beneficios *uti singuli* y su reconocimiento sí posibilita el ejercicio de acciones directas ante los órganos jurisdiccionales.

La inclusión del derecho a la protección de la salud en la tabla de principios rectores de la política social y económica supone, en suma, la consagración al más alto

<sup>11</sup> *stc 166/1996*.

rango normativo de una decisión axiológica que eleva a cometido público la satisfacción de una necesidad elemental de la persona y de un nivel de vida digno y suficiente. La protección de la salud no es un derecho fundamental *stricto sensu*, pero no hay duda de que, tras su incorporación a la norma fundamental, goza de una protección ciertamente reforzada.

### 2.3. Rasgos generales de la libertad de conciencia

Como ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional, la genérica *libertad de conciencia*, que engloba las libertades ideológica y religiosa (art. 16 CE), tiene una doble vertiente o dimensión. La vertiente interna garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante las realidades existenciales. La vertiente externa comprende un espacio de *agere licere* "que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a las propias convicciones y mantenerlas frente a terceros". El reconocimiento de este espacio de libertad lo es "con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales".

De las afirmaciones del Constitucional se deduce que la libertad de conciencia encierra, al menos, tres posibilidades o aspectos distintos.

Existe, en primer lugar, la *libertad de creencias*, por la que el individuo presta o rechaza su asentimiento íntimo a un sistema de verdades y se compromete a observarlas en relación con los aspectos trascendentes o intrascendentes de la existencia humana. Ya que la garantía que presta el Derecho es fundamentalmente externa, toda persona tiene derecho a manifestar libremente las creencias que espontáneamente profesa y, por tanto, no puede ser obligado a manifestar las que no profesa (art. 16.2 CE) ni puede ser obligado a ocultar las que profesa. La libertad de creencias no alude al hecho puramente interior del íntimo sentimiento religioso, arreligioso o antirreligioso, sino a su expresión exterior.

Se da, en segundo lugar, la *libertad de conciencia*, entendiéndose por tal los criterios valorativos de las ac-

<sup>12</sup> *Sobre el concepto de derecho fundamental*, Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, pp. 35 y ss.

<sup>13</sup> Beneyto Pérez, J. M., "Art. 16: Libertad ideológica y religiosa", en Alzaga Villaamil, O., *op. cit.*, pp. 320-321; López Castillo, A., *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2002, pp. 54 y ss.

ciones humanas desde el punto de vista ético y moral y que señalan el límite entre el bien y el mal, entre las buenas y las malas acciones. La libertad de conciencia implica la traslación de las creencias del ámbito especulativo al nivel práctico, al campo del obrar humano. Alude al elemento ético o de compromiso de la actuación personal con las propias convicciones. También aquí la libertad de conciencia exige no ser obligado a actuar en contra de la conciencia ni ser impedido de obrar conforme a ella.

Cabe, en tercer lugar, y por lo que alude a la libertad religiosa, una *libertad de culto o litúrgica*, que se traduce en el derecho a practicar externamente la creencia, en la facultad de rendir mediante ritos y ceremonias el homenaje debido a lo sagrado trascendente en que la religión consiste. El culto puede ser *privado* (cuando se ejercita a la vista de pocos, familiar o domésticamente) o *público* (cuando se ejecuta de acuerdo con los ritos de una confesión religiosa y de manera socialmente ostensible). La libertad de culto es, en verdad, la manifestación exclusiva y singularísima del sentimiento religioso. El culto es la consecuencia de segundo grado de la libre opción religiosa.

Se puede hablar incluso de una cuarta posibilidad o aspecto, la *libertad proselitista*, que faculta al individuo a ganar partidarios o prosélitos para su doctrina o confesión. Atendiendo al criterio sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, cabría, en todo caso, distinguir entre un proselitismo lícito, respetuoso con la propia libertad de conciencia de la persona a la que se intenta captar, y un proselitismo ilícito o abusivo, contrario a su dignidad y derechos de libertad.

La libertad de conciencia se refiere, pues, a tres cosas distintas, aunque íntimamente relacionadas entre sí: libertad para creer y no creer, para tener unas y otras convicciones; libertad para expresar y manifestar esas convicciones; y libertad para comportarse de acuerdo a esas convicciones y para no ser obligado en contra de las mismas. Su núcleo esencial, tanto para la libertad ideológica como para la religiosa, es interno, pertenece a la esfera íntima del individuo y está constituido por la libertad que ha de tener toda persona para formar libremente en su interior sus propias convicciones personales. Tiene un segundo momento externo, constituido por la libertad de manifestar al exterior esas convicciones, en cuanto la persona se ha decantado por una concreta cosmovisión. Un tercer momento, también externo, está constituido por el derecho de esa persona a comportarse conforme a la ideología o religión profesada y a no ser obligada a comportarse de forma contraria a las mismas.

La libertad de conciencia, de otra parte, vendría a configurar la posición jurídica en la que queda situado el individuo en su relación con los poderes públicos respecto de esa determinada manifestación de su personalidad que es la ideología o la religión. Por eso queda igualmente clara la genuina protección que dispensa. Protección que vendría delimitada por un doble comportamiento negativo de los detentadores del poder, de suerte tal que no interfieran en el proceso de formación de las íntimas convicciones del individuo ni obstaculicen o sancionen determinadas acciones que sean manifestación de sus creencias. De este modo, la dimensión orgánica de tal libertad se cifra en la neutralidad del poder público, principio del que deriva la renuncia radical por el Estado a toda acción de adoctrinamiento moral o religioso y la imposibilidad para el ordenamiento de cualquier valoración preferente de las plurales expresiones de la comunidad o, en particular, de cualquier confusión entre funciones públicas y funciones religiosas. Resulta así que, sobre el ámbito de las diversas opciones y la actuación conforme a ellas, el Estado es radicalmente incompetente. De ahí que quepa considerar a la libertad de conciencia como una libertad eminentemente negativa. Y es que la principal misión del Estado en materia de conciencia es la de reconocer y garantizar la libertad de sus ciudadanos, lo que se traduce en el ejercicio social de la misma <sup>14</sup>.

Ahora bien, ninguna libertad es absoluta o ilimitada y tampoco puede serlo la libertad de conciencia transgresora de la ley, de los derechos fundamentales de los demás y de unas condiciones materiales mínimas que propicien una convivencia ciudadana pacífica y aceptable. De ahí el límite del orden público que contempla el inciso final del artículo 16.1 CE. Como afirma la STC 154/2002, “la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades así como la laicidad y neutralidad estatal”.

Dice bien el texto constitucional cuando vincula dicho límite a las manifestaciones de la libertad de conciencia, puesto que la adhesión interna a una ideología o religión, el sentimiento íntimo o la profesión interior, son actos esencialmente incoercibles e incontrolables por el Derecho. Aunque sean contrarios al orden público escapan, por esencia, a las previsiones legales restrictivas o sancionadoras. En cambio, cuando las percepciones internas trascienden al orden exterior perturbando la conviven-

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, pp. 318-319 y pp. 84 y ss.

cia, entonces han de operar los mecanismos limitadores de esa libertad.

El artículo 16 CE no aclara qué elementos integran la noción de orden público, pero sí introduce una primera matización de suma importancia. El orden público con capacidad para limitar las manifestaciones de la libertad religiosa no es cualquier orden público, sino el “orden público protegido por la ley”. La Constitución exige una delimitación legal de esa noción, como no podía ser menos al incidir sobre un derecho reconocido en la sección primera del capítulo II del título I (art. 53.1 CE). Así, pues, el orden público del artículo 16.1 CE no es un concepto vago e inconcreto que pueda aplicarse discrecionalmente por los órganos administrativos o jurisdiccionales, sino un concepto delimitado por las leyes, entendiéndose por tales las normas generales emanadas del órgano legislativo a través del procedimiento correspondiente. Cualquier intervención del poder público en el ámbito de la libertad de conciencia invocando la cláusula del orden público debe tener adecuada cobertura en una ley previa. Éste es, precisamente, el significado primario de la reserva de ley del artículo 53.1 CE, que se superpone al poder público y, al propio tiempo, acota espacios de libertad de los ciudadanos frente a él.

De otro lado, y entrando ya en el contenido sustancial de la noción, el acatamiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) es, de acuerdo con lo que ya indica la misma expresión orden, un principio básico elemental para la convivencia ciudadana. Podría así afirmarse que toda manifestación de la libertad de conciencia está, en principio, permitida salvo que una ley formal y materialmente constitucional la haya prohibido. Establecida la necesaria sumisión al ordenamiento jurídico, a las autoridades legalmente constituidas y a sus agentes, para que la convivencia en colectividad sea prácticamente posible es necesario que se ofrezca y garantice a todo ciudadano el disfrute de una esfera básica de garantías materiales, esto es, un nivel mínimo material de pacífica convivencia, respetando su persona y bienes, su sosiego, etc., librándole de violencias, intromisiones, peligros e incomodidades, ya que sólo así será la convivencia social una realidad aceptable y aceptada y una plataforma para el desarrollo personal y para el disfrute de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE). Este nivel mínimo de garantías materiales de pacífica convivencia ciudadana, exigido por la conciencia social para que esa convivencia tenga un sentido positivo, es lo que más directamente puede entenderse por orden público, añadiéndosele aquél otro aspecto instrumental de la sumisión a la ley y al ordenamiento

jurídico. Este nivel mínimo de condiciones materiales se concreta, por lo demás, en la garantía de unos niveles determinados de seguridad en sentido estricto, o sea, de protección de personas y bienes, al igual que en la garantía de unos mínimos de salubridad que posibiliten biológicamente la vida colectiva, junto con unos niveles primarios de tranquilidad que hagan aceptable esta convivencia, dentro del respeto a los sentimientos básicos que la colectividad tenga asumidos como más profundos, es decir, la moralidad en sentido amplio. A todo ello alude expresamente el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, al precisar que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa (...) tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

Parece admitirse, por tanto, que para un efectivo y pleno disfrute de los derechos fundamentales, componente esencial del orden público, es imprescindible la base previa de una adecuada plataforma o nivel mínimo de garantía de pacífica convivencia ciudadana. Sería inútil reconocer formalmente a cada ciudadano el derecho a profesar cualquier ideología o religión si el ejercicio de este derecho puede verse de hecho perturbado o impedido mediante la violencia, la intimidación o la intromisión ejercida por otros ciudadanos. A su vez, el ejercicio de los derechos fundamentales debe tener como límite natural el respeto a las personas y a los bienes ajenos, así como a las demás exigencias básicas de una vida colectiva pacífica presidida por el imperio de la ley. Esta doble perspectiva encuentra su punto de convergencia teórico en la idea de orden público. Sin imperio de la ley y sin garantía de convivencia pacífica no se puede ejercer la libertad individual, pero tampoco la libertad podrá ser una realidad tangible si la noción de orden público se deforma para utilizarla como cláusula arbitraria impeditiva de cualquier intento de manifestación pacífica de aquella libertad.

Se evidencia así que, en la actualidad, el orden público ha perdido la amplitud que tuvo durante mucho tiempo y, con ella, la virtualidad de servir de fundamento para el establecimiento de límites a los derechos fundamentales en términos manifiestamente incompatibles con el Estado democrático de Derecho<sup>15</sup>. El orden público ha sufrido así

<sup>15</sup> Martín-Retortillo Báquer, L., *La cláusula del orden público como límite –impreciso y creciente– al ejercicio de los derechos*, Civitas, Madrid 1975.

una importantísima alteración sustancial, su morfología interna y su operatividad externa han cambiado radicalmente, siendo una noción plenamente juridificada, mensurable y susceptible del más estricto control jurisdiccional.

El orden público es, en efecto, el límite externo expreso que la Constitución señala a la libertad de conciencia, pero eso no significa que no quepa ensanchar el ámbito de los límites de este derecho fundamental para incluir también a los que no se encuentran previstos de manera explícita en el artículo 16 CE, pero vienen impuestos por la propia lógica del sistema constitucional<sup>16</sup>. Podría así distinguirse entre cláusulas restrictivas de la libertad de religión *expresas* y *tácitas*. Es sabido que la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras, el límite deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos fundamentales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos. La consecuencia lógica de este planteamiento es que se puede limitar la libertad de conciencia no ya para proteger el bien a que expresamente alude la Constitución -el orden público- sino incluso para amparar otros derechos constitucionales o bienes constitucionalmente reconocidos. Los derechos, por reconocerse en el seno de un ordenamiento jurídico coherente, han de conciliarse con otros bienes y valores que el propio ordenamiento protege y no pueden hacerse valer de modo absoluto frente a éstos. La teoría de los límites inmanentes pretende, en última instancia, hacer frente a lo que se califica como abuso de derecho<sup>17</sup>.

El contrapeso de esta limitabilidad general de la libertad de conciencia es que la limitación precisa ser justificada, y ello por el valor central de los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Si los límites derivan de la unidad de la Constitución, y los derechos constituyen el valor central del sistema, la limitación de éstos ha de estar objetivamente justificada por la realización de otros derechos, bienes o valores de relevancia constitucional. No cualquier bien o principio jurídicamente protegible puede actuar como límite de la libertad de conciencia. Si fuera así, resultaría muy sencillo vaciarla de contenido mediante la invocación de esos supuestos principios o bienes. La denominada ponderación de bienes es, por lo demás, el método propio para determinar en concreto, de

conformidad con el principio de la concordancia práctica, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder la libertad religiosa cuando entra en colisión con otro derecho fundamental o con un bien de relevancia constitucional. No se trata de establecer un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que prioridad hay sido establecida de forma directa por la Constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen la misma importancia. Como expresa Alexy, el conflicto no se solventa declarando que uno de los bienes en conflicto no es válido, sino que, atendidas las circunstancias del caso, se establece una relación de precedencia condicionada. Se trata de indicar las condiciones bajo las cuales un bien precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de un modo distinto. Se logra, por consiguiente, una *jerarquía móvil* que no conduce a la invalidez de uno de los derechos o valores constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro<sup>18</sup>. El control de la ponderación legislativa, judicial o administrativa corresponde, en último extremo, al Tribunal Constitucional mediante la valoración del derecho sacrificado y el derecho, bien o valor de relevancia constitucional garantizado.

De lo expuesto se desprende que toda restricción de la libertad de conciencia, ya sea aduciendo la cláusula del orden público, ya sea invocando otros derechos o bienes constitucionales, ha de ser el resultado de una cuidadosa ponderación entre esa restricción constitucional posible y la fuerza expansiva de tal libertad, de suerte que aquélla se haya interpretado restrictivamente a favor de ésta, resultando, en todo caso, proporcional de cara a alcanzar el fin que persigue. Todo acto o resolución que limite la libertad de conciencia ha de asegurar que la medida limitadora sea necesaria para conseguir el fin perseguido y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone. La proporcionalidad se concibe así como un límite frente a la actividad limitadora de la libertad a fin de filtrar o moderar el sacrificio. Se trata de medir o comparar la relación que media entre dos magnitudes: los medios, limitadores, de un lado, y, de otro, la finalidad inmediata por ellos perseguida. Es decir, si el fin justifica los medios. Más exactamente, el medio ha de ser *idóneo* para la consecución del fin; *necesario* respecto de todos los medios útiles y susceptibles de alcanzarlo; y *razonable* o proporcionada

---

<sup>16</sup> Así, *stc* 141/2000.

<sup>17</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2001, pp. 267 y ss.

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

*stricto sensu* la ecuación costes-beneficios en su resultado .

#### 2.4. ¿Existe un derecho general a la objeción de conciencia?

Definir la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia no es tarea fácil. *Incumplimiento, desobediencia, excepción, tolerancia, concesión, derecho subjetivo y derecho fundamental* son algunas de las expresiones utilizadas por la doctrina a la hora de calificar jurídicamente la actitud de quienes se oponen al cumplimiento de una ley que consideran injusta . Actitud ante la cual cabe o castigar al objetor, considerándolo un infractor, o tolerar, crear una situación de conformismo que, sin aceptar la objeción, no castigue la desobediencia, o incluso reconocerla como manifestación de un derecho de la persona. Viene ello a mostrar que el tema dista mucho de estar clarificado en el campo de la ciencia jurídica. Desde quienes sostienen que la objeción de conciencia es un derecho del individuo hasta quienes la interpretan como una excepción a la regla, cuya vida depende por completo de su recepción positiva en el ordenamiento jurídico, toda una gama de opiniones giran hoy en torno al concepto de objeción de conciencia.

Pero quizá, más que dar cuenta de todas estas opiniones doctrinales y, al hilo de todas ellas, de la mía propia, resulte más oportuno recoger la postura mantenida por nuestro Tribunal Constitucional al respecto. Cualquiera de los trabajos publicados acerca de la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia puede servir de punto de aproximación al tema. Si bien, como digo, acaso resulte más revelador saber si para nuestro más alto Tribunal la objeción de conciencia es un derecho o una excepción a la norma. Adelanto, en todo caso, mi acuerdo casi fundamental con la postura del Tribunal Constitucional, ya que, entiendo, se sustenta en sólidos argumentos jurídicos que expresan, en suma, una concepción de la objeción acorde con los postulados de un Estado de Derecho como el que proclama el artículo 1.1 CE.

Dejando a un lado el caso singular de la objeción de conciencia al servicio militar, a la que el constituyente

quiso expresamente reconocer el *status* de derecho fundamental, la jurisprudencia del Constitucional, pese a alguna vacilación inicial, parece decantarse por la tesis de que la objeción es una excepción legal a la norma, una concesión del legislador, ofreciendo así una visión de la misma que podría calificarse de legalista y que descarta o, mejor dicho, matiza la presencia inmediata en el mundo de lo jurídico de elementos de índole superior al ordenamiento positivo. Sólo resulta admisible la presencia mediada de elementos morales en el mundo de lo jurídico, esto es, la que viene propiciada por la intermediación del legislador. No se niega que puedan existir simultáneamente en el interior de un mismo ordenamiento dos normas sustancialmente contradictorias, una jurídica y la otra de índole moral. No se cuestiona la conexión que puede existir entre la objeción de conciencia y las libertades ideológica y religiosa que reconoce y ampara el artículo 16 CE. Pero para que el dictado de la conciencia tenga relevancia ha de plasmarse en la ley, de suerte tal que las dos normas contradictorias son ya jurídicas, con independencia de que una de ellas esté inspirada en una motivación moral. Entre las dos normas jurídicas se entabla así una relación de regla y excepción; o, dicho de otro modo, una relación de regla y exención de la regla.

Si no me equivoco, ésta es la concepción que expresa muy claramente la STC 167/1987, donde se lee:

*“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 alguna, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”.*

Lo que viene a descartar el Tribunal Constitucional es que del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa en el artículo 16 CE se siga un derecho general a la objeción de conciencia. Esto es, la invocación de tales libertades no legitima sin más el incumplimiento de un mandato normativo por ser contrario a los dictados de la propia conciencia. La idea, en sí misma, resulta contradictoria con los postulados básicos del Estado de Derecho: la voluntad general, la ley, está por encima de la opción individual. A mi juicio, insisto, esta doctrina es muy acertada. Lo contrario supondría negar la idea de la imperatividad de las normas jurídicas. Y en el mismo sentido se pronuncian los textos internacionales clásicos con incidencia en la materia y los órganos encargados de velar por

19 González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2003.

20 Un buen resumen de las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia se ofrece en De la Hera, A., “Sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia”, en Ibán, I. C. (coord.), *Libertad y Derecho Fundamental de Libertad Religiosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, pp. 150-164.

su aplicación<sup>21</sup>. El criterio general debe ser, pues, el de la fuerza vinculante de la ley con el apoyo que, además, le presta el principio de igualdad.

Con todo, lo anterior no impide reclamar una tónica de sensibilidad para con la libertad de conciencia, dentro de su consideración, no ya como derecho subjetivo de carácter fundamental, sino como principio objetivo de nuestro ordenamiento jurídico. Asumido el doble carácter de esta libertad, el legislador debiera ser consciente de que le incumbe detectar aquellos supuestos de conflicto, especialmente sentidos, entre norma jurídica y norma de conciencia. Ello redundaría en una protección más real y efectiva de la misma. En tal sentido, el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), tras reconocer la libertad de pensamiento, conciencia y religión, consagra el derecho a la objeción de conciencia *de acuerdo con lo que prevean las leyes nacionales*. Desde este enfoque, la objeción de conciencia se erige en *técnica de protección* de la libertad de conciencia.

A nadie se le oculta, sin embargo, las dificultades para satisfacer este empeño. Los mandatos del ordenamiento son numerosísimos y las exigencias de la conciencia pueden ser casi infinitas. Cabría regular algunos supuestos de objeción, pero agotarlos todos es inimaginable. Como se sabe, el ámbito que habitualmente es materia de objeción es el de la prestación del servicio militar. Se trata de un supuesto históricamente consolidado, lo que ha motivado su constitucionalización en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural y jurídico. En todo caso, dependiendo del ordenamiento jurídico específico, se admiten más o menos posibilidades para anteponer la especificidad que provoca una cuestión de conciencia frente al principio de generalidad de las leyes. Y todo ello, lógicamente, siendo plenamente conscientes de que puede haber valores por encima de la conciencia del individuo que precisen ser protegidos aún violentándola.

De cuanto antecede se desprende que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la objeción de conciencia es una manifestación concreta y *legitimada* del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa. Es más una vía para la protección de tales libertades fundamentales que un derecho subjetivo del individuo. Y decimos legitimada en cuanto exige la incorporación o regulación legal del conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia que se quiere salvar.

---

21 Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).

A partir de aquí, para catalogar determinada actitud como objetora, deben concurrir una serie de condiciones entre las que se puede destacar, en primer lugar, la existencia de una norma que acarrea prestaciones o actos de carácter personal. Norma, no en el sentido de práctica social que consiste en una regularidad de comportamientos acompañada de una actitud crítica hacia las conductas que se desvíen de esa regularidad, sino en tanto precepto dictado por la suprema autoridad en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados. Norma, pues, en el sentido de regularidad normativa, de instituciones legales o de leyes de un Estado. La prestación de carácter personal que la norma impone ha de ser, por lo demás, clara, lo que equivale a decir que el objetor no dispone de otra alternativa para asegurarse una actuación conforme a su conciencia que la de hacer frente a la norma y negarle obediencia. Otra cosa distinta es que, en la interpretación y aplicación de todo deber jurídico con incidencia en la libertad ideológica o religiosa, se haya de buscar siempre la mayor protección y efectividad real de tales bienes jurídicos, protegidos al más alto nivel por el Derecho del Estado. En tales circunstancias, no estaríamos ante un supuesto de objeción de conciencia, sino de *irradiación*<sup>22</sup> de esos derechos fundamentales en el deber jurídico de que se trate. Sobre ello volveremos más adelante.

En segundo lugar, la objeción presupone la concurrencia de una actitud ética del que la invoca. Responde a un criterio de conciencia que mueve al individuo a pedir al ordenamiento la posibilidad de actuar jurídicamente conforme a aquella. En este sentido, Luis Prieto Sanchís la define como “el incumplimiento de una obligación legal y de naturaleza personal cuya realización producirá en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o de las creencias profesadas”<sup>23</sup>. El objetor desobedece la ley por considerarla injusta; rehúsa obedecer un mandato de la autoridad legítima al considerarlo radicalmente injusto.

La actitud ética aludida puede obedecer a factores ideológicos o religiosos. Los motivos de la objeción pueden ser de una u otra índole. En otras palabras, la objeción ampara tanto la libertad ideológica como la religiosa. Las motivaciones que subyacen en una objeción de conciencia *lato sensu* pueden hundir sus raíces en una cosmovisión

---

22 Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales (prólogo de F. J. Bastida; traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde Menéndez)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, pp. 110-112.

23 Ibán, I. C. y Prieto Sanchís, L., *Lecciones de Derecho Eclesiástico*, Tecnos, Madrid 1985, p. 105.

de fundamentación trascendente o no. Para el Derecho, lo relevante es la protección de un imperativo de conciencia que se opone al cumplimiento de un deber jurídico. Lo accidental, por así decir, es el origen de la conciencia.

En tercer lugar, la objeción de conciencia implica la no utilización de métodos violentos para reivindicar las posiciones, así como la no pretensión de sustituir o cambiar las normas frente a las que se objeta, ya que se desea sólo la excepción en el caso concreto. Ante todo, la objeción es una conducta pacífica o, si se quiere, pasiva, ya que consiste en abstenerse de cumplir un determinado deber impuesto por el ordenamiento.

La objeción comparte un gran número de caracteres con la desobediencia civil, pero de ella le separan ciertos rasgos como son la *privacidad*, la *legalidad* y la *pasividad* de la primera, frente a la *publicidad*, *ilegalidad* y *rebeldía* de la segunda. La desobediencia civil, en efecto, supone un desafío público y abierto a la autoridad que se expresa en la resistencia al cumplimiento de la ley vigente y la aceptación voluntaria de la sanción que tal actitud conlleva. En contraste con la objeción, la desobediencia encierra una rebeldía que no está permitida. Es, por consiguiente, un tipo de presión que trata de influir en el proceso político con el fin de transformar los valores y el marco jurídico de la sociedad. Un acto político.

Todo supuesto de objeción encierra, por último, la imposibilidad de que una pretendida objeción pueda perjudicar a terceros o violar cualquier tipo de derecho fundamental. El objetor suele limitarse a reivindicar una conducta abstencionista o de una peligrosidad social menor. En otro caso, cabe presumir que la ponderación entre los distintos intereses en conflicto no le sería favorable y, por tanto, la excepción normativa no resultaría legitimada.

## 2. La objeción de conciencia del personal sanitario

### 2.1. El deber de prestar asistencia sanitaria

Sentado lo anterior, la reflexión en torno a la objeción de conciencia del personal sanitario ha de partir de la constatación de una realidad muy evidente: la existencia del deber jurídico de prestar asistencia sanitaria. Un deber de asistir que, en principio, se impone al dictado de la

conciencia de quien debe prestarlo. Decimos *en principio* por cuanto, como se ha dicho, queda abierta la posibilidad de que el legislador contemple excepciones a la norma, de suerte que quepa esquivar el deber en pos de la conciencia sin sufrir por ello sanción o demérito alguno. Pero, en tanto eso no ocurra, la obligación jurídica prevalece frente al dictado de la conciencia.

Como se afirma en la STC 166/1996, la finalidad constitucionalmente reconocida del Sistema de Salud supone que éste se configura como un régimen legal, en el que las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico (principalmente, en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). A partir de ese instante, el cuadro de prestaciones del sistema de salud es jurídicamente exigible. Si la norma impone comportamientos al personal sanitario es porque los particulares tienen derecho a ser tratados. La realización del poder atribuido al paciente para la conservación de su vida y su salud es el presupuesto de la situación jurídica pasiva en la que el personal sanitario es constreñido a mantener un comportamiento, positivo, a favor de ese interés ajeno. Dicho comportamiento (*norma agendi*) se corresponde con un poder jurídico (*facultas agendi*) reconocido en beneficio del interés privativo del particular. Se trata de una obligación jurídica ligada a un derecho ajeno.

Nótese, por otra parte, que el incumplimiento de esta obligación puede llegar incluso a tener relevancia penal a tenor de lo dispuesto en el artículo 196 del Código Penal. Para que esa responsabilidad se dé es necesario, de un lado, que concurra un peligro grave para la vida o la salud (física o psíquica) del paciente y, de otro, que el facultativo esté obligado a realizar la asistencia, lo que ha llevado a la doctrina penal a debatir en qué situaciones se encuentra éste en posición de garante ante aquél, lo que parece reducir el ámbito de vigencia del precepto a la medicina pública o de seguro privado. En cualquier caso, se admite que el deber de actuar del sanitario no es genérico, sino que ha de mediar un previo requerimiento al sujeto en su calidad de profesional de la salud<sup>25</sup>. Obviamente, pueden plantearse supuestos de incumplimiento que carezcan de relevancia jurídico-penal, pero ello no permite negar la existencia del deber de prestar asistencia sanitaria.

24 Soriano Díaz, R., *La desobediencia civil*, Barcelona PPU, Barcelona 1991; Falcón y Tella, M. J., *La desobediencia civil*, Marcial Pons, Madrid 2000.

25 Véase, por todos, Muñoz Conde, F. – García Arán, M., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2002, pp. 320-321.

## 2.2. La objeción de conciencia al aborto: extensión y límites

Siendo, por así decir, la regla el deber de asistir, el único supuesto de objeción de conciencia del personal sanitario legitimado por nuestro ordenamiento se circunscribe al aborto, a la interrupción voluntaria del embarazo, en los supuestos en que conforme a lo dispuesto en la legislación española esa interrupción no sea un acto antijurídico. La STC 53/1985 admite explícitamente la oposición de los médicos y demás personal sanitario a prestar su concurso a la producción de un aborto en los supuestos declarados no punibles por la ley.

### 3.2.1. Extensión

Ahora bien, una vez sentado el reconocimiento por nuestro ordenamiento del derecho del médico y demás personal sanitario a la objeción de conciencia frente a la práctica del aborto despenalizado, resta determinar la extensión del mismo:

a) Para empezar, me parece clarificadora la pionera sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la entonces Audiencia Territorial de Oviedo, de 29 de junio de 1988, en la que se sientan dos conclusiones básicas. Por un lado, estima que el Insalud no podrá obligar a los facultativos y personal sanitario que sean objetores a realizar actos médicos, cualquiera que sea su naturaleza, que *directa* o *indirectamente* estén encaminados a provocar el aborto, tanto cuando éste vaya a realizarse, como cuando se esté realizando. Por otro lado, considera que estos mismos profesionales sanitarios habrán de prestar asistencia cuando la requieran las pacientes internadas por el aborto en todas las incidencias y estados patológicos que se produzcan, aunque tengan su origen en las prácticas abortivas realizadas.

b) En segundo lugar, ¿aprovecha la objeción de conciencia a los dictámenes médicos necesarios en el aborto *terapéutico* y en el *eugenésico*? Como se sabe, el artículo 417 bis del Código Penal prevé como necesarias dos conductas: el dictamen de especialista distinto al que practica materialmente el aborto y éste último. Es decir, la emisión del dictamen o los dictámenes preceptivos requeridos para la práctica despenalizada del tipo penal condiciona la aplicabilidad de la excusa absolutoria legalmente prevista. Como expresara el magistrado Rubio Llorente en su voto particular a la STC 53/1985, "los supuestos excepcionales de no punición del aborto se transforman en situaciones que permiten la obtención de una autorización para abortar". Pues bien, si se admite que la intervención médica en

la emisión de estos dictámenes, al suponer la validación de los supuestos de hecho que despenalizan la práctica del aborto, está directamente encaminada a su ejecución, a mi juicio tampoco se podrá obligar a los facultativos que sean objetores a tomar parte en la elaboración de esos dictámenes.

c) En tercer lugar, ¿se extiende esta objeción a los empleados de la administración hospitalaria, permitiéndoles rechazar formularios o documentos relacionados con el aborto, o al personal paramédico, que podría negarse a conducir al quirófano a la paciente que quiere abortar? En mi opinión, y sin negar que la vida humana es un valor cardinal que no deja indiferente a nadie, la conciencia no se ve comprometida con la realización de una actividad que se halla relacionada sólo de modo indirecto con el aborto.

d) En cuarto lugar, ¿se aplica esta objeción a los farmacéuticos que rechazan la venta de la píldora RU 486 ("del día después"), que ya desde su aparición en el mercado, en la Francia de la década de los 80, suscitó controversia? Dando por supuesto que el farmacéutico no es un mero expendedor de medicamentos, sino que asume responsabilidad como parte implicada en un acto médico, la dificultad estriba, si no me equivoco, en determinar si la píldora tiene o no carácter abortivo y si, en última instancia, la objeción podría estimarse *causa justificada* a los efectos de lo que dispone el artículo 108.2.b).15. de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Al carecer de conocimientos científico-técnicos en la materia, no puedo pronunciarme sobre la naturaleza abortiva o anti-conceptiva de la misma; en cambio, considero que la causa justificada de la Ley del Medicamento sólo tendría el sentido de cláusula general legitimadora de la objeción de conciencia en el caso de que quedase científicamente acreditado su naturaleza abortiva.

Por lo demás, es claro que del reconocimiento legal de este supuesto de objeción de conciencia se sigue el derecho del objetor a no ser discriminado por su oposición a prestar su concurso a la producción de un aborto. Así, por ejemplo, alguna jurisprudencia ha considerado contrario a Derecho el traslado de un anestesista del servicio de medicina maternal al de traumatología por haber planteado objeción de conciencia al aborto. Entendí, más exactamente, que el traslado había obedecido a una represalia encubierta y ordenó su nulidad, con la consiguiente vuelta del demandante a su anterior puesto de trabajo. La potestad organizativa del ente gestor del hospital ha de conciliar

liarse con la prohibición de discriminación por motivos ideológicos o religiosos enunciada en el artículo 14 CE<sup>26</sup>. Otras situaciones semejantes han merecido igualmente el reproche jurisdiccional<sup>27</sup>.

### 3.2.2. Límites

Con todo, y como cualquier otro derecho, nacido, eso sí, de la exención de una obligación, la objeción de conciencia al aborto tiene límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo.

El límite más evidente es que nunca el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por un profesional sanitario puede suponer perjuicio para la paciente, por lo que sólo podrá admitirse cuando no ponga en peligro la atención sanitaria debida. Así, en el Reino Unido esta objeción no está permitida en caso de emergencia o peligro de muerte o cuando sea necesaria la interrupción del embarazo para evitar daño grave o permanente a la salud física o mental de la gestante y no exista alternativa<sup>28</sup>.

De otra parte, la objeción de conciencia al aborto, en tanto conectada con la libertad ideológica o religiosa, es un derecho individual que no puede ser ejercitado por una institución –centros de salud, hospitales, etc.–. En consecuencia, como señalase el Tribunal Constitucional en su sentencia 106/1996, los centros sanitarios no pueden invocar un *ideario propio* a ponderar frente a otros derechos y bienes constitucionales. Los centros sanitarios están obligados a prescribir y proporcionar los servicios y prestaciones reconocidos en el Sistema de Salud. Y la Administración debe adoptar una actitud especialmente vigilante a fin de evitar cualquier desatención de la paciente. No se admite la objeción de conciencia institucional.

### 2.3. Valoración crítica

Tomando en consideración cuanto antecede, sorprende que, en nuestro ordenamiento, sólo se contemple una posibilidad para el personal sanitario de dejar de aplicar una ley que se oponga a su conciencia moral. No hay duda de que, en la práctica, se plantean innumerables situaciones concretas a las que la elaboración de una legislación particular sobre la objeción de conciencia en intervenciones médicas, hoy inexistente, podría dar cumplida respuesta en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de la

adecuada ponderación de los derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto. Ante la ya existente o eventual legislación reguladora de la reproducción asistida, el cambio de sexo, la eutanasia, la clonación terapéutica o la investigación con células madre, etc., quizá resultase prudente introducir la objeción de conciencia. Ahorraría problemas, facilitaría la realización de la libertad de conciencia del personal sanitario y, con las debidas cautelas, no perjudicaría a nadie. Creo, en tal sentido, que la peligrosidad social que acarrea todo supuesto de *no intervención-abstención* podría quedar en gran medida contrarrestada estableciendo como límite a la objeción la debida atención sanitaria, de modo que, como se acaba de indicar para el aborto, no quepa ejercerla cuando no exista alternativa.

Ahora bien, si no ocurriera así, tendrá que llegarse a soluciones pragmáticas, como la invitación a la dirección de los centros hospitalarios a tener en cuenta las ideas y creencias del personal en el momento de adjudicar las intervenciones a un equipo o a otro. Si la ley no provee su propia objeción, no hay razones para justificar la no intervención. El personal sanitario debe acatar el ordenamiento jurídico (art. 9.1. CE), quedando, en el mejor de los casos, a expensas de que otro está dispuesto a intervenir. Pero, insisto, quizá valga más evitar pleitos legitimando la exención de la obligación.

## 2. La mal llamada objeción de conciencia del paciente

### 2.1. Acotaciones previas

Aun siendo una especie del género *objeción de conciencia general*, la objeción de conciencia del paciente a tratamientos médicos presenta algunas singularidades que la definen nítidamente.

Por de pronto, habría que reconocer que se trata de un supuesto *impropio* de objeción de conciencia, en el sentido de que no existe el deber jurídico de conservar la salud o la vida. Si, como antes decía, la objeción implica la existencia de una norma que acarrea prestaciones o actos de carácter personal, no existe precepto alguno en nuestro ordenamiento que imponga al individuo la prestación de asegurar su propia salud o vida. No existe mandato que imponga inequívocamente una prestación o acto personal de esa naturaleza. Como ha escrito Yolanda Gómez, no existe la obligación jurídica de someterse a ningún tratamiento médico concreto puesto que tampoco existe la obligación de vivir ni de conservar la propia

26 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de diciembre de 1991.

27 Durany Pich, I., *Objeciones de conciencia*, Navarra Gráfica Editores, Pamplona 1998, pp. 37-38.

28 Art. 4, *Abortion Act* de 27 de octubre de 1967.

vida<sup>29</sup>. Falta, pues, en este caso el presupuesto de toda objeción: la oposición entre una norma imperativa y el dictado de la conciencia, de donde se infiere que no nos encontramos ante un caso de objeción *stricto sensu*.

Ahora bien, lo dicho no significa que no se plantee un conflicto de relevancia constitucional cuando un paciente decide rechazar un tratamiento médico. No cabe duda de que el conflicto se da y para su resolución se debe determinar, de un lado, el alcance de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física (arts. 15 y 43 CE) y, de otro, el alcance de las libertades de pensamiento, ideológica y religiosa (art. 16 CE). Y es que, al rechazar un tratamiento médico, el paciente, invocando su libertad de conciencia, puede estar minando su salud o atentando contra su propia vida. El paciente no lo desea abiertamente, pero tampoco quiere que se impida ese resultado. Se trata de un supuesto de colisión del derecho a la vida, a la salud y a la integridad física con la libertad de creencias, planteándose entonces el problema de cuál de los derechos debe prevalecer y por cuál de ellos debe velar el Estado. Se debe, en suma, decidir si resulta o no legítimo practicar una asistencia médica coactiva a quien asume el riesgo de poner en jaque su salud o morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta antes de violentar sus creencias.

En segundo lugar, se debe hacer constar que la objeción de conciencia del paciente a tratamientos médicos es un supuesto de objeción fundado en convicciones religiosas. La realidad muestra que los supuestos de rechazo de una terapia médica se producen a partir de factores religiosos. Los casos objetables en conciencia hay que referirlos a las motivaciones religiosas. Dicho de otro modo, los motivos son siempre religiosos. Las motivaciones que subyacen en la objeción de conciencia a un tratamiento son sólo religiosas. El dictado o imperativo de conciencia deriva siempre de un acto de fe, de una cosmovisión trascendente. En cambio, no se conoce en nuestro país ni en otros de nuestro entorno la objeción a un remedio médico basada en razones ideológicas, en una cosmovisión desprovista del elemento trascendente. Resulta desconocida la exigencia de respeto a una conducta de rechazo dictada por la libertad ideológica del paciente.

No convendría, en tercer lugar, juzgar alegremente a quien se niega a recibir un tratamiento médico por razones de conciencia religiosa. El creyente que, por ejemplo, se niega a recibir una transfusión de sangre está velando por

su salvación eterna en vez de por su salvación terrenal. Está, además, ejerciendo con ello un derecho subjetivo de carácter fundamental. Invoca la dimensión de *agere licere* que comprende la libertad de religión y a la que, como se ha analizado, se ha referido el Tribunal Constitucional en más de una ocasión<sup>30</sup>. La libertad religiosa comprende no sólo el derecho del individuo a adoptar aquella cosmovisión de fundamentación trascendente que mejor se acople a sus preferencias, sino también la facultad de obrar conforme a ella. Y, se quiera o no reconocer, el Estado, al favorecer una asistencia médica coactiva, está, en última instancia, decidiendo que una doctrina religiosa entra en conflicto con derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, y eso es algo que, si bien, como se verá, se puede hacer en determinadas circunstancias, también se puede controlar, no vaya a ser que la decisión derive de un prejuicio religioso siempre rechazable.

Tampoco convendría perder de vista, en cuarto lugar, que en estos supuestos pueden entrar en juego responsabilidades penales. De la interpretación que se dé a las normas en conflicto puede derivarse la comisión de un delito contra la libertad religiosa del paciente que se niega a recibir asistencia médica<sup>31</sup> o la comisión de un delito de homicidio por omisión<sup>32</sup> o de denegación de la asistencia debida<sup>33</sup> por parte del personal sanitario que consiente en no realizar un tratamiento o de la autoridad judicial que se niega a ordenarlo. Ello nos coloca ante el interesantísimo tema de la irradiación de los derechos fundamentales en la legalidad penal, que será abordado en la última parte del presente trabajo.

La cuestión que nos ocupa tiene, finalmente, una implicación práctica nada desdeñable. ¿Está obligado el Estado constitucional, no sólo garante sino también promotor de los derechos fundamentales, a dispensar tratamientos médicos alternativos más costosos pero menos conflictivos desde la perspectiva del debido respeto a la libertad de creencias de los individuos? Sabido es que lo que caracteriza al Estado social es que vino a superar histórica y conceptualmente al Estado liberal. ¿De qué modo? En el de que mientras el liberal se concibió como un Estado gendarme —en palabras de Ferdinand Lasalle—, que debía limitarse a asegurar la paz y el orden interior sin intervenir para nada en el libre juego de las fuerzas productivas y en sus consecuencias sociales, el social se iden-

29 Gómez Sánchez, Y., "Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos", *Revista de Derecho Político*, 42, UNED, Madrid 1996, p. 76.

30 Vid., por ejemplo, las sstc 24/1982, 166/1996, 46/2001 y 101/2004.

31 Arts. 522 a 526 CP.

32 Arts. 11 y 138 CP.

33 Art. 196 CP, ya aludido.

tificará por su declarada voluntad de corregir activamente las desigualdades presentes en la sociedad, intentando que la libertad y la igualdad formal definidora del Estado liberal se acerque de forma creciente y progresiva a la real. Aunque la fórmula fue acuñada ya a finales de los años 20 y los primeros textos constitucionales que se hicieron eco de sus consecuencias jurídico-políticas se aprobaron en el período de entreguerras, únicamente tras la apertura del proceso constituyente europeo posterior a la caída del nazismo y del fascismo se iba a producir la constitucionalización de la forma jurídica del Estado social. La Constitución española, en esta dirección, no sólo ha proclamado el carácter social como uno de los elementos definitorios del tipo estatal que en ella se consagra (art. 1.1), sino que, además, y en plena coherencia con tal formulación, ha recogido toda una serie de principios que vienen a darle un contenido sustantivo. Pero quizá sea el artículo 9.2 el que más claramente muestre el carácter social de nuestro tipo estatal:

*“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.*

La doctrina ha destacado, asimismo, como el progresivo asentamiento del Estado social se ha dejado sentir no sólo en el reconocimiento de los denominados *derechos sociales* sino también en la transformación operada en el seno de los derechos de libertad más clásicos. Derechos que ya no sólo demandan de los poderes públicos una actitud de respeto y consideración, un deber de no hacer o, mejor dicho, de no injerencia en el espacio de libertad que cada uno de ellos delimita, sino también una actitud de promoción o *prestacional*, un deber de hacer que obliga a todos, y, especialmente, al legislador, a crear las condiciones más favorables para su disfrute real y auténtico. ¿Resulta, pues, exigible que el Estado ofrezca terapias médicas más costosas pero menos lesivas para la libertad religiosa del paciente? La jurisprudencia, como a continuación se analizará, ha respondido a este interrogante y a otros a él íntimamente ligados.

## 2.2. Las soluciones de la jurisprudencia constitucional española

### 4.2.1. La autonomía del paciente como premisa

Ante el conflicto que plantea la objeción de conciencia del paciente, lo que, en principio, parece claro es que no cabe imponer un tratamiento a un adulto sin su consentimiento. La salud se puede configurar como un derecho, pero configurarla como una obligación comporta una absoluta falta de respeto y consideración hacia la dignidad y la libertad de las personas (arts. 1.1 y 10.1 CE). De algún modo, así ha venido a reconocerlo el Tribunal Constitucional, para quien, a salvo de ulteriores matizaciones, toda intervención corporal coactiva atenta contra el derecho a la integridad física de quien la sufre<sup>34</sup>. En el mismo sentido, el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, prescribe que toda actuación en el ámbito de la salud necesita del consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Antes, el artículo 2 de esta misma Ley ya había precisado que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento. Y, en fin, más recientemente, los códigos deontológicos de la profesión médica asumen la obligación de respetar las decisiones de los pacientes.

No obstante, como se verá de inmediato, este punto de partida, la autonomía del paciente, se puede y, aún más, se debe matizar atendiendo a las circunstancias de cada caso, sobre todo en el supuesto de tratamientos médicos destinados a salvaguardar la vida o la salud pública en tanto elemento constitutivo del orden público. La protección de otros derechos, bienes y valores apreciados por el constituyente puede aconsejar la limitación de la autonomía y libertad del paciente. Cabría traer aquí de nuevo a colación conceptos y categorías tan conocidas para los constitucionalistas como el *principio de la concordancia práctica*, la *técnica de la ponderación de bienes* o el *principio de proporcionalidad*.

### 4.2.2. Primacía incondicionada del derecho a la vida

<sup>34</sup> El ya referido Capítulo Tercero del Título Primero CE: “De los principios rectores de la política social y económica”.

<sup>35</sup> stc 154/2002.

Toda reflexión acerca de las soluciones de la jurisprudencia constitucional española en materia de objeción de conciencia a tratamientos médicos ha de tomar en cuenta algunas de las afirmaciones contenidas en las SSTC 53/1985 y 212/1996. En ellas, como al comienzo se avanzó, el derecho a la vida se define como un valor superior del ordenamiento, como un principio objetivo que orienta y encauza la actuación de los poderes públicos. Así lo atestigua su colocación en el texto constitucional. Por eso, a los poderes públicos no sólo les corresponde la obligación negativa de no lesionar la vida, sino también la positiva de contribuir a la efectividad de tal derecho.

Acaso esta adhesión a la llamada filosofía de los valores justifique las peculiaridades de nuestra jurisprudencia constitucional en el tema que nos ocupa. Y es que, hasta la fecha, el Constitucional, sin agotar todos los supuestos imaginables, se ha mostrado tajante en los casos de colisión entre el derecho a la vida y otros derechos fundamentales: cuando la vida humana depende de los poderes públicos o de terceros se impone la obligación de defender la vida por encima incluso de la propia decisión del individuo afectado, ya sea adulto capaz o menor de edad.

#### **4.2.2.1. Adulto capaz**

Sin perder de vista estas consideraciones, el rechazo del adulto capaz a tratamientos médicos por razones de conciencia ha adoptado en nuestro país dos formas. Una primera alude a la negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre. Y una segunda vinculada a la alimentación forzosa de internos en centros penitenciarios y en huelga de hambre por motivos políticos.

El ATC 369/1984 rechaza el recurso de amparo interpuesto por un testigo de Jehová contra la inadmisión de una querrela contra un magistrado que autorizó una transfusión de sangre para resolver diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo de la mujer del recurrente, pese a la negativa y reiterada oposición de éste. El Constitucional, restando importancia al asunto desde la óptica de la libertad religiosa<sup>40</sup>, analiza exclusivamente la controversia desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y concluye la adecuación de la inadmisión de la querrela a la legalidad ordinaria. Lo que, en todo caso, interesa aquí resaltar es que el Tribunal deduce la legitimidad de la autorización de los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, que señala como límite de este derecho fundamental la salud de las personas. Interpretación, a nuestro entender, desenfocada y errónea, ya que, tanto el artículo 3.1 de la

Ley Orgánica como los textos internacionales con relevancia en la materia, hablan de salud pública, de donde se infiere que la salud individual, sin mayores repercusiones hacia fuera, no puede ser invocada como elemento constitutivo del orden público en cuanto límite expreso de la libertad de religión. Así viene ahora a reconocerlo expresamente la más reciente STC 154/2002, al matizar que la salud pública comprende "los riesgos para la salud en general". Cambio, pues, de criterio jurisprudencial que conviene tener en cuenta de cara al enjuiciamiento de controversias futuras. La autorización judicial de una transfusión sanguínea puede resultar legítima si se funda en la preservación de otros derechos, bienes y valores de relevancia constitucional, pero no en la salud individual como pretendido elemento integrante del orden público.

Por su parte, la célebre y polémica STC 120/1990 desestima el amparo interpuesto por unos reclusos, miembros del GRAPO, en huelga de hambre contra la resolución judicial que declara el derecho-deber de la Administración Penitencia de suministrar asistencia médica una vez que, conforme a criterios científicos, resultase acreditado que su vida corría peligro. La decisión del Constitucional se funda en la existencia de una relación de especial sujeción por razón del régimen penitenciario, así como en la inconsistencia de los motivos de conciencia alegados por los recurrentes. Esa relación de especial sujeción comporta "un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa". Lo que no aclara del todo el Tribunal es si esas limitaciones serían ilegítimas en el supuesto de que se impusieran a ciudadanos libres. "Una cosa -se dice- es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta", en cuyo caso quizá podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria, "y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que el confiere el ordenamiento jurídico". Siendo cierto que la STC 120/1990 no resuelve directamente un caso encuadrable en la objeción de conciencia a tratamientos médicos, no lo es menos que

de no entenderse referido el párrafo transcrito a este tema se hace difícil comprender su sentido<sup>36</sup>.

De otro lado, al negar que la libertad ideológica pueda ofrecer cobertura a la protesta y reivindicación de los recurrentes, el Tribunal acierta, en nuestra opinión, a definir la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia: un conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia que hunde sus raíces en una postura ideológica o religiosa no coyuntural ni de mera oportunidad política.

La STC 166/1996, por último, aborda el tema de si la organización sanitaria pública está obligada a disponer de medios terapéuticos alternativos para asistir a pacientes que se opongan a recibir transfusiones. En ella, el Constitucional deniega el amparo interpuesto por un paciente, testigo de Jehová, que estimaba violentada su libertad religiosa ante la negativa del INSALUD de intervenirle prescindiendo de la transfusión. Habiendo acudido a un hospital privado donde fue operado conforme a sus convicciones, su solicitud de reintegro de las cantidades desembolsadas fue desestimada por el Tribunal Supremo. Con buen criterio, entiende el Constitucional que la *lex artis* de la profesión médica "sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo", de suerte tal que "las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica". Por otra parte, el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de Seguridad Social implica que éste se configure como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, vienen determinadas, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico. De las obligaciones del Estado y de otras tendentes a facilitar la libertad religiosa no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religiosa puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias. Tal cosa sería "una excepcionalidad, que, aunque puede estimarse como razonable, comportaría la legitimidad del otorgamiento de esta dispensa del régimen general, pero no la imperatividad de su imposición".

<sup>36</sup>

Así lo entienden SANTOLAYA MACHETTI, P., "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)", Ponencia elaborada para el VI Congreso de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Pamplona, 5 y 6 de octubre de 2000, p. 15; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., op. cit., p. 78.

Aun compartiendo sustancialmente el razonamiento de la mayoría del Constitucional, no hay que perder de vista que, a partir de la consideración de la libertad religiosa no ya como derecho subjetivo sino como principio, el Estado está obligado a promover las condiciones necesarias para su plena eficacia sin que, en algunos casos, baste la mera abstención. La propia Ley Orgánica de Libertad Religiosa establece la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para el disfrute real y efectivo de las facultades que integran el contenido esencial de tal derecho, con expresa referencia a los establecimientos hospitalarios. En base a estas consideraciones, y como pone de manifiesto el voto particular del magistrado J. D. González Campos, no se puede descartar que, siempre a partir de una cuidadosa ponderación de los bienes y recursos en juego, quepa exigir a la Sanidad pública que ofrezca terapias alternativas<sup>37</sup>.

#### 4.2.2.2. Menor de edad

La STC 154/2002, la única que hasta la fecha se ha pronunciado sobre la negativa del menor de edad a recibir un remedio médico, no alberga duda alguna: la vida debe prevalecer. El menor es titular de la libertad religiosa, pero eso no implica "reconocer la eficacia jurídica de un acto (...) que, por afectar en sentido negativo a su vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable". Primero, porque "no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza (...) que el menor fallecido (...), de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital". Y, "en todo caso", como cláusula de salvaguardia, porque la vida es "un valor superior del ordenamiento constitucional" y, por tanto, "preponderante". La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental y no puede convenirse que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser. Por eso no merece reproche alguno la actuación del juez que autorizó la transfusión en las concretas circunstancias del caso, aunque resultase violentada su conciencia y su integridad física.

#### 4.2.3. Valoración crítica a la luz de la jurisprudencia comparada

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los conflictos entre el derecho a la vida y la libertad

<sup>37</sup>

En el mismo sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ibid.*, pp. 88-90.

de conciencia del paciente recaída hasta la fecha se funda, como se ha visto, en la primacía incondicionada del primero sobre la segunda. Una prevalencia absoluta que, a mi juicio, desconoce las exigencias del principio de la concordancia práctica y que no valora suficientemente la complejidad y variedad de los supuestos imaginables. En todos ellos se pueden identificar con relativa facilidad los distintos bienes y valores constitucionales en conflicto, pero la auténtica dificultad estriba en ponderar *ad casum*.

Las sentencias comentadas se sitúan en una zona altamente polémica. ¿Se puede disponer de la propia vida? ¿Merece algún reproche constitucional la imposición de la vida y la de aquellos remedios o conductas destinados a defenderla o mantenerla? Entramos así en un terreno pantanoso, en el que desde largo tiempo se viene polemizando y en el que se ha de seguir discutiendo. Y un terreno en el que, de otra parte, se entremezclan una pluralidad de casos que tal vez convenga no confundir. Una cosa son las intervenciones, a la edad que sea, que consisten en alargar la vida de quien hay constancia seria que va a morir. Otra, bien distinta, el caso de las operaciones arriesgadas que tienen un escaso tanto por ciento de probabilidad de salvar una vida. O el de las intervenciones que atentan gravemente contra la integridad física de una persona. Casi nadie, entiendo, dudaría de la correcta legitimidad del individuo de disponer de su vida en tales circunstancias.

¿Y aquellos tratamientos médicos que razonablemente pueden evitar una muerte? También aquí convendría distinguir. No es lo mismo disponer de la propia vida que de la vida ajena. Es evidente que la patria potestad no da opción para rechazar cuidados que podrán salvar la vida del niño. Lo mismo se podría decir en relación a la objeción de conciencia formulada por los familiares de un incapaz y de la que puede seguirse un riesgo cierto para su vida. Los derechos de los demás, empezando por la vida como presupuesto para el disfrute de todos ellos, juegan aquí claramente como límite.

Hay que reconocer, en cualquier caso, que vivimos en un mundo que se compromete a defender y promocionar la vida. La vida es la mayor garantía que se ofrece a las personas. Cabría incluso preguntarse si no es un componente esencial de la moralidad pública, uno de los elementos constitutivos del orden público aludido en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Sin embargo, ¿por qué juzgar a quien, con lucidez, se obstina en no adoptar los remedios -que él juzga perniciosos por motivos de conciencia- que le permitirían mantener la vida?

La jurisprudencia comparada ofrece algunas soluciones, no del todo coincidentes con las de la jurisprudencia constitucional española. Se es consciente de que hay una esfera íntima cuyas decisiones no pueden ser materialmente forzadas (repárese, sin ir más lejos, en que nuestro ordenamiento no tipifica como delito la tentativa de suicidio). Pero allí donde la vida depende de terceros, y no digamos donde hay una responsabilidad de los poderes públicos, se legitima la intervención a favor del valor vida.

Las soluciones del Derecho Comparado muestran, en suma, lo difícil que resulta ofrecer un tratamiento jurídico uniforme a supuestos tan diversos. La resolución de los conflictos suscitados por las objeciones de conciencia a tratamientos médicos exige, en efecto, una cuidadosa ponderación de los distintos derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto. Más que nunca se podría traer aquí a colación la ya referida definición de la ponderación como jerarquía móvil de derechos y bienes constitucionales (R. Alexy). Se trata de determinar en qué supuestos ha de prevalecer la norma de conciencia y en qué supuestos la norma jurídica protectora de otros bienes de relevancia constitucional. El Derecho se revele, en estos casos, como "prudencia iuris"<sup>38</sup>, pero ello no es obstáculo para intentar indagar los criterios orientadores de un buen cúmulo de decisiones jurisprudenciales. El contraste con la jurisprudencia constitucional española resultará revelador, por cuanto, lejos de afirmar la primacía incondicionada de la vida, se opta por la ponderación *ad casum*. Otra forma de afrontar la relación dialéctica entre vida, salud y conciencia moral.

#### 4.2.3.1. Adulto capaz

La jurisprudencia comparada, ante el caso límite del adulto capaz que rechaza la asistencia médica, se inclina por la primacía de su libertad de conciencia, aunque se tenga la certeza de que la negativa le acarrearán la muerte<sup>39</sup>. Se viene a entender que, no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas ni bienes o valores que sea necesario preservar a toda costa, no se puede justificar una coacción que, aun cuando dirigida a cuidar o

---

<sup>38</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., "La objeción de conciencia a tratamientos médicos: Derecho comparado y Derecho español", en AAVV., Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989, p. 964.

<sup>39</sup> *Ibid.*, pp. 902-905, 930-936 y 944-945. Asimismo, DURANY PICH, I., *op. cit.*, pp. 23-25.

a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin padecer demérito o daño de los demás. La persona -sea cual sea la circunstancia en la que se encuentre y estando en el pleno uso de sus facultades mentales- tiene derecho a que nadie que no sea ella misma decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar al peligro de muerte. Un derecho que incluye la facultad de rechazar la ayuda o la asistencia médica que ni se desea ni se ha solicitado. Resulta ilícito, por tanto, forzar la voluntad de un individuo, libremente expresada, y coartar su libertad para imponerle un tratamiento médico que rechaza. El deber de velar por la salud y la integridad física del individuo termina frente a la renuncia del paciente a su derecho a recibir protección y cuidados médicos. Quienes, con grave riesgo para su salud y su vida, pero sin riesgo alguno para la salud de los demás, se niegan a recibir asistencia sanitaria no son personas incapaces cuyas limitaciones hayan de ser suplidas por los poderes públicos o por terceros particulares (personal sanitario). Son personas enfermas que conservan la plenitud de sus derechos para consentir o para rechazar los tratamientos médicos que se les ofrezcan.

La regla, no obstante, admite excepciones cuando concurran libertades fundamentales de terceras personas u otros intereses constitucionales que sea conveniente preservar a toda costa. Determinadas circunstancias exteriores al objetor pueden generar un interés social de tal magnitud que llegue a neutralizar el ejercicio de su libertad individual. Frente al derecho del individuo a que nadie que no sea él mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud o escapar al peligro de muerte, la salvaguarda de derechos de terceros o el aseguramiento de otros intereses sociales tiene valor justificativo<sup>40</sup>. La intolerancia, como ya argumentara Locke, está justificada cuando<sup>41</sup> es necesaria para afianzar el orden y la seguridad pública.

Así ocurre, por ejemplo, cuando existe una familia que depende afectiva o económicamente de la supervivencia del adulto o cuando se plantea un grave riesgo para la salud o salubridad pública. En el primer caso, la libertad personal y la autonomía de la voluntad ceden ante la obli-

gación de velar por los hijos, de educarlos y de prestarles alimentos, obligación primaria nacida de la existencia de un vínculo de filiación<sup>42</sup>. La desatención de la familia, derivada del seguro incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, no puede justificarse esgrimiendo motivos de conciencia. Nótese que el interés social a proteger es el aseguramiento de unas mínimas condiciones materiales y de un ambiente familiar adecuado para el desarrollo integral de los hijos, de ahí que, en algún supuesto en que ese interés se estimó suficientemente asegurado, fuese respetada la negativa a recibir la terapia<sup>43</sup>. En el segundo caso, aunque, sin duda, habrá que valorar la gravedad de cada crisis, el derecho a la salud de la colectividad no puede ponerse seriamente en cuestión por la oposición individual a una intervención médica prescrita en el marco de programas de política sanitaria o ante una situación de urgencia generalizada. La salud pública, elemento integrante del orden público, limita el derecho del adulto sobre el propio cuerpo. Ninguna libertad es absoluta; todas admiten restricciones en aras del bien común. En la medida de lo posible, deberá optarse por arbitrar medidas alternativas (aislamiento, terapia alternativa, etc.) que impidan el conflicto entre norma jurídica y norma de conciencia, pero si no las hay, resulta legítimo hacer prevalecer la tutela de la salud o salubridad pública sobre el dictado de la conciencia individual<sup>44</sup>.

Una cosa es, por lo demás, respetar la libertad de conciencia del individuo y otra bien distinta, desprovista de encaje constitucional alguno, es la pretensión del objetor de que le sea dispensado un tratamiento inadecuado como alternativa. Pretensión ésta que entra en abierta contradicción con el interés público en garantizar la integridad ética del personal sanitario, comprometido en la defensa de la salud y de la vida de los pacientes. Por lo tanto, la postura del facultativo que se niegue a aplicar un tratamiento médico inapropiado para garantizarlas no merece reproche alguno desde la perspectiva constitucional. Ahora bien, de existir otra terapia compatible con las convicciones del enfermo, éste podría reivindicarla y hasta

<sup>40</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 903-906 y 931-932; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 25-26.

<sup>41</sup> LOCKE, J., Carta sobre la tolerancia (edición a cargo de Pedro Bravo Gala), Tecnos, Madrid 1988, pp. 11 y ss.

<sup>42</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 905-906.

<sup>43</sup> Ya clásica es la sentencia del Supremo americano In re Osborne (1972), citada en NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit.

<sup>44</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 904-905; DURANY PICH, I., op. cit., p. 26.

podría incurrir en responsabilidad, el médico que, sin razón fundada, se negase a aplicarla<sup>45</sup>.

#### 4.2.3.2. Menor de edad e incapaz

En el caso de los menores e incapaces, por el contrario, la regla se invierte. Prima el interés público en proteger la salud y la vida. Si el ejercicio de los derechos fundamentales se funda en la aptitud individual de autogobierno libre y responsable, esa cualidad no se da en quien de ella carece. La madurez personal es fruto de la experiencia y ésta exige por sí misma ese transcurso del tiempo cuyo cómputo refleja la edad. Claro está que la edad por sí sola no asegura la necesaria aptitud de discernimiento. La enfermedad puede privar de ella al individuo que, por razón de edad, podría haberla ya adquirido.

Sobre esta base, la jurisprudencia comparada avala la decisión del personal sanitario que decide aplicar un tratamiento médico para salvar la vida del menor. En ocasiones, ni siquiera se requiere autorización judicial; el facultativo puede decidir por sí mismo la imposición del remedio que estima<sup>46</sup> adecuado, pese a la oposición del menor y de sus padres. Los padres, como expresara el Supremo americano en *Prince v. Massachusetts*, son muy libres para ser mártires ellos mismos, pero de ahí no se infiere que sean libres para convertir en mártires a sus hijos, antes de que éstos hayan alcanzado la edad en la que se presume la plena discreción de juicio. Basta probar que, de no haberse actuado, se habría seguido un daño irreparable para el paciente.

Ahora bien, ¿hasta qué edad ha de considerarse a una persona menor? ¿A partir de qué momento se supone que goza de la aptitud necesaria para decidir por sí mismo? La respuesta de la jurisprudencia es, por así decir, maximalista. Mayor de edad es quien tiene cumplida la mayoría de edad legal. Atendiendo a la trascendencia de los bienes y valores constitucionales en juego, se presume que sólo quien ha rebasado la mayoría de edad posee la madurez personal<sup>47</sup> necesaria para emitir un acto de voluntad tan decisivo. Cabría preguntarse, sin embargo, si, en el caso del menor no emancipado pero capaz de emitir decisiones de conciencia valorando la gravedad de la situación, no

sería más procedente flexibilizar esta posición y reconocer a la autoridad judicial un cierto margen de apreciación para que pondere todas las circunstancias del caso y decida en consecuencia<sup>48</sup>.

Mayor dificultad encierra, sin duda, el enjuiciamiento de la negativa de un incapaz a recibir un remedio médico que, previsiblemente, le salvará la vida. Alguien habrá de suplir la voluntad del incapaz, pero no resulta fácil determinar quién y en qué condiciones. Nada se opone a que los familiares y, en su defecto, los terceros en posición de garantes decidan, pero la tarea se complica si el paciente ha declarado con anterioridad a su incapacidad su objeción al tratamiento. La jurisprudencia se inclina por confirmar, en todo caso, la legitimidad<sup>49</sup> del tratamiento dispensado para salvaguardar la vida.

Sin embargo, como ha apuntado alguna doctrina<sup>50</sup>, convendría quizá distinguir dos situaciones distintas. Una primera en la que el tratamiento resulta indispensable para salvar la vida del enfermo o para evitar una incapacidad definitiva. El juez habrá de autorizar la intervención, supliendo así la voluntad del incapaz. Los bienes jurídicos que se quiere proteger son de tal calibre que ninguna persona, a excepción del interesado, puede asumir la responsabilidad de una decisión en conciencia que puede acarrearle la muerte. El riesgo, además, es tan grave que sería contraproducente tratar de indagar cómo habría obrado el paciente, aun cuando haya constancia de su objeción de conciencia a la asistencia médica antes de la declaración de incapacidad.

En cambio, sí resultaría legítimo tratar de indagar la voluntad del incapaz cuando el tratamiento no resulte necesario para salvar su vida o para evitar una incapacidad definitiva. En tal caso cabría, en efecto, recurrir a lo que la jurisprudencia norteamericana denomina el juicio de sustitución (*substituted judgement*), esto es, la determinación de la voluntad presunta del paciente, lo que podría ocasionar la denegación judicial de la asistencia médica si se estima que así habría actuado el enfermo si estuviera en el pleno uso de sus facultades mentales.

A nadie se le oculta lo arriesgado del juicio de sustitución. Por de pronto, comporta un evidente subjetivismo,

<sup>45</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 967-968.

<sup>46</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., pp. 911-915 y 947-948; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 28-33.

<sup>47</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., op. cit., p. 968.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

<sup>49</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., *ibíd.*, pp. 906-911; DURANY PICH, I., op. cit., pp. 26-27.

<sup>50</sup> NAVARRO VALLS, R. - MARTÍNEZ-TORRÓN, J. - JUSDADO, M. A., *ibíd.*, pp. 970-971.

ya que se trata de integrar una voluntad ficticia o interpretativa. Resulta muy difícil, por otro lado, apreciar el instante en que una persona pierde la capacidad de discernimiento y, en consecuencia, determinar el momento a partir del cual ha de considerarse irrelevantes las manifestaciones de voluntad por ella expresadas a fin de formular el juicio de sustitución. Naturalmente, la autoridad judicial sólo podrá denegar la autorización cuando haya adquirido la absoluta certeza de que el paciente, de tener capacidad, lo rechazaría por razones de conciencia. En otro caso, autorizará la intervención, tomando en consideración, eso sí, cuál es el tratamiento menos gravoso para la libertad de conciencia del paciente.

## 5. De cómo la libertad de conciencia puede modular el cumplimiento de deberes destinados a preservar la vida y salud

Una última cuestión que merece ser enjuiciada en este trabajo es la denominada *irradiación* de la libertad de conciencia sobre aquellos deberes orientados a salvaguardar la vida y la salud. Esto es, en qué medida la libertad de conciencia puede modular o matizar el cumplimiento de esos deberes. No se niega la existencia de la obligación jurídica; tampoco se cuestiona la doctrina constitucional en torno a la objeción de conciencia. De lo que se trata es de determinar si del reconocimiento de las libertades ideológica y religiosa se sigue la posibilidad de adaptar esa obligación jurídica a los dictados de la conciencia moral.

Este tema es abordado *in extenso* por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2002, ya aludida a lo largo del trabajo. En ella, el Pleno del Tribunal concede el amparo a unos padres, testigos de Jehová, que no habían autorizado la transfusión de sangre a su hijo menor ni intentado convencerle para que él mismo la recibiera, falleciendo en consecuencia. Más exactamente, concluye que dos sentencias del Tribunal Supremo, estimatorias del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca que había absuelto a los progenitores del delito de homicidio en comisión por omisión, violentaron su derecho fundamental a la libertad religiosa. En la medida en que el recurso de amparo se dirige contra el pronunciamiento condenatorio de los padres del menor, la vulneración constitucional denunciada en la demanda es la de la libertad religiosa de los padres recurrentes. Amparo, pues, de

los del artículo 44 LOTC, en el que se impugna la actuación judicial lesionadora del derecho consagrado en el artículo 16 CE y en el que se pide al Constitucional que restablezca al recurrente en la integridad de tal derecho<sup>51</sup>. Y amparo, en fin, complejo, extenso en su argumentación jurídica y muy significativo, que, al hilo de la resolución de la demanda interpuesta, teoriza lúcidamente sobre el contenido y límites del derecho individual de libertad religiosa y, por lo que aquí y ahora más interesa, sobre la libertad de religión como principio.

El mayor interés de la sentencia 154/2002 radica, en efecto, en que constituye un magnífico ejemplo de la toma en consideración de la libertad de conciencia a la hora de interpretar toda norma jurídica con incidencia sobre ella<sup>52</sup>. Cualquier precepto jurídico que afecte a la conciencia moral de un sujeto ha de ser interpretado, en la medida de lo posible, conforme al contenido y a las exigencias del derecho fundamental reconocido en el artículo 16 CE. En este caso, el deber jurídico de los padres de garantizar la salud de sus hijos menores. Se trata de valorar el influjo que la libertad religiosa de los padres ejerce en la condición de garantes de la salud de sus hijos *ex* artículo 11, en relación con el 138, del Código Penal.

Si no me equivoco, el argumento decisivo del Tribunal Constitucional para conceder el amparo a los padres recurrentes es que éstos no se opusieron a la transfusión cuando fue ordenada por la autoridad judicial, aunque tampoco la autorizaron ni obligaron a su hijo a someterse a ella. Esta circunstancia, dada la condición de testigos de Jehová de los padres y del hijo, el hecho de que éste también se opusiera y, finalmente, el que resultara acreditado que los padres se afanaron en buscar un tratamiento alternativo, inclinan al Tribunal a otorgar el amparo, pues obligarles a algo más habría violentado su libertad de conciencia religiosa. El drama humano de unos padres que durante días van de hospital en hospital a la búsqueda de la salud de su hijo y que al, propio tiempo, son contrarios a una transfusión de sangre no puede saldarse de forma inequívoca con una condena penal por homicidio omisivo. La inicial negativa de los progenitores a que se realizara la transfusión de sangre se convirtió luego en acatamiento de la autorización judicial para practicarla. Si no se hizo fue

51 OLIVER ARAÚJO, J., "El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales", *Revista de Estudios Políticos*, 120, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, pp. 89-93.

52 Así, BÖCKENFÖRDE, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales (traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez)*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993, p.110.

porque los sanitarios, ante la aterrorizada negativa del menor, desecharon la utilización de todo procedimiento para neutralizarla. A partir de aquí, el Tribunal Supremo responsabilizó penalmente a los padres de no convencer al hijo. Considera el Supremo que, si bien el adulto capaz puede rechazar un tratamiento médico por razones de conciencia, debiendo respetarse su decisión, salvo que entre en conflicto con derechos o intereses ajenos, la situación es muy distinta si quien requiere el tratamiento es un menor, en cuyo caso es legítimo y hasta obligado ordenar que se practique aunque los padres hayan manifestado su oposición. El derecho a la salud y a la vida del menor no puede ceder ante la libertad de conciencia y la objeción de los padres. Y si éstos dejan morir al menor porque sus creencias prohíben la transfusión de sangre se genera una responsabilidad penalmente exigible. A renglón seguido, el Supremo analiza la validez de la oposición al tratamiento del menor, pero la considera irrelevante por razones de edad "máxime cuando en este caso está en peligro su propia vida". Concluye, en definitiva, que los padres, teniendo la obligación de impedir la muerte del hijo, son responsables de un delito de homicidio en comisión por omisión ya que se les había informado en reiteradas ocasiones de la inexistencia de remedio alternativo, impidiendo con su negativa el único tratamiento posible. Aplica, eso sí, la atenuante muy cualificada de obcecación por ser los padres testigos de Jehová, refiriéndose "al dogmatismo y rigidez de los esquemas morales que da, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo (...) que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados".

El Constitucional, por el contrario, hila más fino. De un lado, considera al menor titular de la libertad religiosa y de un derecho de autodeterminación sobre su inte-

gridad física. El menor, al expresar con claridad su voluntad, coincidente con la de sus padres, contraria a la transfusión, ejerció su libertad de conciencia religiosa. Un dato que, en modo alguno, puede estimarse irrelevante, sobre todo a la hora de calibrar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a sus padres.

De otro lado, entiende que no se les podía exigir que disuadieran al hijo, máxime después de ponerlo bajo la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a la que nunca se opusieron. Los padres actuaron de forma coherente con sus convicciones y, al mismo tiempo, respetuosa con su deber de garante. Los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente del derecho de libertad religiosa. Las obligaciones que surgen en el marco de las relaciones humanas, concretadas en las normas que configuran la legalidad ordinaria, son válidas y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el orden constitucional, respetando el contorno propio de los derechos fundamentales.

Finalmente, cuando se plantea un conflicto entre derechos fundamentales, el sacrificio del derecho llamado a ceder no ha de ir más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante. A partir de aquí, cabe

---

*ejercicio de la libertad religiosa y que en la Ley es de cooperación, lo que resalta aún más, si cabe, la autonomía y libertad del menor.*

*Al menor, por consiguiente, en materia religiosa, no puede considerarse como una persona incapaz a la que, excepcionalmente, el ordenamiento otorga capacidad de obrar para realizar determinados actos. Tal interpretación sería incompatible con el debido respeto a su dignidad. Siendo la libertad religiosa un derecho personalísimo, respecto de ella no cabe la representación y si, en algún caso, los padres, el tutor o el guardador deben decidir en este ámbito por el menor sometido a su potestad, lo harán no tanto como sus representantes, sino en cumplimiento de su deber de velar por él, respetando siempre la dignidad de su persona, de modo que, en ningún caso, pueda imponerse al menor con capacidad para decidir por sí mismo una decisión contraria a su voluntad, debiendo actuarse si carece de dicha capacidad y siempre en su interés. Como ya puntualizase la STC 141/2000 y confirma ahora la STC 154/2002, desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos a la libertad religiosa y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que puedan decidir aquellos que tengan atribuida su patria potestad, guarda y custodia, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos constitucionales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad.*

*Y aún más, sobre los poderes públicos, y muy en particular sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres, tutores o guardadores, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que sean, han de postergarse ante el superior del menor. Todo conflicto entre la libertad religiosa del menor y las potestades de quienes tengan atribuida su protección y defensa habrá de ponderarse teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor.*

---

53

*El menor es, sin duda, titular de la libertad religiosa, si bien la ejerce, en función de su edad, bajo la guía o asistencia del titular de la patria potestad. Así, el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 alude a la obligación de los Estados de respetar la libertad de religión del menor, así como "los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades". Por otra parte, el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996 dispone que el niño "tiene derecho a la libertad ideológica, de conciencia y religiosa" y que los padres o tutores ostentan "el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral". Se advierte, en ambos textos, la función orientadora que se encomienda a los padres, función que en la Convención es de guía de los hijos en el*

cuestionar que la efectividad del derecho a la vida del menor quedase impedida por la actitud de los padres, pues éstos aceptaron la decisión judicial que autorizó la transfusión, sin que quedase acreditado, además, "la posible 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". No está claro que la realización por los padres de la acción esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado, ni tampoco que no cupiera utilizar anestesia u otra intervención para neutralizar la negativa del paciente. No cabe, pues, sanción penal.

Adviértase, en todo caso, que el Constitucional no hace prevalecer incondicionalmente la libertad religiosa de los padres sobre el derecho a la vida y a la salud del menor ni permite exceptuar la aplicación de preceptos del Código Penal por motivos de conciencia. De un caso concreto y matizado no cabe deducir que la libertad religiosa habilite a unos padres frente a la ley para oponerse a las transfusiones de sangre, sobre todo si se trata de menores bajo su responsabilidad y su vida corre peligro. No estima el Constitucional que la libertad religiosa se encuentre por encima del deber de proteger la vida. Considera, más bien, que ante la decisión del menor de no recibir la transfusión, ante el hecho de que los padres no se opusieron a cumplir la resolución judicial que la autorizaba y ante la circunstancia de que realizaron valiosos esfuerzos para encontrar otro remedio médico, su conducta no es ilícita. No prevalece la libertad religiosa de los padres sobre el deber de garantizar la vida del hijo.

Sencillamente se concede el amparo porque el Supremo no supo apreciar que los padres cumplieron con su deber de garante pero conforme a sus convicciones religiosas. Esto es lo decisivo. La sentencia que los condenó como culpables de un delito de homicidio en comisión por omisión<sup>54</sup> no valoró suficientemente que algunos de los

<sup>54</sup> La doctrina penal entiende que el delito de comisión por omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión. Ciertamente es que en el delito de comisión por omisión no basta con la simple constatación de la causalidad de la omisión respecto del resultado producido. Es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado (posición de garante). Lo que, en todo caso, se exige en la imputación de un resultado a una conducta omisiva es la constatación de una causalidad hipotética, esto es, la posibilidad que tuvo el sujeto de evitar el resultado. Ello obliga a plantearse si la realización de la conducta esperada hubiera previsiblemente evitado la producción del resultado. La evitabilidad del resultado es, en suma, el criterio que permite imputar ese resultado a una conducta omisiva. Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.- GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pp. 244-249; GRACIA MARTÍN, L., "Los delitos de comisión por omisión. Una exposición crítica de la doctrina dominante", *Moder-*

comportamientos exigidos a los padres contrariaban su libertad religiosa y que, además, desplegaron esfuerzos para garantizar la vida del hijo.

Muy posiblemente si los padres no hubieran sido testigos de Jehová, no hubieran trasladado a su hijo a otros hospitales en busca de su salvación o se hubieran opuesto a la transfusión autorizada judicialmente, sí habrían sido condenados. Algo que para cualquier persona sería delito, deja de serlo para un testigo de Jehová que ejercita su libertad religiosa y cumple sus obligaciones sin renunciar a los dictados de su conciencia. Buen ejemplo de la virtualidad de esta libertad en tanto derecho fundamental.

Se advierte con claridad que la comprensión institucional de los derechos fundamentales no sólo entraña el reforzamiento de su régimen de garantías, sino, ante todo, un cambio cualitativo o sustancial que afecta a su sentido y alcance. Los derechos fundamentales rigen de modo universal, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Como ha escrito Pedro Cruz, "en el constitucionalismo de nuestros días los derechos fundamentales no aparecen solamente en su dimensión de derechos públicos subjetivos, sino además como principios llamados a influir y regir el orden jurídico de la comunidad o res publica en su conjunto (...)"<sup>55</sup>. Influyen en toda la vida jurídica del Estado. No son sólo derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que, al propio tiempo, representan "un orden valorativo objetivo (...) que vale para todos los ámbitos del Derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia". Los derechos influyen material y ampliamente en todas las posiciones del sistema jurídico.

Esta concepción, que hoy puede parecer muy evidente, no fue apreciada por el constitucionalismo decimonónico, siendo una de sus notas más definitorias la desvinculación material<sup>56</sup> entre el Derecho Constitucional y el Derecho común. Las cosas cambian a partir de dos innovaciones decisivas: la ampliación de los contenidos de las Constituciones, que incluyen una parte dogmática muy

nas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, UNED, Madrid 2001, pp. 415-441.

<sup>55</sup> CRUZ VILLALÓN, P., "Derechos fundamentales y Derecho privado", en CRUZ VILLALÓN, P., La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999, p. 222.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, HESSE, K., Derecho Constitucional y Derecho Privado (traducción e introducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez), Civitas, Madrid 1995, pp. 33-35.

extensa que abarca casi todas las facetas de la vida humana, y el reconocimiento del valor normativo de la parte dogmática de la Constitución, de modo que la Constitución no opera ya sólo como fuente de fuentes, en el sentido de norma por la que se rigen formalmente las leyes, sino que ella misma prevalece sobre cualquier norma. La Constitución deviene efectivamente *lex legum*. Los principios y los derechos constitucionales se conciben como el fundamento de la unidad del ordenamiento. A ello, claro es, hay que unir el establecimiento de mecanismos para hacerla respetar: el sistema europeo de justicia constitucional concentrado en Tribunales Constitucionales, con garantía para asegurar la primacía de la Constitución, su imposición a todos los poderes públicos, incluido el legislador<sup>57</sup>.

Por eso, los derechos fundamentales en general y la libertad de conciencia en particular no sólo han de servir de base al sistema político, sino también a la estructuración de todas las instituciones jurídicas. Desde el instante en que la Constitución y sus fundamentos son elevados a autoridad suprema y las prescripciones de la Constitución obligan a todos los poderes del Estado y son parámetro de las decisiones judiciales, los derechos alcanzan una importancia desconocida hasta entonces. Los derechos, como consecuencia de su positivación al más alto nivel normativo, afectan a todos los sectores del ordenamiento y han de interiorizarse por los mismos. Esto es lo que hace de los derechos de la persona derechos fundamentales, el ser cabecera del ordenamiento jurídico y, además, componente esencial de la teoría de la justicia. A ello se refiere el artículo 10.1 CE que hace de la dignidad y de la libertad el fundamento mismo del orden político y de la paz social.

A fin de mantener la coherencia interna del ordenamiento, los derechos fundamentales han de informar todo el ordenamiento jurídico. Una democracia en profundidad requiere, en efecto, la irradiación de los derechos fundamentales hasta el último rincón del Derecho. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional, "los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política"<sup>58</sup>. La singularidad del efecto irradiación es que no crea un nuevo ámbito objetivo del

Derecho Constitucional, sino que permite que cada ámbito del Derecho -civil, penal, administrativo, social, etc.- permanezca como tal, si bien el Derecho Constitucional se impone en ellos acuñándolos o influyéndolos. Estos sectores del Derecho quedan conformados constitucionalmente. Surge así lo que se ha venido a llamar una situación de mixtura entre el Derecho ordinario y el Derecho Constitucional que vincula a los tres poderes clásicos del Estado<sup>59</sup>. Vincula, sobre todo, a la conformación material de las prescripciones jurídicas por parte del legislador; vincula, desde luego, a la actuación del ejecutivo en el ejercicio de sus funciones; y, finalmente, como muestra con claridad la sentencia que comentamos, vincula a la aplicación e interpretación del Derecho por parte del juez. Los derechos orientan tanto la actividad del legislador como la de los aplicadores del Derecho. Todos ellos han de tener presente su relevancia en la creación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y si no cumplen con esta obligación, su decisión infringe derechos fundamentales y, en última instancia, podría ser anulada por el Tribunal Constitucional.

Se puede, pues, concluir que el artículo 16 CE incorpora una decisión axiológica de principio o criterio hermenéutico que orienta la creación, interpretación y aplicación del Derecho. La libertad de conciencia muestra así al creador, intérprete y aplicador de las reglas jurídicas la fórmula que debe elegir o, al menos, aquellas fórmulas

---

<sup>57</sup> CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, p. 221.

<sup>58</sup> STC 53/1985.

---

<sup>59</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W., *op. cit.*, p. 111.

que, en todo caso, debe descartar, en cada supuesto en que entre en juego dicho principio. En ocasiones, la libertad de conciencia puede exigir del intérprete la extensión del alcance de la norma jurídica a aplicar; otras veces, en cambio, le obligará a restringirlo; y cabe también que ese derecho-principio le imponga redefinir el significado de los conceptos empleados en la norma jurídica o, incluso, como muestra esta STC 154/2002, dar un nuevo contenido a los modelos de conducta por ella impuestos. Lo decisivo es, en todo caso, que el creador, intérprete y aplicador del Derecho busque siempre la máxima protección y efectividad real de la decisión axiológica de la libertad religiosa, en cuanto bien constitucionalmente protegido.

Toda norma que incida inmediatamente en el estatuto jurídico de la libertad de conciencia puede ver transmutado su sentido y contenido para revelarse en algo distinto

en determinados supuestos -especialmente en el supuesto de las normas preconstitucionales- y, en todo caso, en algo vivo y actualizado. La trascendencia del derecho-principio reconocido en el artículo 16 CE obliga a todos los aplicadores del Derecho a valorar su consideración constitucional y, por ende, a interpretar el contenido de los mandatos jurídicos, en este supuesto el artículo 11 CP, sin vulnerar la libertad religiosa. Algo que, con ocasión del enjuiciamiento de la actitud de los padres recurrentes, no hizo el Tribunal Supremo al condenarlos, ya que "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". El Supremo no apreció, en suma, la irradiación del artículo 16 CE sobre los artículos 11 y 138 del Código Penal.

# LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NORTEAMERICANO

*Salvador Tarodo Soria*  
Becario post-doctoral  
Universita' degli Studi di Bologna

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente. 2.1. Responsabilidad por «malpractice» (negligencia profesional). 2.2. Responsabilidad por «battery» (agresión). 3. Autonomía y constitucionalización del derecho del «informed consent». 3.1. La configuración jurisprudencial de los elementos característicos del «informed consent». 3.2. El fundamento constitucional del derecho del «informed consent». 4. Los textos normativos más relevantes sobre el «informed consent».

## 1. Introducción

La inquietud por contar con textos normativos dirigidos específicamente a la protección de los derechos del paciente ha sido una preocupación relativamente reciente. Su origen se sitúa en Europa, en la década de los cuarenta del pasado siglo y responde a la necesidad de impedir que se pudieran repetir los abusos cometidos durante la II Guerra Mundial respecto a la experimentación en seres humanos.

Sin embargo, desde al menos una centuria antes, en los Estados Unidos, ya se había ido formado toda una doctrina al respecto conocida con el nombre de «*informed consent*». La prolongada evolución de las soluciones jurídicas que forman este cuerpo doctrinal y la riqueza de su contenido hacen de esta doctrina un punto de referencia imprescindible para la adecuada interpretación de la regu-

lación del consentimiento informado en cualquier ordenamiento jurídico occidental.

El proceso de elaboración de la denominada doctrina del «*informed consent*», como corresponde a un sistema jurídico de precedentes típico de los países anglosajones<sup>2</sup>, ha sido de carácter eminentemente jurisprudencial; no obstante en fechas recientes, también ha cristalizado en la redacción de algunos textos normativos. De esta forma, el grueso de nuestro estudio se dedicará al análisis de la evolución de la doctrina de «*informed consent*» en la jurisprudencia norteamericana, reservando un apartado final a su cristalización normativa.

Aunque el término «*informed consent*» no aparece por primera vez de forma expresa hasta 1957 en el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*<sup>3</sup>, el origen del cuerpo jurisprudencial denominado «*informed consent*» extiende sus raíces hasta el nacimiento del Estado norteamericano. Nos encontramos, por tanto, ante un proceso de más de dos siglos de evolución.

---

<sup>1</sup> Es cierto que anteriormente ya habían existido otras normas que habían regulado el comportamiento médico en su relación con el enfermo: el Juramento Hipocrático, los Consejos de Esculapio, la Plegaria del Médico o el Juramento de Maimónides, son ejemplos de algunas de ellas. Sin embargo, en estos casos, nos encontramos ante códigos de carácter fundamentalmente religioso o moral, cuya normatividad descansa más en deberes de tipo religioso o ético, que en una obligatoriedad jurídica.

---

<sup>2</sup> Sobre las características del sistema jurídico anglosajón, ver ITURRALDE SESMA, V., El precedente en el common law, Madrid, Civitas, 1995.

<sup>3</sup> 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957).

La doctrina ha elaborado varias propuestas que describen las diferentes etapas por las que ha transcurrido dicho proceso.<sup>4</sup> La clasificación que proponemos en estas

<sup>4</sup> ALEKSANDAR PÉTROVICH ha distinguido tres etapas en el proceso jurisprudencial de formación del «informed consent». La primera, de 1780 a 1890, en la que los casos ponen de relieve la vigencia del paternalismo médico apoyado en la primacía del principio de beneficencia. Los médicos actuaban sin consentimiento del paciente o con consentimiento obtenido con engaños y, en ocasiones, incluso en contra de su voluntad; siendo responsables del daño producido por «malpractice» o negligencia profesional. La segunda etapa de 1890 a 1920, está caracterizada por la progresiva importancia que adquieren tanto el consentimiento del paciente como la información suficiente y de calidad que debe suministrar el médico. Las intervenciones del médico sin estas condiciones, dan lugar al delito de agresión «battery», fundamentado en el «derecho a la inviolabilidad de la persona». Por último, la tercera etapa, de 1950 a 1972, se caracteriza por la existencia del derecho al consentimiento informado como derecho autónomo. (PÉTROVICH, A., «Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado», en Rev. del Foro, n.º 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997; también en Rev. Española del Daño Corporal, vol. III, No. 5, primer semestre).

Para PABLO SIMÓN LORDA, la evolución jurisprudencial del consentimiento informado, oscila entre la «negligence» y la «battery»; pudiéndose distinguir, a grandes rasgos, tres grandes períodos: el primero, «negligence-1», estaba dominado por el principio de beneficencia paternalista, de forma que la protección de la salud era la obligación primordial de los profesionales sanitarios, de manera que si entendían que no dar información o no pedir el consentimiento beneficiaba al paciente la acusación de «negligence» se hacía imposible. El segundo período, «battery» abrió el camino a la autodeterminación del paciente por la vía de las decisiones sobre su propio cuerpo, pero presentaba el inconveniente de que las acusaciones de battery eran difíciles de sacar adelante en juicio, dada la dificultad de demostrar que el paciente no había sido informado o que la actuación del médico se había extralimitado del consentimiento prestado. La tercera etapa, síntesis de las otras dos, surge del efecto judicial de los casos de battery que terminaron por hacer del deber de informar y de la necesidad de obtener el consentimiento del paciente, un deber profesional simultáneo al de la protección de la vida y la salud. Esta nueva forma de entender el deber profesional que afirma que no se puede procurar el bien del paciente sin tener en cuenta su autonomía como personas es el marco de la «negligence-2», teoría legal que actualmente da cuerpo a la doctrina del consentimiento informado en Estados Unidos (SIMÓN LORDA, P., El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000, en especial, pp. 48-66).

Desde otra perspectiva, JULIO CESAR GALÁN CORTÉS ha distinguido cuatro etapas: «1) la primera, denominada «consentimiento voluntario» (1947), surge como consecuencia de los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y de los campos de concentración de la Alemania nazi (el código de investigación de Nüremberg, establecido a raíz del proceso contra los criminales nazis, proclama, en su párrafo inicial, que «el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial»); 2) la segunda etapa, denominada propiamente del «consentimiento informado», surge con el famoso caso Salgo, a finales de los años 50; 3) la tercera etapa del consentimiento informado se conoce como «consentimiento válido», se basa en el caso Culver (1982): «la obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede no ser válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa», y 4) la cuarta etapa, conocida como la del «consentimiento auténtico», se caracteriza por la decisión auténtica del paciente, entendiéndose como tal la que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo». (GALÁN CORTÉS, J.C., «La responsabilidad médica y el consentimiento informado en Rev. Médica del Uruguay, vol. 15, abril de 1999, pp. 5-12).

páginas, únicamente pretende ser un instrumento idóneo para reflejar las líneas evolutivas del proceso. Al tratarse de un proceso continuo, resulta complicado definir con exactitud los momentos en los que se produce un cambio de orientación en el sentir de la jurisprudencia. Los cambios de etapa son graduales y, con frecuencia, encontramos que los diferentes períodos se solapan, resultando relativamente sencillo encontrar en cada una de las etapas algunos casos en los que se pueden atisbar rasgos de fases posteriores o en los que es posible advertir algunas de las características que hemos atribuido a otros períodos anteriores.<sup>5</sup>

Sin perder de vista estos presupuestos que relativizan la clasificación, hemos distinguido en la evolución de la doctrina jurisprudencial norteamericana del «informed consent», dos grandes etapas:

1. La primera se caracteriza por la absoluta primacía del principio de beneficencia en la relación entre el profesional de la medicina y el paciente. La relevancia jurídica del consentimiento del paciente aparece ligada a la determinación de la responsabilidad del médico única y exclusivamente cuando se produce un daño.
2. La segunda etapa, cuyo punto de inflexión se puede situar en el caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*,<sup>6</sup> se caracteriza por el progresivo protagonismo del paciente en cuanto sujeto de derechos fundamentales. En este período que nos conduce hasta nuestros días, el derecho del «informed consent» adquiere autonomía y es concebido como un derecho fundamental ligado al «right of privacy» y expresión, en último término, del libre desarrollo de la personalidad en las cuestiones que conciernen a la propia salud.

## **2. La responsabilidad médica por intervención sin el consentimiento del paciente**

Esta primera etapa se extiende desde las primeras resoluciones judiciales sobre la materia, hasta 1914, año del

<sup>5</sup> Además de los citados en la nota anterior, otros análisis jurisprudenciales se pueden consultar en: DEVETTERE, R.J., Practical decision Making in Health Care Ethics: Cases and Concepts, Georgetown University Press Washington, D.C., 1995; FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986.

<sup>6</sup> 105 N.E. 92 (1914).

caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*<sup>7</sup>. Dentro de este período se pueden distinguir, a su vez, dos fases:

1. Un primer grupo de sentencias, que aproximadamente se extiende desde los albores de la jurisprudencia norteamericana hasta finales del siglo XIX, caracterizadas por la determinación de la responsabilidad de los profesionales sanitarios que realizan intervenciones sin consentimiento del paciente acudiendo al concepto jurídico de «*malpractice*» o negligencia profesional.
2. En las resoluciones de los primeros años del siglo XX, se percibe un cambio de enfoque que sustituye la categoría jurídica de «*malpractice*» por la de «*battery*» o agresión, como elemento idóneo para tipificar la conducta del médico que realiza una intervención sin consentimiento del paciente.

## 2.1. Responsabilidad por «malpractice» (negligencia profesional)

Algunos documentos de hospitales estadounidenses del siglo XIX permiten extraer consecuencias sobre la conducta de los médicos en su relación con los pacientes<sup>8</sup>. De su lectura se desprende que ordinariamente éstos no recibían ninguna información y, cuando excepcionalmente lo hacían, las sugerencias que pudieran hacer al respecto no eran tomadas en cuenta. La práctica médica estandarizada a lo largo de los siglos XVIII y XIX se caracterizaba porque el médico seguía la tradición hipocrática de no informar al paciente<sup>9</sup>, considerándole incompetente para tomar decisiones sobre su salud. El período se caracteriza,

en definitiva, por la absoluta primacía del principio de beneficencia<sup>11</sup>.

La doctrina<sup>12</sup>, para ejemplificar el poco valor que durante los siglos XVIII y XIX se concedía a la opinión del paciente, cita el insólito caso *Slater v. Baker and Stapleton* (1767)<sup>13</sup>. La paciente Slater aquejada de una fractura de una pierna recibe la «atención» de los médicos Baker y Stapleton. Transcurrido el período de tratamiento, la paciente solicita la retirada del vendaje. Los médicos aduciendo que la fractura aún no estaba totalmente consolidada, no sólo se niegan; sino que aprovechando una de las visitas de la desdichada señora Slater, le volvieron a fracturar la pierna con la finalidad de experimentar un aparato ortopédico de su invención. El Tribunal responsabilizó a los médicos de los daños provocados por «*malpractice*».

También suele ser citado por la doctrina como caso que refleja el sentir de la época, el asunto *Carpenter v. Blake* (1871)<sup>14</sup>. En este caso, el médico Blake asegurando a la paciente señora Carpenter que ya estaba completamente restablecida de su luxación de hombro, obtiene su consentimiento a que se dé por finalizado el tratamiento. Pasado un tiempo, la señora Carpenter percibe molestias en su hombro y demanda al médico. El Tribunal condena a Blake por «*malpractice*» al haber obtenido el consentimiento al alta de la paciente por medio de información falsa.

Del análisis de los casos más paradigmático de este período se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1. La *quaestio iuris* analizada por el Tribunal descansa en la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido.
2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento o con consentimiento obteniendo mediante engaño incurre en «*malpractice*» (negligencia profesional).

<sup>7</sup> 105 N.E. 92 (1914).

<sup>8</sup> En este sentido, los documentos quirúrgicos de las décadas de los cuarenta, cincuenta y sesenta del Hospital General de Massachussets; los documentos quirúrgicos de las décadas de los cuarenta y cincuenta del Hospital de New York; y, los libros de fracturas de las décadas de los cincuenta y sesenta del Hospital de Pennsylvania; reflejan algunas de las conversaciones que tuvieron lugar entre los médicos de los mencionados hospitales y sus pacientes (Cf. OSMAN, H., «History and Development of the Doctrine of Informed Consent», en The International Electronic Journal of Health Education, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 42).

<sup>9</sup> Cf. OSMAN, H., «History and Development of the Doctrine of Informed Consent», en The International Electronic Journal of Health Education, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 42.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 84.

<sup>12</sup> Por ejemplo, FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 84; y, también, PÉTROVICH, A., «Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado», en Rev. del Foro, n.º 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997.

<sup>13</sup> 2 Wils. K.B. 358 (1767). A pesar de que el caso tuvo lugar en las Islas Británicas, ha sido considerado precedente de la actuación de los Tribunales Norteamericanos durante el período que estamos analizando.

<sup>14</sup> 60 Barb. 488 (N.Y. Sup. Ct. (1871)).

3. La ausencia de consentimiento que daba lugar a la «*malpractice*» era entendida como falta de una correcta asistencia médica y no como el defectuoso ejercicio de un derecho autónomo por parte del paciente.

## 2.2. Responsabilidad por «battery» (agresión)

En el tránsito del siglo XIX al XX se detecta un cambio en el sentir de la jurisprudencia. El caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* (1891)<sup>15</sup> es muy significativo al respecto. En él, la Corte declaró que «uno de los derechos que es tenido por más sagrado o más cuidadosamente protegido por el *common law*, es el derecho de todo individuo a la posesión y control de su propia persona, libre, sin ninguna restricción o interferencia por parte de los otros», sentando, de esta forma, las bases de la relación, que la jurisprudencia posterior vendría a reafirmar, entre el derecho del «*informed consent*» y la integridad corporal. En este sentido, se puede encontrar en el caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* un precedente de la doctrina jurisprudencial que más tarde reconoció la vinculación de los derechos al «*informed consent*» y a la integridad corporal con el derecho a la privacidad («*right of privacy*» —ausencia de restricción o interferencia por parte de los otros—) y con la propia noción de libertad, abriendo, por esta vía, el camino que elevó el derecho del «*informed consent*» a la categoría de *derecho fundamental*.

El caso *Mohr v. Willians* (1905)<sup>16</sup>, siguió la senda abierta por el caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* y, por primera vez, se condenó por agresión a la integridad corporal del paciente a un médico por realizar una intervención sin su consentimiento. La paciente, Anne Mohr, otorgó su consentimiento para ser operada del oído derecho. Durante la intervención, el médico realiza la intervención también del izquierdo. El Tribunal establece que para llevar a cabo una intervención médica es necesario obtener la voluntad expresa del paciente. Lo relevante del caso es que se condenó al doctor Willians por un delito de «*battery*» (agresión) y no simplemente por «*malpractice*». Por primera vez, en un supuesto de intervención médica sin consentimiento, se entendió que el bien jurídico protegido es el derecho del paciente a su *integridad corporal*.

En términos muy similares se expresa el Tribunal en el caso *Pratt v. Davis* (1906)<sup>17</sup>. La paciente fue sometida a

una extirpación de útero sin su consentimiento y el médico también fue condenado por agresión. La defensa alegó la existencia de un consentimiento implícito que faculta a los médicos para hacer todo lo que en el desempeño de su función pueda ser necesario. El Tribunal rechazó este argumento limitando la legitimidad del consentimiento implícito a los casos de urgencia o a aquellos en los que el paciente consciente y libremente deje en manos del médico la adopción de las decisiones.

El médico también recibió condena por agresión contra la integridad corporal en el caso *Rolater v. Strain* (1913)<sup>18</sup>, en el que la señora Rolater otorgó su consentimiento a que se le drenara una infección en un pie con la indicación expresa de que no se le quitara ningún hueso. El Doctor Strain le quitó el hueso de un dedo y fue condenado por el Tribunal por no respetar los límites que la paciente había puesto a su consentimiento.

De estos casos se puede concluir que algunas de las características más importantes de este período son:

1. La *quaestio iuris* analizada por el Tribunal sigue siendo la determinación de la responsabilidad del médico por el daño producido, aunque aparece por primera vez alguna referencia a los derechos de los pacientes, en concreto, al derecho a su *integridad física*.
2. Cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento, extralimitándose del que se le ha otorgado o con consentimiento obtenido mediante engaño, comete una «*battery*» (agresión) sobre el paciente.
3. Sin embargo, al igual que en la fase anterior, la ilicitud de la actuación médica en ausencia de consentimiento, sigue unida a la producción de un resultado lesivo para la salud del paciente. La mera actuación sin consentimiento del paciente no se entiende que por sí sola vulnere algún derecho del paciente.

## 3. Autonomía y constitucionalización del derecho al «informed consent»

El punto de inflexión que marca el inicio de la segunda etapa en la que se reconoce el derecho del «*informed consent*» como derecho autónomo es el caso

<sup>15</sup> 141 U.S. 250, 251 (1891).

<sup>16</sup> 104 N.W. 12 (1905).

<sup>17</sup> 79 N.E. 562 (Ill. 1906).

<sup>18</sup> 390 Okl. 572, 137 P. 96 (1913).

*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*<sup>19</sup> en 1914.

Los principales rasgos característicos de esta fase que nos conduce hasta nuestros días son:

1. La primacía del *principio de autonomía* con respecto al principio de beneficencia. La noción de «bien del paciente» no puede determinarse sin la intervención de éste.
2. Las resoluciones judiciales adoptan una perspectiva que convierte a los derechos del paciente en *quaestio iuris* de los asuntos judiciales en los que el médico interviene sin consentimiento del paciente o con consentimiento viciado.
3. En este caso, ya no será necesario que se haya producido un daño físico para que exista responsabilidad del médico. La jurisprudencia entiende que la mera vulneración del derecho al consentimiento informado produce por sí sola una lesión al derecho a la libre determinación del paciente que es suficiente para generar responsabilidad en el profesional sanitario que no lo ha respetado.

A lo largo de esta etapa se percibe una evolución que permite diferenciar dentro de ella dos subperíodos. El primero, se extiende aproximadamente hasta la década de los setenta y se caracteriza porque en él, a partir del desarrollo de una reflexión genérica sobre los derechos del paciente, se origina la concepción del derecho al «*informed consent*» como derecho autónomo. En un segundo período, más reciente, las resoluciones judiciales, dando un paso más, sitúan el fundamento del derecho al «*informed consent*» en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Federal; en concreto en el principio de autonomía y en el derecho a la *privacy* y, en último término, en el libre desarrollo de la personalidad.

### 3.1. La configuración jurisprudencial de los elementos característicos del «*informed consent*»

El caso *Schloendorff* es considerado el punto de partida del reconocimiento jurisprudencial del derecho al «*informed consent*» como derecho específico. La paciente, señora Schloendorff, autorizó al médico a que le examinara con anestesia para determinar si el tumor fibroide que se le había diagnosticado era o no maligno. Ella había

especificado que no quería que le removieran el tumor, pero cuando estaba anestesiada el médico operó el tumor haciendo caso omiso de los deseos reiteradamente expresados por la paciente. En el postoperatorio la paciente sufrió una complicación gangrenosa que obligó a la extirpación de varios dedos de la mano izquierda. El Tribunal falló a favor de la señora Schloendorff y condenó al Hospital por agresión.

La importancia del caso radica en los argumentos jurídicos empleados en la sentencia. El médico que interviene sin consentimiento vulnera, no ya sólo el derecho a la *integridad física* del paciente, como ya se reconocía en la fase anterior; sino también el «*right to self-determination*» («*derecho a la libre determinación*») en aquellas cuestiones que afectan a su propio cuerpo. A partir del caso *Schloendorff* la mera inobservancia de los deseos del paciente se entiende que produce por sí misma un daño sobre un bien jurídicamente garantizado que merece la máxima protección: la *libre determinación* sobre el propio cuerpo. En las célebres palabras del Juez Benjamín Cardozo:

Todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el *derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo*; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños<sup>20</sup>.

El Juez continúa enumerando las únicas excepciones al ejercicio del derecho al «*informed consent*» jurídicamente admitidas: emergencia cuando el paciente esté inconsciente y cuando sea necesario operar antes de que el consentimiento pueda ser obtenido<sup>21</sup>.

Pero, sin lugar a dudas la opinión del Juez Cardozo y, con ella, el caso *Schloendorff*; han pasado a la Historia por ser la primera sentencia judicial que fundamenta la decisión condenatoria en el reconocimiento expreso de que la expresión del consentimiento por parte del paciente es una manifestación de su derecho a la *libre determinación*. Con esta declaración, se modifica la concepción jurisprudencial del consentimiento del paciente, que hasta entonces

<sup>20</sup> «Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages» (*Schloendorff v. New York Hospital* (1914), 149 App. Div. 915).

<sup>21</sup> «...except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained», *Ibidem*.

<sup>19</sup> 105 N.E. 92 (1914).

había estado limitada a su estudio desde la única perspectiva de la determinación de la responsabilidad del médico. A partir del caso *Schloendorff*, el derecho al «*informed consent*» se afirma en cuanto derecho autónomo en cuyo núcleo se encuentra el derecho a la libre determinación del paciente, abriéndose, de esta forma, el camino a la progresiva elaboración jurisprudencial de su contenido propio.

Hubo que esperar, sin embargo, hasta el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* (1957)<sup>22</sup>; para encontrar reconocido expresamente con ese nombre el derecho al «*informed consent*»<sup>23</sup>. El paciente Martín Salgo, de 55 años, tenía arterioesclerosis y se sometió a una aortografía diagnóstica. La intervención fue realizada con anestesia y con uso de contrastes. Al día siguiente, el paciente descubrió que sufría una parálisis irreversible en sus miembros inferiores. Martín Salgo denunció al doctor por no haberle informado de los riesgos o posibles complicaciones de la intervención. El médico en su defensa alegó que si los pacientes fueran informados de todas las posibles complicaciones nunca consentirían a los tratamientos. El Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció que el médico tiene la obligación de revelar suficientemente los posibles riesgos y complicaciones de la intervención y, en general, cualquier dato que permita al paciente formar un consentimiento racional. El derecho al «*informed consent*», concluyó el Tribunal, es necesario para que el paciente pueda tomar una *decisión autónoma*.

La trascendencia del caso *Salgo*, aparte de la ya mencionada de ser la primera sentencia judicial en la que aparece expresamente mencionado el término «*informed consent*»; radica en la relevancia que la resolución atribuye a la *información* previa al consentimiento como condición *sine qua non* para la *formación de la decisión autónoma* por parte del paciente en aquellas cuestiones que afectan a su salud. Dando un paso más respecto al caso *Schloendorff*, en el caso *Salgo* se reconoció que no sólo la obtención del *consentimiento* es garantía del derecho a la *libre determinación* del paciente, también lo es la *información* que le permite *formarse* una decisión autónoma. El caso *Salgo*, vino a completar la definitiva configuración del derecho al «*informed consent*» como derecho

autónomo. Quedaba, de esta forma, reconocida la vinculación existente entre el *principio de autonomía* y el derecho a la *libre determinación* de la persona con respecto a las decisiones que afectan a su salud y los dos elementos más característicos de este derecho: la *información* (caso *Salgo*) y el *consentimiento* (caso *Schloendorff*).

En *Nathanson v. Kline* (1960)<sup>24</sup> se profundizó en la dirección emprendida en los dos casos que acabamos de analizar. La señora Nathanson sufrió severas quemaduras en un pecho debidas al cobalto de una radioterapia subsecuente a una mastectomía. Aunque la radioterapia fue practicada con consentimiento, la paciente demandó al doctor por no haber recibido información sobre los riesgos y las posibles alternativas al tratamiento propuesto.

La Corte reiteró la opinión que ya había sido expresada en el caso *Salgo*, a tenor de la cuál, el médico debe revelar toda la información necesaria para que el paciente pueda adoptar decisiones autónomas. Además, el Tribunal de *Nathanson* establece que la información debe también incluir aspectos sobre las posibles alternativas al tratamiento propuesto. Por último, la sentencia enfatiza que el parecer del médico no puede sustituir el propio juicio del paciente, ni aún con la voluntad de proteger los mejores intereses de éste, haciendo, de esta forma, una declaración expresa de la primacía del principio de autonomía con respecto al principio de beneficencia.

En el caso *Berkey v. Anderson* (1969)<sup>25</sup> encontramos reiterada la conexión existente entre la *información* y la *libertad de decisión* del paciente. El señor Berkey aquejado de dolor cervical se sometió a una mielografía. El doctor Anderson, le sugirió la aplicación de anestesia local para mitigar las incomodidades físicas que según le había informado producen ese tipo de intervenciones. Los efectos de la anestesia causaron en la pierna izquierda del paciente su inmovilidad total. El médico comunicó al paciente que la molestia únicamente duraría 24 horas. La paralización, sin embargo, persistió durante varias semanas, situación que llevó al paciente a demandar al médico por no haberle informado de todas las posibles consecuencias que podrían derivarse de la intervención.

El Tribunal reconoció la existencia de consentimiento, pero admitió la demanda por considerar que la información no fue suficiente, al no incluir todos los datos que

<sup>22</sup> 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957).

<sup>23</sup> Esto no quiere decir que en el período de tiempo que va desde el caso *Schloendorff* (1914), hasta el caso *Salgo* (1957), no haya algunos casos relevantes para la determinación jurisprudencial del contenido del que sería denominado derecho al «*informed consent*». Por ejemplo, caso *Moss v. Rishworth* (1920) (222 S.W. 225).

<sup>24</sup> 186 Kan. 393, 350 P. 2d 1093, reh. den. 187 Kan. 186, 354 P. 2d 670 (1960).

<sup>25</sup> 1 Cal. App. 3d 790, 803 (82 Cal. Rptr. 67) (1969).

podían influir de forma decisiva en la decisión a adoptar por parte del paciente.

Pero, sin duda, uno de los asuntos de mayor influencia en la doctrina del «*informed consent*»<sup>26</sup> ha sido el caso *Canterbury v. Spencer* (1972)<sup>27</sup>. El señor Canterbury sufrió parálisis ocasionada por una caída en la habitación del hospital cuando, aún convaleciente de la operación de espalda a la que había sido sometido (laminectomía), había sido autorizado a levantarse. El Tribunal sentenció que la obligación de informar también se extiende a los riesgos posteriores que pudieran sobrevenir durante el tratamiento posoperatorio y, en este caso, se demostró probado que el paciente no fue advertido de que el uno por ciento de los laminectomizados se caen de la cama y las consecuencias que de ello se suelen desprender.

De entre las numerosas aportaciones que para la doctrina del «*informed consent*» se desprenden de los argumentos jurídicos empleados por el Tribunal del caso *Canterbury*, cabe destacar las siguientes:

La obligación de informar también comprende los nuevos riesgos que pudieran surgir después de la intervención, pues la comunicación de estos datos también pueden ser esenciales para la adopción de una decisión y, por tanto, para el ejercicio por parte del paciente del derecho a la libre determinación («*right to self-determination*»). Como se puede observar, al igual que en los casos precedentes, se vuelve a fundamentar la obligación de informar al paciente en el derecho a su libre determinación.

Por primera vez en la jurisprudencia, se estableció como límite al deber de informar el denominado «*privilegio terapéutico*», consistente en la facultad que tiene el médico para no revelar toda la información si según su criterio profesional, ello pudiera ocasionar efectos negativos en la salud mental del paciente. En palabras de la Corte:

El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultar información al paciente respecto a los riesgos del procedimiento al que va a ser sometido en el caso que fuera evidente que un reconocimiento médico por un profesional juicioso demostrara que tal revelación supondría una grave

amenaza para la integridad psicológica del paciente.<sup>28</sup>

El Tribunal distingue dos criterios diferentes que permiten evaluar la información que debe ser suministrada: el «estándar profesional» («*professional standard*») y el «estándar de las personas razonables» («*reasonable person standard*»). El Tribunal decide que la exigencia del «estándar profesional» no es determinante a la hora de establecer cuáles son las condiciones de información necesarias para que el paciente se forme una decisión libre. La aplicación de este criterio, supondría que el médico es capaz de determinar cuál es el mejor interés del paciente, situación incompatible con el principio de autonomía y con el derecho del paciente a su libre determinación. El Tribunal aboga, por tanto, por el uso del «estándar de la persona razonable», único que, a su juicio, respeta la autonomía del paciente y su derecho a la libre determinación.<sup>29</sup>

Finalmente, por lo que se refiere a este período, el caso *Lane v. Candura* (1978)<sup>30</sup> también contiene algunas aportaciones significativas en el desarrollo jurisprudencial que ha permitido definir el contenido propio del derecho del «*informed consent*». La paciente, señora Candura, después de prestar su inicial consentimiento a la amputación de una pierna gangrenada cambió de opinión y decidió revocar el consentimiento. Su hija instó ante el Tribunal la declaración de incapacidad de su madre, para que, de esta forma, fuera ella misma nombrada tutora y poder de esta manera otorgar el consentimiento a la intervención quirúrgica aún en contra de los deseos de su madre. En la

<sup>28</sup> 464 F. 2d 772 (1972).

<sup>29</sup> La aplicación de este criterio, no está, sin embargo, exenta de dificultades (Un análisis crítico de esta sentencia se puede encontrar en CURRAN, W.J., Informed consent in malpractice cases. A turn toward reality, N Engl. J. Med (1986), 314 (7), pp. 429-431). Además de los problemas filosóficos que se derivan de la suposición de la existencia de una hipotética persona razonable, de ninguna manera resulta sencillo determinar qué se puede entender por «comportamiento razonable» (Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R. A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986, p. 148).

Para estudiar algunos de los problemas y sus posibles soluciones, planteados por la introducción del criterio de racionalidad en el ámbito jurídico, se puede consultar: ALEXI, R. (1978), Teoría de la argumentación jurídica, trad. M. Atienza y I. Espejo, C.E.C., Madrid, 1989; ASÍS ROIG, R. DE, Jueces y normas, Marcial Pons, Madrid, 1995; ATIENZA, M., Las razones del Derecho, C.E.C., Madrid, 1991; ATIENZA, M., «Argumentación jurídica», en AA.VV., El Derecho y la justicia, E. GARCÍA VALDÉS y F. LAPORTA (ed.), Trotta, Madrid, 1996; GARCÍA AMADO, J.A., «Del método jurídico a las teorías de la argumentación», en A.F.D., t. III, 1996, pp. 151-154; FERRAJOLI, L., Derecho y razón, trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J.C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>30</sup> 6 Mass. App. 377 (376 N.E. 2d 1232, 93 A.L.R. 3d 59) (1978).

<sup>26</sup> Cf. FADEN, R. y BEAUCHAMP, R., A History and Theory of Informed Consent, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 134 y ss.

<sup>27</sup> 464 F. 2d 772 (1972).

vista, la señora Candura declaró que ella no quería morir, pero que se resignaba a la muerte si la intervención quirúrgica suponía que tendría que vivir sin una pierna.

El Tribunal concluyó que del hecho de que la señora Candura hubiera vacilado en su resolución de no someterse a la operación no se podía concluir que sus decisiones estuvieran alteradas hasta el punto de implicar su incapacidad legal. De esta forma, la Corte hizo prevalecer la decisión de la señora Candura y afirmó su competencia para tomar sus propias decisiones en las cuestiones que conciernen a su salud, aún cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás.

El caso Candura abunda en la vinculación existente entre el derecho al «*informed consent*» y el derecho a tomar decisiones autónomas en las cuestiones concernientes a la salud.

El denominado «*privilegio terapéutico*», reconocido en el caso *Canterbury v. Spencer*, constituye, tal y como es concebido en este caso, una *excepción al deber de informar*. Limita, por tanto, la efectividad del derecho del paciente a obtener toda la información que sea relevante para adoptar una decisión. En la medida en la que limita la información, también merma la libertad de decisión, situación que, en ningún caso, permite deducir que el denominado privilegio terapéutico constituya un límite al ejercicio del derecho a la libre determinación en el ámbito de la sanidad. Cuando el criterio del profesional de la sanidad choca con una decisión del paciente sobre su salud, fuera de las excepciones al deber de obtener el consentimiento (*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*), debe prevalecer la decisión del paciente, aún cuando éstas pudieran parecer irracionales a los ojos de los demás (*Lane v. Candura*); incluso en el caso de que la decisión del paciente sea contraria a la del profesional de la sanidad.

El «estándar de la persona razonable», al que recurre el Tribunal en el caso *Canterbury v. Spencer*, se erige en parámetro con el que se puede contrastar el alcance de la información que el médico está obligado a suministrar al paciente, pero únicamente sirve para eso. En ningún caso, la supuesta irracionalidad de la que, a juicio del médico, pudiera adolecer la decisión del paciente; puede ser empleada para modificar o actuar en contra de una decisión libremente adoptada por un paciente capaz.

Además de las aportaciones de cada uno de los casos analizados a la doctrina del «*informed consent*», es posible enumerar una serie de características comunes a toda esta etapa:

1. A partir del caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*, en 1914, se reconoce el derecho al «*informed consent*» como derecho autónomo. Las sentencias posteriores progresivamente van determinando diversos aspectos del contenido de este derecho específico.
2. La *quaestio iuris* de los asuntos judiciales en los que se lleva a cabo una intervención sin consentimiento del paciente se desplaza al ámbito constitucional de los derechos del paciente. La responsabilidad del profesional sanitario ya no sólo se calcula atendiendo a los daños a la salud producidos por la intervención, la mera vulneración del derecho a la libre determinación del paciente produce un daño que genera responsabilidad.
3. La exigencia del consentimiento previo a cualquier intervención médica, se concibe como una garantía, no ya sólo de la *integridad física* del paciente, sino también de su *derecho a la libre determinación*. El fundamento del derecho al consentimiento informado, radica, por tanto, en el derecho del paciente a su libre determinación.
4. A partir de la sentencia *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* en 1957, la jurisprudencia pone de relieve la relevancia de la información como elemento que hace posible reunir los elementos de conocimiento necesarios para que el paciente pueda formarse una opinión que le permita adoptar decisiones autónomas sobre las cuestiones que conciernen a su salud.

### 3.2. El fundamento constitucional del derecho del «*informed consent*»

Antes de entrar de lleno en el análisis de los casos a partir de los que se determina el fundamento constitucional del «*informed consent*», es necesario que nos detengamos en una cuestión previa, que nos debe de servir para aclarar qué se entiende en el ordenamiento jurídico norteamericano por «*right of privacy*», pues esta es la vía de constitucionalización del derecho del «*informed consent*».

El análisis de los razonamientos jurídicos que vinculan al derecho del «*informed consent*» con la Constitución norteamericana, resulta de enorme interés para nuestro estudio comparado. No olvidemos que en nuestro ordenamiento jurídico tanto las recientes reformas normati-

vas<sup>31</sup>, como la jurisprudencia<sup>32</sup>, han coincidido en afirmar el carácter fundamental del derecho al consentimiento informado. Se trata, sin embargo, de un derecho que no aparecen en el elenco de los enumerados en la Constitución y, en nuestra Constitución, a diferencia de lo que sucede en algunos países de nuestro entorno cultural, no existe una cláusula abierta<sup>33</sup> que permita incorporar nuevos derechos fundamentales.

Sí que es posible recurrir, no obstante, como se ha encargado de señalar el propio Tribunal Constitucional con motivo de la consulta previa a la celebración del referéndum de ratificación de la Constitución Europea, al artículo 10 de la Constitución española, que en su apartado segundo, establece la obligación de interpretar los derechos y libertades fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España<sup>34</sup>. Pues bien, la vía del 10.2

<sup>31</sup> El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Ratificado mediante instrumento de 23-7-1999 -BOE de 20 de octubre de 1999-), también denominado Convenio de Oviedo, que reconoce el derecho al consentimiento informado, se declara como un tratado concebido como un instrumento para la salvaguarda y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el ámbito de la sanidad. La Carta Europea de los Derechos Fundamentales (Proclamada en Niza, el 7 de septiembre de 2002. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de diciembre de 2000 -2000/CE DOC 364/01-), integrada en la futura Constitución Europea, incluye el consentimiento informado entre sus derechos fundamentales.

<sup>32</sup> "El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo" S.T.S. 3/2001 de 12 de enero, Sala Civil (R.J. 2001\3), F.J. 1º. Ponente Excmo. Sr. D. J.M. Martínez-Pereda Rodríguez. Doctrina reiterada en S.T.S. de 11 de mayo de 2001, Sala Civil, (La Ley n.5323, martes 5 de junio de 2001).

<sup>33</sup> Por ejemplo, el art. 17 de la Constitución Portuguesa establece que «el régimen de derechos, libertades y garantías se aplica a los enunciados en el Título II y a los derechos fundamentales de naturaleza análoga»; el art. 2 de la Constitución italiana dispone que «la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre»; la célebre IX Enmienda de la Constitución norteamericana establece que «la enumeración que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo».

<sup>34</sup> Sobre el carácter obligatorio de este canon interpretativo, véase REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 C.E.)», en R.G.D., n. 537, junio, Valencia, 1989 pp. 3611-3632, especialmente pp. 3626-3627; SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 205-212. Una opinión más restrictiva que limita la aplicación del artículo 10.2 a los supuestos en los que la norma constitucional relativa a derechos fundamentales y libertades no sea clara, se puede

C.E., según el parecer mayoritario de la doctrina, aunque no permite la incorporación *ex novo* de nuevos derechos fundamentales al catálogo constitucional, sí que hace posible su incorporación en cuanto derechos que sirvan para concretar el contenido no explicitado de los ya reconocidos en la Constitución<sup>35</sup>. De ahí la importancia de los argumentos jurídicos que nos permitan identificar en qué derechos de los enumerados en la Constitución, se encuentra, formando parte de su contenido implícito, el derecho al consentimiento informado. No es que las soluciones jurídicas norteamericanas sean sin más trasladables al derecho español, pero los argumentos de los Tribunales del otro lado del Atlántico sí que nos pueden proporcionar algunas claves que nos ayuden a determinar la correcta ubicación del derecho al consentimiento informado y de sus dos elementos más característicos (el derecho a la información y el derecho a decidir sobre las cuestiones que conciernen a nuestra propia salud) en nuestro sistema jurídico.

### 3.2.1. El «right of privacy»

La noción de «*right of privacy*» ha sido objeto de una evolución jurisprudencial que ha enriquecido su contenido hasta transformarlo en una de las piezas fundamentales del derecho norteamericano; pero, al mismo tiempo, en uno de los derechos más problemático y difícil de delimitar.

Comenzaremos nuestro análisis distinguiendo la noción filosófica de «*privacy*» del concepto jurídico de «*right of privacy*»<sup>36</sup>, aunque, evidentemente la primera influye decisivamente en la formación del segundo.

encontrar en: SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Los tratados como fuente de derecho en la Constitución», en AA.VV., La Constitución Española y las fuentes del Derecho, vol. III, IEF, Madrid, 1979, p. 1929; MANGAS MARTÍN, A., «Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978», RFDUC, n. 61, 1980, p. 150; y FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C., La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España: análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-1988), Tecnos, Madrid, 1988, p. 53.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no son concluyentes al respecto, puesto que mientras en unas sentencias interpreta que el artículo 10.2 «*impone*» acudir a los tratados (S.T.C. 341/1993, de 18 de noviembre, F.J.5.º); en otras, «*permite*» (S.T.C. 24/1981, de 14 de julio, F.J.4.º); y, en otras, «*aconseja*» (S.T.C. 36/1984, de 14 de marzo, F.J.3.º).

<sup>35</sup> Cf. SAIZ ARNAIZ, A., La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 79-86. REY MARTÍNEZ, F., «El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (análisis del artículo 10.2 C.E.)», en R.G.D., n. 537, junio, Valencia, 1989, pp. 3611-3632.

<sup>36</sup> Cf. GOMLEY, K., «One hundred years of privacy», en Wisconsin Law Review, 1992, pp. 1335-1441, en especial p. 1339.

## a) La noción filosófica de «privacy»

El rastro de la noción filosófica nos conduce hasta los albores del pensamiento occidental y, más en concreto, a la distinción aristotélica entre «oikos» (casa) y «kômê» (aldea)<sup>37</sup>, primera elaboración teórica en la que aparece caracterizado un espacio privado del individuo<sup>38</sup>. Para el filósofo estagirita, en el ámbito del «oikos» se ventilan los asuntos diarios que están orientados a la consecución de los intereses individuales; por contra, el gobierno de las agrupaciones de varias casas, comunidades «de lo que algunos llaman “criaturas asociadas”», trasciende al provecho diario y a la mera satisfacción de los intereses propios<sup>39</sup>. Los estoicos, hicieron un uso más amplio del sustantivo «oikéiosis», que ocupó un lugar central en su propuesta ética<sup>40</sup>. El término, de difícil traducción, hace referencia a un proceso de apropiación de uno mismo<sup>41</sup>, que únicamente se puede llevar a cabo mediante el despliegue de aquello que es propio<sup>42</sup>, tarea para la que es imprescindible el sentimiento íntimo o conciencia de uno mismo<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Cf. ARISTÓTELES, Pol., 1252 b.

<sup>38</sup> Un estudio sobre esta caracterización se puede consultar en: RABOTNIKOF, N. (1993), «Lo público y sus problemas: notas para una reconsideración», en Rev. Internacional de Filosofía Política, Madrid, n.º 2, 1993, pp. 75-98.

<sup>39</sup> Cf. ARISTÓTELES, Pol., 1252 b.

<sup>40</sup> Cf. WHITE N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354.

<sup>41</sup> Plutarco lo define como el «sentimiento y percepción de aquello que es propio» (PLUTARCO, Stoic. rep. 12, 1038).

En el mismo sentido, la doctrina actual lo define como «conciliación» o «amistad de uno consigo mismo» (GARCÍA BORRÓN, J.C., «Los estoicos», en Historia de la ética, VICTORIA CAMPS (ed.), Crítica, vol. I, Barcelona, 1987, pp. 208-247, en especial en p. 243, nota n. 16; «“Oikeiosis” which is impossible to translate into English—Cicero used “conciliatio”, “commendatio” as associate words— but which can be roughly paraphrased by something like a process of taking something to oneself, or accepting or appropriating it or making it one’s own idea». WHITE N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354); o, «apropiación o pertenencia de sí mismo» (ENGBERG PEDERSEN, T., «El descubrimiento del bien: oikéiosis y kathékonta en la ética estoica», en MALCOM SCHOFIELD et al. (ed.), Las normas de la naturaleza. Estudios de ética helenística, Manantial, Buenos Aires, 1993, pp. 152-190).

<sup>42</sup> Sobre la interpretación de la «oikéiosis» en relación con el desarrollo de aquello que es propio de un individuo, ver WHITE, N.P., «The Basis of Stoics Ethics», en Classical Philosophy: Collected Papers. Trence Irwin, New York: Garland Publishing, 1995, pp. 317-354.

<sup>43</sup> «El primer impulso del animal (hormén), afirman (los estoicos), es poseer el cuidado de sí mismos, puesto que la naturaleza desde el principio está íntimamente unida a él (oikeiôses autó), según lo afirma Crisipo en el Libro I de Acerca de los fines, diciendo que lo primeramente innato (próton oikéion) es para todo animal su propia constitución

Pero, sin duda la trascendencia que la noción de *privacy* tiene en el ordenamiento jurídico norteamericano, sólo se comprende desde el horizonte de las construcciones ideológicas sobre el contrato social elaboradas en el marco teórico del racionalismo ilustrado<sup>44</sup>; y, en particular, a partir de la obra de JOHN LOCKE, inspiradora de buena parte de los primeros textos de carácter jurídico-político que sirvieron de base a la naciente agrupación de Estados<sup>45</sup>. El filósofo inglés afirma la existencia de una esfera de libertad natural a todo sujeto, espacio que debe ser impermeable a la coactividad que despliega la ley civil. Como es conocido, para LOCKE, dicha legislación positiva, nacida del acuerdo de los ciudadanos, tiene como único fundamento la garantía de los derechos a la vida, salud, libertad y propiedad privada<sup>46</sup>. En este contexto, la «*privacy*», es considerada la propiedad más sagrada de la persona humana, pues todo hombre tiene una propiedad

(ten autó systasin) y el sentimiento íntimo (synáisthesis) (que tiene) de ella». DIOGENES LAERCIO, Vidas de los más ilustres filósofos griegos, VII, 83-85, trad. JOSÉ ORTIZ, Orbis, Barcelona, 1972.

De la interpretación de este texto en relación con la filosofía estoica, se desprende que para los estoicos, la felicidad («eudaimonía») está unida al fin último de la vida («télós»), dirigido por un impulso («hormén») hacia la preservación de sí mismo o, lo que es lo mismo, hacia una apropiación o pertenencia de sí mismo («oikéiosis autó»), de la propia constitución («ten autó systasin») y del sentimiento íntimo que se tiene de ella («syneidesis» o conciencia). Sobre esta interpretación del texto, ver MALCOM SCHOFIELD et al. (ed.), Las normas de la naturaleza. Estudios de ética helenística, Manantial, Buenos Aires, 1993, en especial los artículos de ENGBERG PEDERSEN, T., «El descubrimiento del bien: oikéiosis y kathékonta en la ética estoica», pp. 152-190; y Jacques BRUNSCHWIG, J., «El argumento de la cuna en el epicureísmo y el estoicismo», pp. 122-151.

<sup>44</sup> A salvo de los precedentes que se encuentran, fundamentalmente, en Tomás de Aquino (TOMÁS DE AQUINO, S. Theol., I, q. 29, a. 1-4); en los pensadores de la Escuela de Salamanca (SUÁREZ, F., Defensio, III, 2, 6 y 20; Un estudio sobre la influencia de estos autores se puede consultar en: VILLEY, M., La formation de la pensée juridique moderne. Cours d’Histoire de la Philosophie du Droit, 9.ª ed., París, 1975, pp. 352 ss.; en contra de la opinión que ha querido ver en éstos un antecedente de las modernas teorías contractualistas, ver TRUYOL Y SERRA, A., Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, Alianza Editorial, t. II, 13.ª ed., 1998, Madrid, pp. 177 y ss.); y, en los teóricos de la Reforma y Contrarreforma (SKINNER, Q., Los fundamentos del pensamiento político moderno (La Reforma), Fondo de Cultura Económico, México, 1986, t. II, especialmente pp. 181 y ss.).

<sup>45</sup> Sobre esta influencia, BOBBIO, N., Estudios de historia de la filosofía, Debate, Madrid, 1991, pp. 73 y ss.; FASSO, G., Historia de la filosofía del derecho, Pirámide, Madrid, 1981, t. II, pp. 51 y ss.; SABINE, G., Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económico, México, 1984, pp. 308 y ss.; TOUCHARD, J., Historia de las ideas políticas, Red Editorial Iberoamericana, México, 1991, pp. 254 y ss.; WEBER, M., Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 1992, pp. 641 y ss.

<sup>46</sup> «Siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones». LOCKE, J. (1690), Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, Madrid, 1994, Cap. 2.

en su propia persona<sup>47</sup>. Esta relación entre ley positiva y esfera de privacidad de los ciudadanos, ha resultado ser uno de los pilares básicos sin el cuál no es posible comprender el sentido de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico norteamericano.

En el pensamiento de ambos períodos históricos se puede observar una doble dimensión, negativa y positiva, de la noción de privacidad. La diferencia entre ambas fases históricas reside en la dispar relevancia que se otorga a cada una de las dos dimensiones. Como hemos señalado, para los griegos, el «*oikos*» es un espacio en el que se satisfacen los intereses individuales, y, en este sentido, es un límite a «lo político» que no tiene cabida en él; pero, fundamentalmente, la privacidad es el ámbito en el que se desarrolla la tarea fundamental del ser humano: el encuentro consigo mismo, sentimiento íntimo sin el que no es posible, el despliegue de lo que, en terminología actual, llamaríamos libre desarrollo de la personalidad. En la Edad Moderna, en cambio, el ámbito de la privacidad es, fundamentalmente, aquél que permanece cerrado a la intervención del Estado, y, éste es el sentido que se proyecta decisivamente en el ordenamiento jurídico norteamericano; aunque no debemos olvidar que de la propia obra de LOCKE se desprende una concepción positiva de la privacidad, pues también es el espacio en el que se originan las decisiones autónomas e independientes que legitiman la ley civil, el poder de los gobernantes y la sociedad misma. Si bien, la dimensión positiva, parece restringida a la participación política, eclipsando, en las primeras formulaciones ilustradas, cualquier otra concepción, que en la línea de la antigüedad, viniera a concebir la privacidad como el espacio en el que se desarrolla el descubrimiento de uno mismo y el libre despliegue de la propia personalidad<sup>48</sup>.

b) El concepto jurídico de «*right of privacy*»

<sup>47</sup> LOCKE, J. (1690), Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, Madrid, 1994, en especial, Caps. 5, 9.

Un examen de los presupuestos conceptuales básicos de Locke, y, en particular, de la interpretación de la privacidad como una propiedad, se puede consultar en: MCPHERSON, C.B., La teoría política del individualismo posesivo (de Hobbes a Locke), Fontanella, Barcelona, 1970.

<sup>48</sup> La primacía entre los griegos de la visión positiva del espacio privado y entre los modernos de la concepción negativa, está vinculada a la conocida distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, cf. CONSTANT, B. (1823), «De la libertad de los Antiguos comprada con la de los Modernos», en Escritos Políticos, Madrid, C.E.C., 1989. BERLIN, I. (1958), Cuatro ensayos sobre la libertad, en especial el Cap. «Dos conceptos de libertad» Alianza Universidad, Madrid, 1988.

El concepto jurídico de «*right of privacy*», por su parte, es tan antiguo como el propio ordenamiento jurídico norteamericano. No en vano la noción filosófica de *privacy* está en la base de las primeras declaraciones de la nueva confederación de Estados, sin embargo, y a pesar de su relevancia, lo cierto es que ninguno de los primeros textos constituyentes de la Unión hace referencia expresa alguna al «*right of privacy*». Ha sido la jurisprudencia la que ha afirmado, de forma inequívoca, unánime y reiterada, su carácter constitucional<sup>49</sup>.

El acervo jurisprudencial sobre el «*right to privacy*»<sup>50</sup> no cristalizó como doctrina consolidada hasta 1980<sup>51</sup>, fecha de publicación del célebre artículo de BRANDEIS y WARREN «*The right of privacy*»<sup>51</sup>. En el opúsculo los autores ponen de relieve que en el *common law* ya existían suficientes elementos jurídicos que permitían hablar de un «*right of privacy*»<sup>52</sup>, al que definieron como «*right to be let alone*» («derecho a ser dejado en paz»)<sup>53</sup>.

A partir del artículo de BRANDEIS y WARREN han sido muchas y muy variadas las sentencias cuyas decisiones han buscado el fundamento de sus argumentos jurídicos en el denominado «*right of privacy*». Se ha producido, de esta forma, una progresiva extensión del contenido de este derecho. A él se ha recurrido cuando se han dilucidado<sup>54</sup> cuestiones tan variopintas como las matrimoniales;

<sup>49</sup> Algunos de los casos más relevantes en los que se puede constatar este aspecto son; Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923); Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510 (1925); Olmstead v. U.S., 277 US 438 (1928); Palko y Connecticut, 302 U.S. 319, 325 (1937) Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942); Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); U.S. v. Nixon, 418 US 683 (1974); Whalen v. Roe, 429 US 589 (1977); Cruzan v. Director Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

<sup>50</sup> Cf. KRAMER, I.P., «The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis», en 39 Cath. U.L.Rev., 1990, pp. 703 y ss.

<sup>51</sup> BRANDEIS L.D. y WARREN, S.D., «The right of privacy», en Harvard Law Review, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193 y ss. Existe traducción en castellano (a cargo de BENIGNO PENDÁS y PILAR BASELGA), El derecho a la intimidad, Civitas, Madrid, 1995. Prácticamente de forma simultánea, el «right of privacy», hace su primera aparición de forma expresa en la jurisprudencia norteamericana en el caso Union Pac. Ry. Co. v. Botsford, 141 U.S. 250, 251 (1891).

<sup>52</sup> Cf. SOLOVE, D.J., «Conceptualizing Privacy», en California law Review, vol. 90 (4), 2002, pp. 1087-1155, en especial, p. 1100.

<sup>53</sup> Cf. BRANDEIS L.D. y WARREN, S.D., «The right of privacy», en Harvard Law Review, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193-220. La expresión fue tomada del Juez THOMAS COOLEY, Law of Torts, 1980, p. 29. También la jurisprudencia se hizo eco de la definición del «right of privacy» en esos mismos términos, al señalar en el caso Union Pac. Ry. Co. v. Botsford que «the right to one's person may be said to be a right of complete immunity; to be let alone» (141 U.S. 250, 251 (1891)).

<sup>54</sup> Por ejemplo: Loving v. Virginia, 338 U.S. 1, 12 (1967).

de procreación<sup>55</sup>; de contracepción<sup>56</sup>; de relaciones familiares<sup>57</sup>; de educación de los niños<sup>58</sup>; de vacunación<sup>59</sup>; de esterilización<sup>60</sup>, de aborto<sup>61</sup>, de eutanasia pasiva<sup>62</sup>, de detección de posesión y consumo de pornografía<sup>63</sup>; de detección de posesión y consumo de drogas<sup>64</sup>, de medicación forzosa a personas privadas de libertad<sup>65</sup>, etc.

Como se puede observar, no pocos de estos casos se refieren a cuestiones relacionados con la sanidad. Esto pone de relieve que uno de los asuntos que en la jurisprudencia norteamericana da lugar a un mayor número de conflictos judiciales en los que entra en juego el «*right of privacy*» son aquellos en los que los ciudadanos ven vulnerado su derecho del «*informed consent*» en relación con la *privacy*. El derecho de la privacidad ha servido, de esta forma, para proteger a los individuos de la intromisión de los gobernantes<sup>66</sup>, pero también, desde una perspectiva positiva, para garantizar su autonomía personal respecto a las cuestiones que conciernen a su salud<sup>67</sup>.

Esto no hubiera sido posible sin la modificación en el concepto de «*right of privacy*» que se advierte en su evo-

lución jurisprudencial<sup>68</sup>. En sus primeras formulaciones, directamente derivadas de las teorías de LOCKE, el «*right to privacy*» se concibe dirigido a la protección de un *espacio físico* invulnerable a la intervención del Estado, fundamentalmente de las fuerzas policiales. Progresivamente, el significado de este derecho experimentó un proceso de espiritualización al que ya hacen referencia BRANDEIS y WARREN en su artículo, y que permitió la extensión de la protección jurídica de la «*privacy*» a los denominados *derechos de dominio intangibles*<sup>69</sup>.

En este sentido fue decisivo el famoso voto particular que en 1928 el propio BRANDEIS, en esa época Juez de la Corte Suprema, emitió a la sentencia *Olmstead v. United States*<sup>70</sup>. El caso analizaba un asunto de escuchas telefónicas que la mayoría de la Corte dejó impune por entender que la protección de la «*privacy*» no se podía extender más allá de una esfera física. BRANDEIS, por el contrario, aplicando la doctrina expuesta años atrás en el célebre artículo al que nos hemos referido, defendió que la protección garantizada por el «*right to privacy*» tenía un alcance que rebasaba la esfera física, es más, ésta no constituye el objeto básico al que se dirige su protección.

«La protección garantizada por la Enmienda (la cuarta) tiene un alcance más amplio. Los creadores de nuestra Constitución intentaron asegurar condiciones favorables para la búsqueda de la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos sabían que sólo una parte del dolor, del placer y de las satisfacciones de la vida pueden hallarse en las cosas materiales. Ellos procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confirieron, frente al gobierno el derecho a ser dejados en paz («*right to be let alone*») —el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados—»<sup>71</sup>.

<sup>55</sup> Por ejemplo: *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541-542 (1942).

<sup>56</sup> Por ejemplo: *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 453, 454, 460, 463-465 (1972).

<sup>57</sup> Por ejemplo: *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944).

<sup>58</sup> Por ejemplo: *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 535 (1925).

<sup>59</sup> Por ejemplo: *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905).

<sup>60</sup> Por ejemplo: *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927).

<sup>61</sup> Entre otros: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973); *City of Akron Center for reproductive Health, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

<sup>62</sup> Por ejemplo: *Cruzan v. Director Mo. Dep't of Health*, 497 U.S. 261, 270 (1990).

<sup>63</sup> Por ejemplo: *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1968).

<sup>64</sup> Entre otros: *United States v. Place* 462 U.S. 696 (1983); *California v. Greenwood* 486 U.S. 35 (1988); *New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985).

<sup>65</sup> Entre otros: *Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387, 1394 (10th Cir. 1984); *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990); *United States v. Riggins* 504 U.S. 127, 243 (1992); *United States v. Charles Thomas Sell No. 01-1862*, 8th Cir.; 2002 U.S. App. LEXIS 3582. 3 de Julio de 2002.

<sup>66</sup> Cf. OSMAN, H., «*History and Development of the Doctrine of Informed Consent*», en *The International Electronic Journal of Health Education*, 2001, 4, pp. 41-47, en especial p. 41.

<sup>67</sup> Cf. BEUCHAMP, T.L. & CHILDRESS, J.F. (1983), *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, *New York/Oxford*, p. 120.

<sup>68</sup> La doctrina ha distinguido varios sentidos en el cuerpo jurisprudencial del «*right of privacy*»: una visión panorámica se puede obtener entre otros en GOMLEY, K., «*One hundred years of privacy*», en *Wisconsin Law Review*, 1992, 1335-1441; y en SOLOVE, D.J., «*Conceptualizing Privacy*», en *California Law Review*, vol. 90 (4), 2002, pp. 1087-1155.

<sup>69</sup> Cf. BRANDEIS, L.D. y WARREN, S.D., «*The right of privacy*», en *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, 1890, pp. 193-220, en especial, pp. 193-198.

<sup>70</sup> 277 U.S. 438 (1928).

<sup>71</sup> Justice BRANDEIS dissenting, 277 U.S. 438 (1928).

A lo largo del siglo XX, el proceso jurisprudencial de extensión del «*right of privacy*» ha desembocado en una concepción de este derecho ligada a la salvaguardia de las condiciones que hacen posible el desarrollo de la personalidad<sup>72</sup>. La doctrina anglosajona, ha definido esta «moderna» concepción del «*right of privacy*» acudiendo a las nociones de «*dignidad humana*» y «*autonomía*»<sup>73</sup>. Recientemente se ha hablado de una forma de protección de la «*personhood*», término acuñado en 1975 por FREUND<sup>74</sup> y empleado por primera vez un año más tarde por el Juez CRAVEN para definir el «*right to privacy*»<sup>75</sup>. Desde su creación han sido varios los autores que para definir la reciente forma del «*right of privacy*» ligada al libre desarrollo de la personalidad recurren a este término<sup>76</sup>. De difícil traducción al español, viene a significar algo así como «personalidad» o «cualidad de persona» y se define como «la condición de ser consciente de sí mismo, capaz de razonar y de actuar moralmente»<sup>77</sup>, lo que hace emparentar nuevamente al «*right of privacy*» por la vía de la «*personhood*» con la libertad de conciencia entendida como la «propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta». En este sentido, TERRANCE MCCONNELL expresamente ha situado el

fundamento del «*informed consent*» en «*the inalienable right of conscience*»<sup>78</sup>.

La aparición de un nuevo concepto de «*right of privacy*» relacionado con la *libertad de elección* y fruto de un cambio de perspectiva a partir del trabajo de moderna teoría de los *derechos de la personalidad*, pudiera parecer que desvirtúa el significado de la «*privacy*» con el que nos han familiarizado las concepciones ligadas a las modernas teorías del contrato social<sup>79</sup>, sin embargo, desde nuestro punto de vista, se puede interpretar como la recuperación de una tradición que ya se encontraba en el propio origen del concepto occidental de «*privacy*»: la antigua concepción positiva de la esfera privada ligada al concepto estoico de «*oikéiosis*»<sup>80</sup>, a partir de la que se concibe la *privacidad* como el espacio idóneo para que se lleve a cabo el desarrollo del proceso de apropiación de uno mismo mediante el despliegue de aquello que es propio. Tarea, en la que, como hemos señalado, juega un relevante papel la conciencia o «sentimiento íntimo que se tiene de la propia constitución».

### 3.2.2. El reconocimiento jurisprudencial del derecho del «*informed consent*» como derecho fundamental

En el apartado anterior hemos tratado de establecer cuál es el significado de la relación existente entre el derecho del «*informed consent*» y el «*right of privacy*», vínculo que ha supuesto para el primero el reconocimiento de su carácter constitucional. Nos resta ahora analizar los casos más representativos al respecto, que, a grandes rasgos, aparecen relacionados con tres tipos de supuestos: el aborto, la medicación forzosa a personas privadas de libertad y la eutanasia pasiva.

#### a) Los casos relacionados con el aborto

<sup>72</sup> Las sentencias judiciales más relevantes a partir de las que se ha construido este concepto, algunas de las cuáles analizaremos más tarde, son: Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Aunque el desarrollo más articulado se encuentra en: Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992), donde, la Corte afirma:

«These matters, involving the most intimate and personal choices a person may make in a lifetime, choices central to personal dignity and autonomy, are central to the liberty protected by the Fourteenth Amendment. At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State». *Ibidem*, 851.

<sup>73</sup> Cf. BENN, S.I., «Privacy, Freedom and Respect for Persons», en *Nomos XIII: Privacy*, RONALD PENNOCK J. & CHAPMAN, J.W. (eds.) (1971), 2; BLOUSTEIN, E.J., «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser», 39 N.Y.U.L.Rev. 962 (1964).

<sup>74</sup> Cf. FREUND, P., *American Law Institute*, 52nd Annual Meeting 42-43 (1975).

<sup>75</sup> Cf. CRAVEN, B., «Personhood: The Right to Be Let Alone», 1976, *Duke L.J.*, 699, 702 & n. 15.

<sup>76</sup> Entre otros: REIMAN, J.H., «Privacy, Intimacy and Personhood», en *Philosophical Dimensions of Privacy*, SCHOEMAN, F.D. (ed.) (1984), 300-314.

<sup>77</sup> *Diccionario de términos demográficos y relativos a la salud reproductiva*, Organización de las Naciones Unidas, voz «personhood».

<sup>78</sup> MCCONNELL, T., *The Limits of Consent in Medicine and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, es una tesis que se argumenta a lo largo de toda la obra. Pero en especial, pp. 45 y ss.

<sup>79</sup> Algunas críticas a la interpretación del «*right of privacy*» en relación con la dignidad, autonomía y personhood, se pueden encontrar en GAVISON, R., «Privacy and the Limits of Law», 89, *Yale L.J.* 421, 422 (1980); O'BRIEN, D.M., «Privacy, Law and Public Policy», Paeger, New York (1979); RUBENFELD, J., «The right of Privacy», 102 *Harvard Law Review* (1989), pp. 737-807.

<sup>80</sup> No en vano, el vocablo «personhood», recientemente acuñado para hacer referencia al bien jurídico protegido por el «*right of privacy*», no parece significar otra cosa más que lo que significaba el término «*oikéiosis*» para los estoicos (supra).

El 22 de enero de 1973 en el caso *Roe v. Wade*<sup>81</sup> se reconoce, de forma expresa, que el derecho del «*informed consent*» es un derecho fundamental. Al establecer el Tribunal la conexión entre el derecho a la libre determinación en cuestiones que afectan a la propia salud, el derecho a la privacidad y el «*liberty interest*» reconocido por la primera sección de la 14.<sup>a</sup> Enmienda<sup>82</sup>.

El polémico asunto es conocido por marcar un hito en la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico norteamericano. La sentencia pone fin a una acción de inconstitucionalidad promovida por una mujer embarazada, conocida por el pseudónimo de Jane Roe, contra una norma penal del Estado de Texas que prohibía el aborto excepto en caso de peligro de muerte para la madre.

La Corte Suprema declaró inconstitucional la ley de Texas. De forma sintética el Tribunal razonó siguiendo los siguientes pasos:

1. Una ley que limite el ejercicio de un derecho fundamental únicamente es constitucional si y sólo si es necesaria para la consecución de un «*compelling Governmental interest*» («irresistible interés del Estado»)<sup>83</sup>.
2. El derecho a la privacidad es un derecho fundamental<sup>84</sup>.
3. El derecho a la privacidad incluye el derecho a la libre elección de tratamiento<sup>85</sup>.
4. La ley de Texas que limita el ejercicio de este derecho no es necesaria para la consecución de ningún «irresistible interés del Estado»<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> 410 U.S. 113 (1973).

<sup>82</sup> La Decimocuarta Enmienda prohíbe al Estado privar a cualquier persona de su vida, su libertad o su propiedad sin el debido proceso legal.

<sup>83</sup> Este principio está reconocido en: *Kramer v. Union Free School District* 395 U.S. 621 627 (1969); *Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618, 634 (1969); *Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398, 406 (1963). La vinculación del poder legislativo a este principio, está expresamente establecida en: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S., at 484-485 (1965); *Aptheker v. Secretary of State* 378 U.S. 500, 508 (1964); *Cantwell v. Connecticut* 310 U.S. 296, 307-308 (1940); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 453, 454, 460, 463-465 (1972).

<sup>84</sup> *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Olmstead v. U.S.*, 277 US 438 (1928); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325 (1937) *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

<sup>85</sup> El Tribunal declaró que el derecho a la privacidad es suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer sobre si terminar o no un embarazo.

5. Luego, la ley de Texas es inconstitucional.

Desde el caso *Roe v. Wade*, han sido varias las resoluciones que han contribuido a determinar el alcance, contenido y límites del derecho de la gestante a la libre adopción de decisiones que afectan a su estado<sup>87</sup>. Aunque cada una de ellas incorpora algún matiz al respecto todas se mueven en la órbita del caso *Roe* al afirmar la protección constitucional del derecho a la libre elección de tratamiento. Nos vamos a detener, sin embargo, en el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>88</sup> pues permite profundizar en las razones que vinculan el derecho a la libre elección de tratamiento con el «*right of privacy*» (derecho de la privacidad); argumentos, que en último término, nos permiten una mejor identificación de los bienes jurídicos que se pretende preservar por medio de la protección jurídica del derecho del «*informed consent*».

El caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, tiene por objeto dilucidar la constitucionalidad de una ley aprobada por Robert Casey, Gobernador de Pennsylvania, en la que se imponían severas restricciones al aborto. La Corte Suprema declaró nula la ley. Entre los argumentos empleados por el Tribunal, para nuestro estudio es de enorme relevancia la afirmación de que las decisiones concernientes a la propia salud (en particular la decisión de abortar), son inherentes a la propia «libertad» personal pues nos encontramos ante unas de las «más básicas decisiones de la persona humana», que implican «las más íntimas y personales elecciones», «centrales para la dignidad y autonomía personal», «originadas

<sup>86</sup> Para determinar si la ley de Texas era necesaria o no para la consecución de un «irresistible interés de Estado», el ponente Justice BLACKMUN analizó las finalidades que históricamente habían perseguido las leyes contra el aborto: la disuasión contra relaciones sexuales consideradas ilegales, la protección de la gestante y la protección del feto. En la actualidad, prosigue el ponente, únicamente la tercera podría considerarse un «irresistible interés del Estado». Para determinar en qué medida, la protección del feto podría limitar un derecho fundamental, la Corte dividió la duración del embarazo en tres trimestres y concluyó que únicamente en el tercero, en el que el feto es médicamente viable, es decir, tiene capacidad para vivir fuera del vientre de su madre, existe un «irresistible interés del Estado» que permite la prohibición del aborto, excepción hecha del peligro para la vida de la madre. Por el contrario, durante los dos primeros trimestres, el Tribunal concluyó que no existe ningún «irresistible interés del Estado» que permita limitar la libertad de decisión de la mujer; es más, durante el primero el Estado no puede entrar a regular la materia y únicamente en el segundo, el Estado puede adoptar medidas siempre que sean razonables para la protección de la salud de la gestante.

<sup>87</sup> Las más relevantes son: *Doe v. Bolton* 8410 U.S. 179 (1973); *City of Akron Center for reproductive Health, Inc.* (462 U.S. 416 (1983)); *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490 (1989)).

<sup>88</sup> 505 U.S. 833 (1992).

dentro de la zona de la conciencia y las creencias», que reflejan una «visión íntima» de un «profundo carácter personal» y que involucran las nociones de «autonomía personal e integridad corporal», lo que confiere una «particular importancia a la decisión»<sup>89</sup>. Las opiniones particulares de los jueces BLACKMUN y STEVENS se expresan en parecidos términos. Así, para el primero, la libertad de decisión al respecto es «la más íntima y personal elección», «central para la dignidad y autonomía personal» e implica «una decisión personal que afecta profundamente a la integridad corporal, a la identidad y al propio destino»<sup>90</sup>. STEVENS, por su parte, sostiene que se trata de una decisión «de la más alta privacidad y de la más personal naturaleza», implica una «difícil elección que tiene serias y personales consecuencias de gran importancia para el futuro de una mujer». Y, a pesar de su carácter traumático es «un elemento de la dignidad básica humana», que constituye «nada menos que un hecho de conciencia»<sup>91</sup>.

El Tribunal sitúa el fundamento constitucional del «informed consent» en la protección jurídica de la libertad de conciencia del paciente y, en último término, en su autonomía, libre determinación y dignidad personal.

*b) Los casos relacionados con la administración forzosa de sustancias psicotrópicas*

Un segundo grupo de casos en los que se declara el carácter constitucional del derecho del «*informed consent*» está formado por los supuestos de administración de drogas psicotrópicas a personas privadas de libertad. En estos supuestos la jurisprudencia coincide en afirmar que la administración de sustancias psicotrópicas sin consentimiento vulnera un *derecho fundamental*. Requiere, por tanto, para ser llevada a cabo la demostración por parte del Estado de que dicha medida es necesaria para la satisfacción de un «*compelling State interest*» («irresistible interés del Estado»). Sin embargo, los Tribunales atendiendo a las circunstancias particulares de cada supuesto, difieren a la hora de determinar cuál es la sede constitucional en la que encuentra cobertura el derecho del «*informed consent*».

<sup>89</sup> Court Opinion, 505 U.S. 833 (1982).

<sup>90</sup> Justice BLACKMUN, concurring in part, dissenting in part, 505 U.S. 833 (1982).

<sup>91</sup> Justice STEVENS, concurring in part, dissenting in part, 505 U.S. 833 (1982).

En el caso *Bee v. Greaves* (1984)<sup>92</sup>, la Corte de Apelación del Décimo Circuito, afirmó que la administración involuntaria de sustancias psicotrópicas, «es de suficiente importancia como para caer dentro de la categoría del interés en la privacidad protegido por la Constitución»<sup>93</sup>, y, por tanto, está limitada a la demostración «clara, lógica y convincente» de su necesidad para el cumplimiento de un «irresistible interés del Estado». La originalidad de este caso es que el Tribunal sitúa la protección constitucional del derecho a la «*privacy*» en la Primera Enmienda de la Constitución. La Corte, citando otros precedentes, sostiene que una persona tiene un interés protegido constitucionalmente a ser dejado libre por el Estado para decidir por sí mismo acerca de la medicación que quiere recibir<sup>94</sup>. Por tanto, al administrar sustancias psicotrópicas sin consentimiento, lo que se vulnera es «la Primera Enmienda que protege la *comunicación de ideas*, lo cuál, a su vez, implica la protección de la *capacidad para producir esas ideas*»<sup>95</sup>.

En *Washington v. Harper* (1990)<sup>96</sup>, el recluso Harper, denunció a la Dirección del Penal de Washington, por haberle administrado antipsicóticos en contra de su voluntad, lo que entiende que vulneraba su derecho a rechazar el tratamiento. La Corte, reconoció que la «inyección forzosa no consentida de medicamentos en el cuerpo de una persona representa una sustancial interferencia en la libertad personal»<sup>97</sup>. El Tribunal establece que el derecho a elegir tratamiento, que incorpora la posibilidad de su rechazo, implica la más sagrada noción de privacidad y libertad. Se trata, por tanto, de un derecho fundamental constitucionalmente amparado por el denominado «*liberty interest*» garantizado por la 14.<sup>a</sup> Enmienda.

En el caso *United States v. Riggins* (1992)<sup>98</sup>, la Corte reafirma los argumentos del caso *Harper*, añadiendo que

<sup>92</sup> 744 F.2d 1387, 1394 (10th Cir. 1984).

<sup>93</sup> «That the decision whether to accept treatment with antipsychotic drugs is of sufficient importance to fall within this category of privacy interest protected by the Constitution» (Ibídem, 1392-1393).

<sup>94</sup> «A person has a constitutionally protected interest in being left free by the state to decide for himself» (Rogers v. Okin, 634 F.2d 650, 653 (1st Cir. 1980); y, Mills v. Rogers, 457 U.S. 291 (1982)).

<sup>95</sup> «The First Amendment protects communication of ideas, which itself implies protection of the capacity to produce ideas», Ibídem, 1393-1394.

<sup>96</sup> 494 U.S. 210 (1990).

<sup>97</sup> «Forcible injection of medication into a nonconsenting person's body represents a substantial interference with that person's liberty», Ibídem, 229.

<sup>98</sup> 504 U.S. 127, 243 (1992).

los efectos de las drogas también producen un menoscabo en el derecho a un juicio justo, reconocido por la Sexta Enmienda.

c) *Los casos relacionados con la eutanasia pasiva*

Por último, otro hito en la afirmación del carácter *fundamental* del derecho del «*informed consent*» esta vez en el contexto de la eutanasia pasiva es el caso *Cruzan v. Director Mo. Dep't of Health* (1990)<sup>99</sup>.

El 11 de enero de 1983 la joven Nancy Beth Cruzan sufrió un accidente de tráfico. Tras los primeros auxilios fue conducida en estado inconsciente a un hospital donde se le diagnosticó un grave daño cerebral por anoxia (falta de oxígeno). Según criterio científico, cuando este estado se prolonga durante 6 minutos los daños son irreversibles y se estima que Nancy había estado entre 12 y 14 minutos sin oxígeno en el cerebro. Tras permanecer en coma durante tres semanas, progresó a un estado inconsciente que permitía su alimentación oral. En este estado y con la finalidad de recuperarla se le implantó un tubo para facilitar su hidratación. Los esfuerzos fueron inútiles y Nancy se estabilizó en un estado vegetativo persistente, condición en la que se mantienen reflejos motores, pero se evidencia la ausencia de funciones cognitivas. Los padres de Nancy, alegando los deseos expresados por la joven con anterioridad al accidente, solicitaron del hospital la interrupción de la alimentación e hidratación asistida. El hospital rechazó la solicitud por no contar con autorización judicial. Entonces los padres, acudieron a los Tribunales para instar dicha autorización.

La Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida de la Suprema Corte del Estado de Missouri que denegaba la autorización<sup>100</sup>. La Corte reconoció la existencia de un derecho a rechazar el tratamiento que constituye una manifestación del derecho del «*informed consent*» y, en último término, del «*constitutional privacy right*» («derecho constitucional a la privacidad»). Una persona competente tiene, de esta forma, un «*liberty interest*» al rechazo de un tratamiento médico, amparado por la 14.<sup>a</sup> Enmienda de la Constitución. En el caso de personas incompetentes la ley admite, en determinadas circunstancias, la subrogación de la decisión de dar por finalizada la alimentación e hidratación asistida, siempre que se siga el procedimiento establecido para garantizar que la acción de los subrogados responde a los deseos expresados por el paciente cuando era competente. A ese fin responde la regulación de los

denominados «*Living Will*»<sup>101</sup>. En el caso de Nancy, la única declaración que existe al respecto, es el testimonio de un amigo, al que había comunicado que llegada la situación ella no quería vivir como un «vegetal». La Corte, afronta el caso contrapesando las pruebas aportadas para determinar la voluntad de la paciente con el interés del Estado de Missouri por preservar la vida humana y, concluye, que no existe una «evidencia clara y convincente» de la voluntad de la paciente referida a esas circunstancias. Situación ésta que hace que el Tribunal entrara a valorar los riesgos que resultaban de la interpretación de dicha voluntad en uno u otro sentido. Finalmente, atendiendo a este último criterio, la Corte decide, dado el carácter irreversible que conlleva para la vida de la paciente la interrupción de la alimentación e hidratación asistida, hacer prevalecer el interés del Estado y denegar la autorización a la finalización del tratamiento asistido.

Los interesantes argumentos sostenidos en los votos particulares a la decisión de la Corte Suprema<sup>102</sup> formulan, a grandes rasgos, las siguientes observaciones: recomiendan al legislador la adopción de medidas que permitan una mayor protección de los deseos de los pacientes incapaces<sup>103</sup>; señalan la incongruencia que supone que un Estado se erija en garante de la protección de la vida, haciendo suyo un interés a la preservación de la vida en abstracto, desatendiendo la defensa de la «calidad de vida», concretable únicamente a partir de las opciones personal libremente elegidas por cada persona<sup>104</sup>; ponen de manifiesto que tan irreversible como la pérdida de la vida en caso de interrupción de la medicación asistida, es el daño que se produce a la libertad de una persona a la que en contra de su voluntad se le somete a una situación médica a la que libremente y de acuerdo con sus convicciones ha decidido no someterse<sup>105</sup>. Finalmente, a la ma-

<sup>101</sup> *Missouri Living Will Statute (Mo.Rev.Stat. 459.010 et.seq. (1986))*.

Una referencia a la regulación Norteamericana de los «living will», se puede consultar en ROMEO CASABONA, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 461-463. Un estudio sobre la evolución histórico-legal de los «living will» en el ordenamiento jurídico norteamericano, se puede consultar en MORGAN, P., «The evolution of the living will», en American Association for Paalegal Education journal of Paalegal Education and Practice, Spring, 1996.*

<sup>102</sup> JUSTICE O'CONNOR, concurring; JUSTICE SCALIA, concurring; JUSTICE BRENNAN, JUSTICE MARSHALL and JUSTICE BLACKMUN, dissenting; and, JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

<sup>103</sup> JUSTICE O'CONNOR, concurring (497 U.S. 261, 270 (1990)).

<sup>104</sup> JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> 497 U.S. 261, 270 (1990).

<sup>100</sup> 760 S.W. 2d 408 (1988).

yoría de los votos particulares disidentes, subyace la crítica del excesivo peso que la decisión mayoritaria de la Corte concede al interés estatal en detrimento de la «*personhood*» de cada individuo<sup>106</sup>.

En definitiva, el caso de Nancy Cruzan ha sido conocido por el carácter trágico de la decisión de la Corte. Pero lo más significativo, también desde la perspectiva de nuestro estudio, es que el Tribunal reconoció que el contenido del derecho del «*informed consent*» «en virtud del principio de libertad ciudadana», permite que todos los adultos capaces tengan «un derecho constitucional («*protected liberty interest*») a rehusar el tratamiento médico», pudiendo llegar incluso a negarse a recibir la nutrición e hidratación que los mantiene con vida<sup>107</sup>.

En 1990 el Tribunal Supremo de Nevada en el caso *Mckay v. Bergstedt*<sup>108</sup>, autorizó la retirada del respirador de un joven tetraplégico, arguyendo que el derecho individual a decidir tiene más valor que el del Estado en preservar la vida.

No consideramos que el interés del Estado en preservar la vida de un determinado paciente sea un derecho absoluto [...] En aquellos casos en que las perspectivas de una vida de calidad aparecen encubiertas por sufrimiento físico, sólo el enfermo puede determinar el valor de la subsiguiente muerte. Concluimos, en consecuencia, que en situaciones que afectan a adultos que son capaces; son mantenidos y lo seguirán estando por sistemas artificiales de soporte o por alguna otra forma de tratamiento radical y «heroico», y sufren dolor físico y mental, el derecho individual a decidir tiene más valor que el del Estado en preservar la vida.

Recientemente, el caso *Schiavo* ha adquirido singular relevancia en los medios de comunicación. Theresa Schiavo permanece en estado vegetativo persistente desde 1990. En 1998, tras permanecer 8 años en estado de inconsciencia, su representante legal, su marido, obtiene una resolución judicial que autoriza al equipo médico a retirarle los medios que le prolongan la vida<sup>109</sup>. El Tribunal evidencia un estado vegetativo permanente. No se trata

<sup>106</sup> JUSTICE BRENNAN, JUSTICE MARSHALL and JUSTICE BLACKMUN, dissenting; and, JUSTICE STEVENS, dissenting. (497 U.S. 261, 270 (1990)).

<sup>107</sup> Cf. SILVA RUIZ, F., «El derecho a morir con dignidad y el testamento vital», en R.G.D., núms. 592-593, enero-febrero, 1994, pp. 425-436.

<sup>108</sup> 801 P.2d 617, 637 (Nov 1990).

<sup>109</sup> *Schiavo I*, 780 So. 2d at 177 (1998). Confirmada *In re Guardianship of Schiavo*, 789. So. 2d 348 (Fla. 2001).

simplemente de un estado de coma, la falta de oxígeno ha deteriorado su cerebro de forma severa e irre recuperable, como lo demuestra el hecho de que el cortex cerebral es inexistente y ha sido sustituido por un fluido. Theresa Schiavo permanece inconsciente, sin actividad cognitiva alguna, irre recuperable y totalmente dependiente de otros para sus más privadas necesidades; sin embargo, posee suficiente dinero y fortaleza corporal para vivir indefinidamente en ese estado. Ante esta situación, la Corte decide autorizar la retirada de la nutrición e hidratación que la mantiene artificialmente con vida, permitiendo, de esta forma, su natural proceso de muerte.

Los padres de Theresa Schiavo, favorables al mantenimiento de su vida artificial, inician una batalla judicial. Tras numerosas resoluciones que siempre rechazan sus pretensiones, el caso parece definitivamente resuelto<sup>110</sup> y el 15 de octubre de 2003 los tubos de nutrición e hidratación son retirados.

El 21 de octubre de 2003 interviene el Gobierno aprobando una Ley que ordena el mantenimiento de la nutrición e hidratación de una persona en estado vegetativo<sup>111</sup>. Finalmente, la Ley es declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Florida<sup>112</sup>, por constituir una delegación ilegal de la autoridad legislativa que pone en peligro la separación de poderes y la integridad del sistema constitucional y por atentar contra derechos individuales, incluido «the well established privacy right to self determination».

Del análisis de los casos que corresponden a este período es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. El derecho del «*informed consent*» es una manifestación del «*right of privacy*» («derecho de la privacidad»).
2. La protección jurídica de la privacidad siempre ha estado dirigida a la preservación de un espacio propio. Sin embargo, en la jurisprudencia norteamericana se advierte una evolución en la noción de «*right of privacy*».
  - a) Inicialmente, se tiene una concepción negativa del «*right to privacy*» que se entiende orientado a la protección de un espacio propio frente a las intervenciones ajenas. Conectado con la tradición liberal, dicho espacio se concibe como un espa-

<sup>110</sup> *In re Guardianship of Schiavo*, 855 So. 2d 621 (Fla. 2003).

<sup>111</sup> Ch. 2003-418, *Laws of Fla. Orden ejecutiva* 03-201.

<sup>112</sup> *Bush v. Schiavo*, SC04-925, *Supreme Court of Florida* (09.23.04).

- cio físico a salvo de la intervención fundamentalmente del poder público.
- b) Progresivamente, se produce un fenómeno de espiritualización de la esfera de la «*privacy*», cuya protección jurídica se amplía a los derechos y libertades intangibles. El «*right to privacy*» tiene como principal finalidad la protección de «la naturaleza espiritual del ser humano, sus sentimientos y su intelecto », pues, en palabras del Juez BRANDEIS, «los creadores de la constitución procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones».
  - c) Finalmente, se percibe la definitiva consolidación jurisprudencial de una concepción positiva del «*right to privacy*» ligado a las nociones de «*personhood*» («cualidad de persona»), autonomía y dignidad personal.
  - d) Paralelamente a la evolución de la concepción jurisprudencial del «*right of privacy*» y muy interrelacionado con él se produce una evolución en la concepción del derecho del «*informed consent*».
  - e) En principio, se concibe este derecho fundamentalmente dirigido a la protección del bien jurídico integridad corporal. Para que se genere responsabilidad médica es necesario que se haya ocasionado un daño físico al paciente.
  - f) Progresivamente, la jurisprudencia norteamericana inicia un proceso de reconocimiento de la existencia de responsabilidad médica por la intervención sin consentimiento informado aún cuando no se hubiera producido un daño físico al paciente.
  - g) Finalmente se consolida la concepción jurisprudencial del «*informed consent*» como una manifestación en el ámbito de la sanidad del *derecho a la libre determinación* del paciente. Se afirma el carácter *fundamental* del este derecho, concebido como manifestación del «*right of privacy*» y ligado a las nociones de «*personhood*», autonomía y dignidad personal.
  - h) El derecho del «*informed consent*» («consentimiento informado») es un *derecho fundamental*.

- i) El derecho del «*informed consent*» está constitucionalmente amparado por la protección que la 14.<sup>a</sup> Enmienda dispensa a la *libertad personal*.
- j) En cuanto derecho fundamental, el derecho del «*informed consent*» únicamente puede estar limitado por un «*compelling Governmental interest*» («irresistible interés del Estado»).

#### **4. Los textos normativos más relevantes sobre el «*informed consent*»**

A pesar del poco desarrollo que encuentran las disposiciones normativas en los países con sistema jurídico de tipo anglosajón, vamos a hacer una breve referencia a los textos más significativos que contienen regulación específica sobre el consentimiento informado en Estados Unidos. Nos referiremos a la Carta de Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales de 1973; al Informe Belmont de la Comisión Nacional para la protección de los sujetos humanos frente a la investigación biomédica de 1979; y, finalmente, a la ley aprobada recientemente por el propio legislador norteamericano.

##### *a) La Carta de Derechos de los Pacientes de 1973*

En 1970 la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales Norteamericanos, en respuesta a las demandas formuladas por la Organización de Consumidores NWRO, elaboró en 1972 la Primera Carta de Derechos de los Enfermos frente al sistema sanitario público o privado<sup>113</sup>. El texto sirvió de base a la Carta de Derechos de los Pacientes elaborada por el Consejo de Administración de la Asociación Americana de Hospitales (AHA) aprobada el 6 de febrero de 1973.

Por lo que se refiere al consentimiento informado, la Carta de Derechos del Paciente de la AHA, reconoce:

1. El derecho a la información completa sobre el diagnóstico, tratamiento, pronóstico (apdo. 2.º), alternativas y riesgos en términos que puedan ser razonablemente comprendidos (apdo. 3.º), a excepción de la aplicación del «privilegio terapéutico» (apdo. 2.º);
2. El derecho a la libre elección de tratamiento, excepto en caso de emergencia (apdo. 3.º).

<sup>113</sup> El texto de la Carta se puede consultar en GAFO, J., Dilemas éticos de la Medicina actual, *Universitas, Madrid, 1994, pp. 404-406.*

La Carta de Derechos de los Pacientes no fue sancionada por el poder legislativo norteamericano, por tanto, no pertenece al ordenamiento jurídico. Sin embargo, tiene la virtud de ser el primer documento que aprueba un elenco de derechos de los pacientes, será imitado en otros países y, en nuestro país tuvo su influencia en el contenido de los derechos reconocidos en la Ley General de Sanidad<sup>114</sup>.

#### b) El Informe Belmont de 1974

El 12 de julio de 1974, se creó mediante el Acta de Investigación Nacional<sup>115</sup> la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de la Biomedicina y la Investigación de la Conducta, a la que se encargó la elaboración de un informe.

En 1979, fruto de los trabajos de la Comisión, se publicó el denominado «Informe Belmont». El informe contiene los principios éticos y las directrices para la investigación que implica a sujetos humanos<sup>116</sup>.

El documento establece como principios básicos el respeto a las personas, la beneficencia y la justicia. El primero de ellos incorpora dos convicciones: primera, que los individuos deben ser tratados como agentes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. Por persona autónoma se entiende aquella que es capaz de deliberar sobre sus fines personales y adecuar su comportamiento a la dirección de su deliberación. En consecuencia, «respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que estas produzcan un claro perjuicio a otros». El principio de beneficencia, a su vez, comprende las obligaciones de no hacer daño y de maximizar los beneficios minimizando los daños. El principio de justicia, por su parte, es definido como equidad en la distribución de los beneficios.

<sup>114</sup> Cf. GAFO J., «Historia de una nueva disciplina: la Bioética», en Derecho Biomédico y Bioética, C.M. ROMEO CASABONA (coord.), Comares, Granada, 1998, pp. 87-111, en concreto, p. 96.

<sup>115</sup> National Research Act (Pub. L. 93-348). En español se puede encontrar en Ensayos clínicos en España (1982-1988), Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990, Anexo 4º.

<sup>116</sup> La bibliografía sobre los principios de la Bioética es muy abundante, son clásicos: BEUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., Principles of Biomedical Ethics, Nueva York/Oxford, 1983; ENGELHARDT, H.T. jr., Los fundamentos de la Bioética, Paidós, Barcelona, 1995; GRACIA, D., Fundamentos de Bioética, Eudema, Madrid, 1991, y, del mismo autor, Procedimientos de decisión en ética clínica, Eudema, 1991. Recientemente, un panorama crítico de las diferentes posiciones al respecto se puede consultar en, SIMÓN LORDA, P., El consentimiento informado, Triacastela, Madrid, 2000, en especial, pp. 119-175.

El informe también contiene una parte en la que hace referencia a las aplicaciones de los principios enunciados. Una de las secciones de esta parte está dedicada al «*informed consent*». En ella se afirma que el respeto a las personas exige que los sujetos, en la medida de su capacidad, tengan la oportunidad de elegir el tratamiento que quieren recibir. En este sentido, el Informe establece que para el ejercicio del «*informed consent*» se requieren tres elementos: información, comprensión y voluntariedad.

Aunque no posee eficacia jurídica, el «Informe Belmont» ha sido muy influyente en los Estados Unidos en la toma de conciencia ante los problemas Bioéticos.

#### c) La «Patient Self-Determination Act» Ley Federal acerca de la autodeterminación del paciente de 1990

El 5 de noviembre de 1990, tras un intenso debate, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la *Patient Self-Determination Act*<sup>117</sup>, que entró en vigor el 1 de diciembre de 1991. A diferencia de los textos anteriores, éste posee eficacia jurídica plena y extiende su ámbito de aplicación a todo el territorio de los Estados Unidos.

La *Patient Self-Determination Act* impone a todos los hospitales, casas de salud, hospicios, hogares de ancianos y centros e instituciones análogos que reciban ayuda estatal (Medicare o Medicaid), la exigencia de proporcionar, a todo paciente adulto que se encuentre en condiciones psíquicas adecuadas para expresar sus deseos, información escrita acerca de cuáles son sus derechos, en particular sobre su:

1. Derecho a adoptar decisiones propias sobre las cuestiones que conciernen a su salud.
2. Derecho a aceptar o rechazar cualquier tratamiento.
3. Derecho a elaborar directivas anticipadas.
4. El derecho a recibir información sobre la normativa federal y estatal que regula el ejercicio de estos derechos.

Por lo que se refiere a la obligación de suministrar información sobre las instrucciones anticipadas para cuidados médicos, la *Patient Self-Determination Act* exige:

1. Que se pregunte a cada paciente, en el momento de la admisión, si tiene directivas anticipadas.

<sup>117</sup> 42 U.S.Code 1395cc-1396r.

2. Que se ofrezca, a aquellos pacientes que no tengan instrucciones previas, información escrita sobre la posibilidad de establecer directivas anticipadas.
3. Que se proporcione al paciente el documento tipo de directrices anticipadas del que disponga el lugar.

### **Índice de casos citados**

Aptheker v. Secretary of State 378 U.S. 500, 508 (1964);  
Bee v. Greaves 744 F.2d 1387, 1394 (10<sup>th</sup> Cir. 1984);  
Berkey v. Anderson 1 Cal. App. 3d 790, 803 (82 Cal. Rptr. 67) (1969);  
Boyd v. United States 116 U.S. 616 (1886);  
Buck v. Bell 274 U.S. 200 (1927);  
Bush v. Schiavo, SC04-925, Supreme Court of Florida (09.23.04).  
California v. Greenwood 486 U.S. 35 (1988);  
Canterbury v. Spencer 464 F. 2d 772 (1972);  
Cantwell v. Connecticut 310 U.S. 296, 307-308 (1940);  
Carpenter v. Blake 60 Barb. 488 (N.Y. Sup.Ct.) (1871);  
City of Akron Center for reproductive Health, Inc. 462 U.S. 416 (1983);  
Cruzan v. Director Missouri Department of Health 497 U.S. 261 (1990);  
*Doe v. Bolton* 8410 U.S. 179 (1973);  
*Eisenstadt v. Baird* 405 U.S. 438 (1972);  
*Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965);  
*Jacobson v. Massachusetts* 197 U.S. 11 (1905);  
*Katz v. United States* 389 U.S. 347, 350 (1967);  
*Kramer v. Union Free School District* 395 U.S. 621 627 (1969);  
*Lane v. Candura* 6 Mass. App. 377 (376 N.E. 2d 1232, 93 A.L.R. 3d 59) (1978);  
*Loving v. Virginia* 338 U.S. 1, 12 (1967);  
*Mckay v. Bergstedt* 801 P.2d 617, 637 (Nev 1990);  
*Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390 (1923);  
*Mohr v. Willians* 104 N.W. 12 (1905);

*Nathanson v. Kline* 186 Kan. 393, 350 P. 2d 1093, reh. den. 187 Kan. 186, 354 P. 2d 670 (1960);  
*New Jersey v. T.L.O.* 469 U.S. 325 (1985);  
*Olmstead v. United States* 277 US 438 (1928);  
*Palko y Connecticut* 302 U.S, 319, 325 (1937);  
*Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925);  
*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992);  
*Pratt v. Davis* 79 N.E. 562 (Ill. 1906);  
*Prince v. Massachusetts* 321 U.S. 158, 166 (1944);  
*Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973);  
*Rolater v. Strain* 390 Okl. 572, 137 P. 96 (1913);  
*Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* 317 P.2d. 170 (Cal. App. 1957);  
*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* 105 N.E. 92 (1914);  
*Schiavo I*, 780 So. 2d at 177 (1998).  
*Shapiro v. Thompson* 394 U.S. 618, 634 (1969);  
*Sherbert v. Verner* 374 U.S. 398, 406 (1963);  
*Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 535 (1942);  
*Slater v. Baker and Stapleton* 2 Wils. K.B. 358 (1767)<sup>118</sup> ;  
*Stanley v. Georgia* 394 U.S. 557 (1968);  
*Terry v. Ohio* 392 U.S. 1, 8-9 (1968);  
*Union Pacific R.Co. v. Botsford* 141 U.S. 250, 251 (1891);  
*United States v. Charles Thomas Sell* No. 01-1862, 8<sup>th</sup> Cir.; 2002 U.S. App. LEXIS 3582. 3 de Julio de 2002;  
*United States v. Nixon* 418 US 683 (1974);  
*United States v. Place* 462 U.S. 696 (1983);  
*United States v. Riggins* 504 U.S. 127, 243 (1992);  
*Washington v. Harper* 494 U.S. 210 (1990);  
*Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989);  
*Whalen v. Roe* 429 US 589 (1977);

---

<sup>118</sup> A pesar de que el caso tuvo lugar en las Islas Británicas, ha sido considerado precedente de la actuación de los Tribunales Norteamericanos.

## **Bibliografía**

- BENN, S.I., “Privacy, Freedom and Respect for Persons”, en *Nomos XIII: Privacy*, RONALD PENNOCK J., & CHAPMAN, J.W., (eds.), (1971), 2;
- BEUCHAMP, T.L., & CHILDRESS, J.F. (1983) *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York/Oxford;
- BLOUSTEIN, E.J., “Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser”, 39 *N.Y.U.L.Rev.* 962 (1964);
- BRANDEIS L.D., y WARREN, S.D, *The right of privacy*, en *Harvard Law Review*, vol. IV, n. 5, 1890, pp.193 y ss. Existe traducción en castellano (a cargo de BENIGNO PÉNDAS y PILAR BASELGA), *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995;
- CELADOR ANGÓN, O., El proceso de aplicación de la Primera Enmienda Federal a los Estados de la Unión, en AA.VV., “La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional”, Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (ed.), Comares, Granada, 1997, pp. 409-423;
- CRAVEN B., “Personhood: The Right to Be Let Alone”, 1976, *Duke L.J.*, 699, 702 & n.15;
- DEVETTERE, R.J., *Practical decision Making in Health Care Ethics: Cases and Concepts*, Georgetown University Press Washington, D.C., 1995;
- ENGELHARDT, H.T.JR., *Los fundamentos de la Bioética*, Paidós, Barcelona, 1995;
- FADEN, R.; y, BEAUCHAMP, R. *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986;
- FREUND, P., American Law Institute, 52<sup>nd</sup> Annual Meeting 42-43 (1975);
- GAFO J., “Historia de una nueva disciplina: la Bioética”, en *Derecho Biomédico y Bioética*, C.M. ROMEO CASABONA (coord.), Comares, Granada, 1998, pp.87-111;
- GAFO, J., *Dilemas éticos de la Medicina actual*, Universitat, Madrid, 1994;
- GALÁN CORTÉS JC. “La responsabilidad médica y el consentimiento informado, en *Rev. Médica del Uruguay*, vol. 15, abril de 1999, pp.5-12;
- GAVISON, R., “Privacy and the Limits of Law”, 89, *Yale L.J.* 421, 422 (1980);
- GOMLEY, K., “One hundred years of privacy” en *Wisconsin Law Review*, 1992, pp.1335 – 1441;
- GRACIA GUILLÉN, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1991;
- ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995;
- KRAMER, I.P., “The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis”, en 39 *Cath. U.L.Rev.*, 1990, 703;
- MCCONNELL, T., *The Limits of Consent in Medicine and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000;
- MORGAN, P., “The evolution of the living will”, en “*American Association for Paalegal Educación journal of Paralegal Educación and Practice*”, Spring, 1996;
- O’BRIEN, D.M., *Privacy, Law and Public Policy*, Paeger, New York, (1979);
- OSMAN, H., “History and Development of the Doctrine of Informed Cosent”, en *The International Electronic Journal of Health Education*, 2001, 4, pp.41-47;
- PÉTROVICH, A., “Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado”, en *Rev. del Foro* N° 4, Colegio de Abogados de Lima, 1997; también en *Rev. Española del Daño Corporal*, Vol. III No. 5, primer semestre;
- REIMAN J.H., “Privacy, Intimacy and Personhood”, en *Philosophical Dimensions of Privacy*, SCHOEMAN, F.D., (ed.), (1984) 300-314;
- ROMEO CASABONA C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994;
- RUBENFELD, J., “The right of Privacy”, 102 *Harvard Law Review* (1989), pp.737-807;
- SILVA RUÍZ, F., “El derecho a morir con dignidad y el testamento vital”, en *R.G.D.*, n° 592-593, enero-febrero, 1994, pp.425-436;
- SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, 2000;
- SOLOVE, D.J., “Conceptualizing Privacy”, en *California law Review*, vol. 90 (4), 2002, pp.1087-1155;
- THOMAS COOLEY, *Law of Torts*, 1980.

