

DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA ANTE RECHAZOS DE TRATAMIENTO VITAL POR PACIENTES

A propósito del caso de Inmaculada Echevarría

José Luis Díez Ripollés

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Málaga

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Deberes y responsabilidad de la administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea)9, núm. 11-r1, p. r1:1-r1:34. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r1.pdf>

ISSN 1695-0194 [RECPC 11-r1 (2009), 17 may]

RESUMEN: El estudio se ocupa de analizar, desde la legislación española, el ejercicio del derecho a rechazar tratamientos médicos por parte de pacientes en situaciones clínicas críticas de tránsito

entre la vida y la muerte, y los correspondientes deberes de la administración sanitaria. El análisis se realiza teniendo en mente las circunstancias que llevaron finalmente a interrumpir, a su petición, en 2007 la ventilación mecánica que mantenía con vida a la paciente Inmaculada Echevarría.

PALABRAS CLAVE: Rechazo a tratamiento médico vital, disponibilidad de la propia vida, voluntades anticipadas, deberes de administración sanitaria.

Fecha de publicación: 17 mayo 2009

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: 1. La Constitución española. 2. El código penal. III. EL DERECHO DEL PACIENTE A RECHAZAR EL TRATAMIENTO: 1. La legislación sanitaria. 2. El contenido del consentimiento del paciente. 3. Las voluntades anticipadas. IV. DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL PERSONAL SANITARIOS: 1. La Constitución española. 2. El código penal. 3. La legislación sanitaria. V. SITUACIONES CLÍNICAS CRÍTICAS EN EL TRÁNSITO DE LA VIDA A LA MUERTE: 1. Enfermedad terminal. 2. Estado vegetativo persistente. 3. Enfermedad mortal avanzada. 4. Minusvalía grave crónica. VI. ACTUACIONES SANITARIAS SUSCEPTIBLES DE PLANTEARSE EN LAS SITUACIONES PRECEDENTES.: 1. Por lo que se refiere a los efectos del comportamiento. 2. Por lo que se

refiere a la naturaleza de los medios empleados. 3. Por lo que se refiere a la voluntad del paciente. VII. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y EL DEBER DE ASISTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA: 1. Situaciones de enfermedad terminal o estado vegetativo persistente: a) Se renuncia a aplazar el momento de la muerte, mediante la no iniciación de un tratamiento vital. b) Se renuncia a aplazar el momento de la muerte, mediante la interrupción de un tratamiento vital. c) Se anticipa el momento de la muerte, como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo. d) Se aplaza el momento de la muerte, iniciando o manteniendo un tratamiento vital. e) Para evitar la anticipación del momento de la muerte, no se aplica un tratamiento paliativo. 2. Situaciones de enfermedad mortal avanzada o minusvalía grave crónica: a) Se anticipa el momento de la muerte, como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo. b) Para evitar la anticipación del momento de la muerte, no se aplica un tratamiento paliativo. c) Se provoca directamente la muerte, mediante la administración de sustancias o la aplicación de procedimientos letales. 3. Algunas precisiones sobre la utilización de aparatos mantenedores de constantes vitales: a) La no conexión de aparatos mantenedores de constantes vitales. b) La desconexión de aparatos mantenedores de constantes vitales. c) Aplicación a un caso concreto: La paciente Sra. Echevarría ingresada en el Hospital S. Rafael de Granada. VIII. EL PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES: 1. Protagonismo de los profesionales sanitarios que asisten al paciente. 2. La función de las autoridades sanitarias.

I. INTRODUCCIÓN.

Inmaculada Echevarría padecía una distrofia muscular progresiva que le tenía postrada en la cama desde hacía 20 años, y desde hacía nueve años precisaba estar conectada de forma permanente a un respirador para mantenerse con vida. En los últimos años había venido solicitando de forma reiterada a su equipo médico y en último término a los órganos de gestión del Servicio andaluz de salud (SAS) que se le desconectara la unidad de ventilación mecánica y se le dejara morir en paz, asegurándosele un tránsito sin sufrimiento. La petición de la Sra. Echevarría, de 51 años de edad, tras haber sido sometida a consideración de diversos órganos consultivos de la Comunidad autónoma andaluza, fue finalmente atendida el 14 de marzo de 2007.

El estudio que sigue constituye sustancialmente el dictamen que, a petición de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, me fue encomendado para fundar las decisiones administrativas que habrían de adoptarse ante la solicitud de la paciente Echevarría de que se desconectara su organismo de los aparatos de mantenimiento vital a los que el equipo médico responsable de su asistencia le había vinculado¹.

II. EL DERECHO A DISPONER DE LA PROPIA VIDA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La primera cuestión a resolver es en qué medida el ordenamiento jurídico español atribuye relevancia a la decisión de disponer de la propia vida. Para aclarar tal extremo

¹ El informe fue solicitado en noviembre de 2006, y se entregó en los primeros días de enero de 2007.

hemos de acudir a las previsiones de nuestra Constitución y, en función de las conclusiones allí obtenidas, al ordenamiento jurídico ordinario.

1. La Constitución española.

Nuestra Constitución en su art. 15 reconoce el derecho fundamental a la vida de todos los ciudadanos. En concreto, dice lo siguiente en su párrafo 1:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Este reconocimiento implica, por lo que se refiere a los poderes públicos, dos obligaciones: Una, de no hacer, consistente en abstenerse ellos mismos de toda actuación que pueda menoscabar tal derecho a la vida, y otra, de hacer, consistente en proteger y promover el ejercicio del derecho a la vida frente a actuaciones de terceros. Este derecho ha sido adicionalmente objeto de una interpretación restrictiva, que se ha dado en llamar “garantista”: En virtud de ella se ha llegado a la conclusión de que nuestra Constitución se refiere exclusivamente al ejercicio del derecho en su vertiente positiva, esto es, derecho a vivir todo el tiempo que sea posible, sin incluir su vertiente negativa, a saber, derecho a morir cuando el ciudadano lo desee. Ello trae como lógica consecuencia que el derecho a prescindir de la propia vida no forme parte, al menos en un primer análisis, del contenido del derecho fundamental recogido en el art. 15².

Sin embargo, otra previsión constitucional nos obliga a matizar la afirmación precedente: Como se deduce de la propia dicción del art. 15 de nuestra Constitución, es elemento esencial del derecho fundamental a la vida el que ésta no se encuentre sometida a tratos inhumanos o degradantes. La integración de este aspecto en el núcleo esencial del propio derecho fundamental hace que las obligaciones de hacer y no hacer de los poderes públicos antes mencionadas deban ser moduladas en el sentido de que su cumplimiento en ningún caso debe llevar a mantener la vida humana a toda costa, aun con procedimientos o en condiciones inhumanas o degradantes³.

Ahora bien, que el derecho fundamental a la vida sólo se refiera, con la salvedad indicada, al derecho a vivir y no al derecho a morir no impide, como se ha encargado de señalar reiteradamente el tribunal constitucional, que toda persona pueda de hecho disponer de su propia muerte, en la medida en que ello constituye una manifestación del principio general de libertad. En consecuencia, “la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe”⁴. Es más, nuestro Tribunal constitucional ha reconocido que la decisión de arrostrar la propia muerte es

² Véanse Ss. del Tribunal constitucional (TC) 120/90 de 27 de Junio, 137/90 de 19 de Julio, 11/91 de 17 de Enero, en especial FFJJ 7, 5 y 2, respectivamente, que hablan de “un contenido de protección positiva”.

³ Esta es una opinión ampliamente extendida en la doctrina y, con más limitaciones, en la jurisprudencia constitucional, como puede verse en Díez Ripollés. “Eutansia y derecho”, en “Política criminal y derecho penal. Estudios”. Tirant. 2003. pág. 565, con ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales.

⁴ Véanse SsTC. 120/90 de 27 de junio FJ.7, 137/90 de 19 de julio FJ 5, 11/91 de 17 de enero FJ 2, 154/02 de 18 de julio FJ 12.

un objetivo lícito que puede convertir en ilícito cualquier impedimento a la realización de esa voluntad, incluida la asistencia médica obligatoria⁵.

El legislador ordinario ha tomado buena nota de estos pronunciamientos constitucionales y, en el legítimo uso de su competencia, ha hecho objeto de su regulación diversos aspectos relacionados con la disponibilidad de la propia vida. Naturalmente, las regulaciones correspondientes ya no supondrán el desarrollo de un derecho fundamental, y en ningún caso podrán contradecir lo que la Constitución prevé sobre la vertiente positiva del derecho a la vida.

El código penal, en primer lugar, y las leyes, nacional y autonómicas, que se ocupan de los derechos de autonomía del paciente, en segundo lugar, han regulado precisamente diferentes aspectos del derecho a morir. Ocupémonos, por el momento, de las previsiones del código penal.

2. El código penal.

Nuestro código penal, en su art. 143, prescribe lo que sigue:

“1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Un análisis detenido de este precepto permite sacar conclusiones relevantes respecto al grado de reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida en el ordenamiento jurídicopenal:

La primera decisión importante que toma el legislador penal es la de considerar impune el comportamiento del suicida, decisión que muestra toda su trascendencia cuando, como es frecuente, el suicidio no tiene éxito y queda en grado de tentativa o frustración.

Por otro lado, el código penal reconoce, aunque limitadamente, el derecho a servirse de la colaboración de otras personas para ejercer el derecho a disponer de la propia vida: En efecto, las conductas de complicidad al suicidio tampoco son castigadas.

Por el contrario las conductas más graves de colaboración al suicidio de otro, esto es, la cooperación necesaria, así como la inducción al suicidio son constitutivas de delito. También lo es el homicidio consentido, a saber, la directa producción de la muerte de una persona a petición de ésta. Sin embargo, en todos los supuestos punibles precedentes las penas previstas son considerablemente inferiores a las que se impondrían.

⁵ Véanse SsTC. 120/90 de 27 de junio FJ.6 y 7, 137/90 de 19 de julio FJ 4 y 5. Sus afirmaciones excluyen, por las razones que allí se apuntan, a los reclusos insertos en una huelga de hambre penitenciaria.

an si se colaborara, incluso como mero cómplice, o se causara la muerte de quien no quiere morir.

Finalmente, el número 4 del art. 143 vuelve a rebajar notablemente las penas precedentes si conductas activas de homicidio consentido o de cooperación necesaria al suicidio se llevan a cabo en ciertos supuestos en que la víctima se encuentra en situaciones sanitarias muy comprometidas, y que tendremos ocasión de analizar más adelante. La referencia expresa a que el comportamiento se realice *activamente* parece apuntar a que los comportamientos omisivos no resultan punibles en esos supuestos.

En suma, el código penal parte de un reconocimiento significativo de la facultad de disponer de la propia vida: El comportamiento de quien desea quitarse la propia vida, así como el de quien le ayuda de una manera no esencial, no resultan prohibidos. Las conductas que quienes inducen a otra persona a suicidarse, le prestan una ayuda esencial en su propósito, o incluso le producen directamente la muerte a su petición o con su consentimiento, resultan castigadas con una pena sustancialmente menor a la que correspondería si tales comportamientos se hubieran realizado sin el consentimiento del suicida o de quien quiere morir. Por último, si la ayuda esencial para el suicidio o la producción directa de la muerte se produce a petición de una persona inserta en una situación sanitaria comprometida sólo se castigarán, y con una pena más reducida que en los casos punibles anteriores, los comportamientos activos, no siendo delictivos los comportamientos omisivos.

Es importante destacar que esta regulación penal tiene mayor trascendencia en cuanto que, con la salvedad de lo previsto en el art. 143.4, rige para comportamientos de disponibilidad de la propia vida en cualesquiera circunstancias, es decir, con independencia de si nos encontramos en situaciones sanitarias comprometidas⁶.

III. EL DERECHO DEL PACIENTE A RECHAZAR EL TRATAMIENTO.

1. La legislación sanitaria.

El ejercicio de la libertad de disponer de la propia vida adquiere contornos específicos cuando tiene lugar en el marco de un tratamiento médico. Ya hemos visto cómo el propio Tribunal constitucional indicó en su momento la posible ilicitud de asistencias médicas obligatorias en el marco del ejercicio de la libertad de disponer de la propia vida por el paciente⁷. Ello ha obligado a la legislación sanitaria a ocuparse detenidamente del asunto.

a) La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad establecía en su art. 10, números 5, 6, 9 y 15 lo siguiente:

“Art. 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

⁶ La interpretación precedente es compartida por la práctica totalidad de la doctrina penal. Véase por todos, con ulteriores referencias bibliográficas, Díez Ripollés. op.cit. págs. 565-569.

⁷ Véanse las referencias indicadas en nota 4.

5. *A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.*

6. *A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

a. *Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*

b. *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho responderá a sus familiares o personas a él allegadas.*

c. *Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.*

9. *A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente.*

15. *Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados”.*

El derecho a negarse al tratamiento, reconocido en el número 9 del citado art. 10, al resultar exceptuado en los casos del número 6, planteaba la duda de si ese derecho dejaba de existir siempre que amenazaran lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento en un breve plazo de tiempo, en los términos descritos en la letra c. del art. 10.6.

Frente a un sector doctrinal que defendía, en efecto, que en tales supuestos decaía el derecho a negarse al tratamiento, la mejor doctrina formulaba una interpretación más respetuosa con la libertad del paciente:

La no necesidad del consentimiento previo de éste “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”, debía entenderse en el sentido de que si, por falta de tiempo, no se hubiera podido seguir el procedimiento prescrito, es decir, no hubiera podido ser debidamente informado o no hubiera tenido tiempo para tomar una decisión o plasmarla por escrito, y tampoco se hubiera podido seguir ese procedimiento, en caso de incapacidad del paciente, con sus familiares o personas a él allegadas (art. 10.6.b), se podría intervenir sin el consentimiento del paciente ni de sus familiares o allegados. Ahora bien, tal autorización no abarcaba, desde luego, los supuestos en que el paciente, debidamente informado y decidido a tenor del art. 10.6.p.1, se había negado previamente a cualquiera de las intervenciones pretendidas⁸.

Aun cuando con esa interpretación se reconocía inequívocamente el derecho del paciente a negarse a cualquier tratamiento, las dudas suscitadas motivaron que el legislador derogara los números 5, 6 y 9 de la Ley general de Sanidad, en virtud de la

⁸ Véase una primera formulación de esa interpretación en Díez Ripollés. “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, en Cuadernos de Política criminal. 1986. págs. 616-617, y las diferentes posturas doctrinales que se fueron manifestando, en Tomás-Valiente Lanuza. “La disponibilidad de la propia vida en el derecho penal”. Centro de estudios políticos y constitucionales. 1999. págs. 494-496.

Disposición derogatoria única contenida en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, que pasamos a comentar a continuación.

b) 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, se pronuncia nítidamente sobre el derecho del paciente a negarse al tratamiento.

Los preceptos más relevantes al respecto son los siguientes:

Art. 2.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere con carácter general el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. ...

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado ... al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

Art. 9.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. ...

b) 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.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) 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. ...

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. ...

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. ... Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. ...

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Art. 21.

1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al

alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. ...”

La regulación precedente muestra una decidida opción de nuestro ordenamiento jurídico a favor de insertar la actividad médica asistencial dentro del respeto de los principios del consentimiento informado y libre del paciente. En consecuencia, establece contundentemente el derecho de éste a negarse a cualquier tratamiento. Aspectos de la regulación que merecen destacarse son:

El derecho a negarse al tratamiento solo resulta exceptuado cuando exista riesgo para la salud pública. En los casos en que la integridad física o psíquica del paciente corre un riesgo inmediato grave el consentimiento del paciente al tratamiento sigue siendo necesario; en el caso de que no se pueda obtener es preciso averiguar cuál sería su voluntad consultando a sus familiares o personas a él vinculadas de algún modo. Cabe concluir que sólo cuando esto último resulte imposible puede el facultativo proceder según su exclusivo criterio, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Ello vale igualmente para las situaciones sanitarias en las que esté en riesgo la vida del paciente, para las que no se establece ninguna salvedad. Es más, la regulación en el art. 11 de las instrucciones previas constituye una previsión primordialmente destinada a resolver los problemas de consentimiento en buena parte de estas últimas situaciones⁹.

El reconocimiento del derecho a negarse al tratamiento se extiende también a los menores de edad, siempre que hayan cumplido 16 años o estén emancipados con una edad inferior -14 años-, si bien en casos de grave riesgo los padres serán informados y su opinión tenida en cuenta.

Si el paciente no está en condiciones de prestar el consentimiento, deberán prestar el consentimiento al tratamiento sus representantes. Incluso en ese caso el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de la decisión.

La negativa a recibir el tratamiento prescrito no implica necesariamente el alta forzosa. En especial esta no procederá si existe un tratamiento alternativo, aunque solo sea de carácter paliativo.

c) La Ley 2/1998 de 15 de junio, de Salud de Andalucía, contiene igualmente previsiones detenidas sobre el derecho del paciente a negarse al tratamiento. Su actual contenido es fruto de la modificación que de ellas tuvo lugar por la ley andaluza 5/2003 de Declaración de voluntad vital anticipada. Recogemos a continuación los más importantes:

“Art. 6.

1. Los ciudadanos, al amparo de esta ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos:

h) A que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

⁹ Véase infra lo que diremos sobre las instrucciones previas.

ñ) *A que se respete su libre decisión sobre la atención sanitaria que se le dispense. A tal efecto será preciso el previo consentimiento escrito del paciente, libremente revocable, para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos:*

1. *Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
2. *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada.*
3. *Cuando no estando capacitado para tomar decisiones y no haya emitido declaración de voluntad vital anticipada, el derecho corresponderá a sus familiares, representantes legales o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial.*
4. *Cuando exista peligro inminente de lesión grave irreversible o de fallecimiento que exija una actuación urgente, salvo que la declaración de voluntad vital anticipada disponga otra cosa.*

p) *A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el epígrafe ñ) 1º de este artículo y previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8, apartado 6, de esta ley.*

5. *Sin perjuicio de la libertad de empresa y respetando el régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en el apartado 1, epígrafes ... h), ... ñ), ...del presente artículo, rigen también en los servicios sanitarios de carácter privado y son plenamente ejercitables.*

Art. 8. *Los ciudadanos, respecto de los servicios sanitarios de Andalucía, tienen los siguientes deberes individuales:*

6. *Firmar, en caso de negarse a las actuaciones sanitarias, el documento pertinente, en el que quedará expresado con claridad que el paciente ha quedado suficientemente informado y rechaza el tratamiento sugerido”.*

Ante todo, se ha de destacar que en virtud del carácter de ley básica de la Ley 41/2002 -recogido en su Disposición adicional primera que se remite al art. 149.1.1º y 16º de nuestra Constitución-, las previsiones de la Ley andaluza 2/1998, modificada en 2003, se han de considerar complementarias y de desarrollo de la ley nacional.

Como en la ley nacional, no hay más excepciones al derecho a negarse al tratamiento que las necesidades derivadas de la protección de la salud pública.

Ello rige igualmente para los supuestos en que se exija una actuación urgente por existir peligro de lesión grave irreversible o de fallecimiento: En efecto, el artículo 6.1.p no excluye estos casos de entre los amparados por el derecho a negarse al tratamiento. En coherencia con ello, el art. 6.1.ñ).4 impide la actuación en estas situaciones si se cuenta con una declaración de voluntad vital anticipada contraria; ello supone que, con más motivo, tampoco se podrá intervenir si se cuenta con la oposición directamente expresada por el paciente, o no se cuenta con su consentimiento en el caso de que lo pueda prestar¹⁰.

¹⁰ La excepción de la prestación del consentimiento, contenida en el encabezamiento del art. 6.1.ñ), debe entenderse, por lo que concierne al número 4, referida a la no necesidad de un consentimiento *escrito* en las hipótesis en las que el paciente, dentro de la urgencia del caso, pueda manifestar su voluntad.

Es más, si en esos momentos, sin duda breves, el paciente no está en condiciones de prestar el consentimiento y tampoco consta una declaración de voluntad vital anticipada contraria, habrá aún que procurar averiguar su voluntad, consultando a sus familiares, representantes o allegados si existen y pueden ser localizados a tiempo, en sintonía con lo previsto en la ley 41/2002 –art. 9.2.b.-.

Sólo cuando esto último resulte imposible puede el facultativo proceder según su exclusivo criterio, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal – art. 9.5 ley 41/2002-. Estimo que en estos casos de urgencia no es preciso solicitar a la autoridad judicial permiso para intervenir, pues, ni lo prevé la ley andaluza¹¹ ni lo preceptúa la ley nacional.

Las previsiones de la ley nacional sobre el derecho a negarse al tratamiento por parte de menores de edad se mantienen, sin ningún desarrollo o complemento adicional, a salvo lo que se dirá al hablar de la declaración de voluntad vital anticipada.

La ley andaluza regula con más detenimiento las situaciones en que el paciente no está capacitado para tomar decisiones: Así, establece con claridad que en tales casos se ha de acudir en primer lugar a lo dispuesto en la declaración de voluntad vital anticipada. Si ésta no se ha emitido, deberán decidir sus familiares, representantes legales o personas allegadas. Y, si no existen o no han sido localizados, se encomienda la decisión a la autoridad judicial, lo que constituye una novedad respecto a la legislación nacional, e impide que el personal facultativo tome la decisión por sí mismo, a salvo los casos de urgencia antes aludidos. En cualquiera de los casos en que se tome la decisión en representación del paciente incapaz habrá que respetar las exigencias del art. 9.5 de la ley 41/2002.

Las previsiones sobre alta forzosa en caso de negativa a tratamiento, contenidas en el art. 21.1 de la ley 41/2002, serán aplicables.

2. El contenido del consentimiento del paciente.

Si en el epígrafe anterior hemos prestado especial atención al reconocimiento legal del derecho del paciente a negarse al tratamiento, a las situaciones en que puede tener lugar, a las personas legitimadas para tomar esa decisión, y a las consecuencias de ella, a continuación vamos a precisar algunas cualidades que debe poseer toda manifestación de voluntad del paciente para que pueda tener efectos legales. A tales efectos, vamos a ir refiriéndonos, al hilo de la exposición, a los artículos de la ley nacional 41/2002 y autonómica 2/1998, tras su modificación en 2003, que resulten pertinentes.

Característica fundamental para la eficacia de todo consentimiento o negativa al tratamiento del paciente es que se trate de una manifestación de voluntad informada. Ello implica que el médico responsable del paciente, al igual que el resto de profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto, están obligados a garantizar el cumplimiento de su derecho a la información –art. 4.3 de ley 41/2002-. La información suministrada deberá ser toda la

¹¹ Véase lo que se dice más abajo sobre supuestos no urgentes en que el paciente no está capacitado para tomar decisiones.

disponible, verdadera, comprensible para el paciente y adecuada a sus necesidades, y útil para tomar decisiones de acuerdo a su propia y libre voluntad –art. 4.1 y 2 de ley 41/2002-. Deberá incluir la finalidad y naturaleza de la intervención, las consecuencias significativas ligadas con seguridad a ella, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables de la misma intervención, y las contraindicaciones –arts. 4.1 y 10 de ley 41/2002-.

En términos más sucintos, y sirviéndose de la fórmula contenida en la vieja redacción de la ley 14/1986 General de Sanidad, el art. 6.1.h) de la ley andaluza 2/1998 habla de que se debe dar al paciente *“en términos comprensibles... información completa y continuada ... sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”*.

Titular del derecho a la información es en principio el paciente. También lo son las personas a él vinculadas, en la medida en que el paciente lo permita expresa o tácitamente. Si el paciente es un incapaz, se le informará de acuerdo a sus posibilidades de comprensión, además de hacerlo a su representante legal. Si, a causa de su estado físico o psíquico, carece en ese momento de la capacidad de entender la información, se dará ésta a las personas a él vinculadas –art. 5 de ley 41/2002-¹².

El paciente tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informado, salvo que ello vaya en contra de exigencias terapéuticas o de intereses de terceros o de la colectividad; en cualquier caso ello no le exime de dar su consentimiento previo a una intervención –arts. 4.1, 9.1 ley 41/2002-. Asimismo, si se acredita un estado de necesidad terapéutica, los profesionales pueden no informar al paciente, aunque informarán de su decisión a las personas a él vinculadas –art. 5.4 de ley 41/2002-.

El consentimiento previo e informado del paciente, o en su caso de sus representantes, a cualquier intervención sanitaria, así como la negativa al tratamiento, deberán constar por escrito –arts. 6.1.ñ) y 8.6 de ley andaluza 2/1998 tras su modificación en 2003-. La regulación andaluza es, en este punto, más estricta que la contenida en la ley nacional 41/2002, la cual prevé que el consentimiento sea por regla general verbal, salvo en intervenciones quirúrgicas, invasoras o peligrosas, así como en supuestos de negativa al tratamiento –arts. 2.4, 4.1, 8.2 y 8.3-. Estimo que debe primar la ley andaluza por ampliar las posibilidades de autonomía del paciente.

En cualquier caso, respecto a negativas al tratamiento no hay discrepancia entre ambas leyes en su exigencia por escrito.

El consentimiento del paciente a cualquier intervención es revocable en cualquier momento –arts. 8.5 de ley 41/2002 y 6.1.ñ) de ley 2/1998-, lo que debe extenderse igualmente a la negativa al tratamiento: Esta última conclusión es coherente con el hecho de que el rechazo del tratamiento, al igual que el consentimiento, no es más que una de las posibles manifestaciones de voluntad del paciente, así como con la contemplada posibilidad legal de revocar las instrucciones previas o declaraciones de voluntad vital anticipada, que con mucha frecuencia contendrán rechazos de determinados

¹² La referencia genérica del art. 6.1.h) de la ley andaluza 2/1998 al deber de informar, además de al paciente, a sus familiares o allegados, debe interpretarse en los términos de la ley nacional acabados de recoger.

tratamientos –arts. 11.4 de ley 41/2002 y 8 de ley andaluza 5/2003 de Declaración de voluntad vital anticipada¹³–.

Mientras la ley nacional 41/2002 exige explícitamente que la revocación del consentimiento se formule por escrito –art. 8. 5-, la ley andaluza 2/1998 no es tan clara en su art. 6.1.ñ), aunque parece también la interpretación más razonable.

Por lo que se refiere a la revocación de la negativa al tratamiento, no hay previsiones explícitas ni en la legislación nacional ni en la autonómica: Si tomamos como punto de referencia la regulación de las instrucciones previas o declaraciones de voluntad vital anticipadas, en cuanto que en ellas será frecuente que se contengan rechazos a determinados tratamientos, observamos que en la ley nacional 41/2002 las instrucciones previas deberán revocarse por escrito –art. 11.4-, mientras que la ley andaluza 5/2003 no exige en su art. 8.2 que la manifestación de voluntad que contrarie, exceptúe o matice las instrucciones de la declaración de voluntad vital anticipada se formule por escrito. En mi opinión debe primar la ley andaluza en la medida en que amplía las posibilidades de autonomía del paciente.

3. Las voluntades anticipadas.

La manifestación por anticipado de la voluntad del paciente, referida a situaciones clínicas que se pueden plantear en momentos en que el afectado no está en condiciones para adoptar decisiones, constituye un instrumento especialmente útil para orientar las decisiones médicas. Se configura como especialmente relevante para situaciones vitalmente comprometidas en que el paciente no desea que se implementen determinados tratamientos sobre su persona.

Disponemos de una regulación nacional y otra andaluza sobre tales voluntades anticipadas, la primera está contenida en el art. 11 de la ley 41/2002, referida a las denominadas “instrucciones previas”, mientras que la segunda es objeto de la ley 5/2003, alusiva a la “declaración de voluntad vital anticipada”, y desarrollada en ciertos extremos por el Decreto 238/2004 de 18 de mayo, que regula el Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía. Veamos sus rasgos fundamentales.

Se trata de una manifestación de voluntad en cuya virtud una persona ejercita el derecho a decidir sobre actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, siempre que se encuentre en circunstancias en que no pueda expresar personalmente su voluntad. Mediante esa declaración instruye sobre las cualidades que todo tratamiento o cuidado de su salud deberá poseer, de forma que el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria ajuste o limite su intervención a tales exigencias –arts. 11.1 ley 41/2002, y 1 a 3 de ley 5/2003–.

Son personas competentes para formular tal manifestación de voluntad, según la regulación andaluza, los mayores de edad y los menores de edad emancipados; también se incluyen a los incapacitados judicialmente, siempre que la declaración judicial de incapacitación no lo excluya de antemano o tras instancia de la fiscalía una vez advertida por el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria. En este punto la

¹³ Véase su comentario más adelante.

regulación andaluza, más respetuosa con la autonomía del paciente, se ha de entender preferente a la regulación nacional, la cual sólo reconoce a los mayores de edad la competencia para dictar instrucciones previas –art. 4 de ley 5/2003 y 11.1 de ley 41/2002-.

Se reconoce igualmente el derecho a nombrar a un representante, mayor de edad y capaz, para que sea quien preste el consentimiento informado en tales circunstancias, de acuerdo, en su caso, a las instrucciones previamente manifestadas –arts. 3.2 5.2 de ley 5/2003, y 11.1 inciso final de ley 41/2002-.

La declaración de voluntad vital anticipada, una vez cumplidas la formalidades legales, será eficaz cuando sobrevengan o se mantengan las situaciones en ella previstas, siempre que sus previsiones no sean contrarias al ordenamiento jurídico ni a la *lex artis* –art. 11. 3 ley 41/2002-. A tales efectos prevalecerán sobre la opinión e indicaciones de familiares, allegados, representante designado y profesionales que participen en su atención sanitaria –art. 7 ley 5/2003-.

Para que la declaración tenga efectos ha de manifestarse por persona competente¹⁴, de modo consciente y libre, por escrito, y la declaración ha de figurar inscrita, por lo que se refiere a Andalucía, en el Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía. Esto último tiene lugar un mes después de la solicitud de inscripción, una vez que el encargado del registro ha comprobado la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos –arts. 11.2 y 4 de ley 41/2002, 5 a 7 de ley 5/2003, 5 y 6 de Decreto 238/2004-.

La declaración vital anticipada podrá ser revocada, sustituida por otra, o modificada en cualquier momento, para lo que se habrá de seguir el mismo procedimiento que para su otorgamiento. En todo caso, la solicitud de inscripción en el Registro de la nueva declaración de voluntad vital anticipada o de su modificación conlleva la suspensión de los efectos de la declaración que se pretende sustituir o de los extremos de la original que se pretenden modificar, hasta que se resuelva sobre la nueva inscripción.

Sin perjuicio de lo anterior, todo consentimiento informado válidamente prestado por el paciente para la situación sanitaria o tratamiento en curso en que se encuentre, prevalecerá frente a la declaración de voluntad vital anticipada que haya podido otorgar con anterioridad y preexista, incluso si a lo largo de ese proceso sanitario en curso quede en situación de no poder expresar su voluntad –arts. 11.4 ley 41/2002, 8.1 y 2 ley 5/2003, 7 decreto 238/2004-.

Se aprecia, por consiguiente, flexibilidad en las condiciones de la revocación, que no debe esperar a la modificación en el Registro para que se suspendan las instrucciones previamente dadas, y que incluso entra en acción inmediatamente respecto a un determinado tratamiento si el paciente consiente a él en los términos más arriba fijados para la prestación de un consentimiento informado¹⁵.

¹⁴ Véase lo dicho más arriba.

¹⁵ Véase apartado 2 precedente.

IV. DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL PERSONAL SANITARIOS.

1. La Constitución española.

Nuestra Constitución, en la sección primera del capítulo II del título I, contiene un catálogo de derechos fundamentales y libertades públicas, que son de obligado respeto por todos, también por los poderes públicos. Ello hace que el primer deber de la Administración sanitaria y de los profesionales sanitarios en sus actuaciones sea el de respetar los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. Entre esos derechos fundamentales que tienen obligación de respetar en todo momento merecen destacarse a nuestros efectos los siguientes:

El derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes –art. 15.1-, el derecho a la libertad ideológica y religiosa –art. 16.1-, el derecho a la libertad y a la seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad salvo de acuerdo a lo previsto en la Constitución y las leyes –art. 17-, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –art. 18.1.

Además, el Capítulo III del título I de nuestra Constitución contiene los principios rectores de la política social y económica a los que deben ajustar su actuación los poderes públicos. Dentro de ellos, el art. 43, establece que: “*Se reconoce el derecho a la protección de la salud*”, lo que implica el correlativo deber de los poderes públicos de garantizar ese derecho.

2. El código penal.

El código penal contiene varias previsiones que son de especial interés para la práctica de la actividad sanitaria en el ámbito que ahora nos ocupa, en la medida en que establecen deberes de intervención para evitar la producción de ciertos males a la vida o la integridad de las personas:

El art. 195.1 del código penal –omisión del deber de socorro- establece lo siguiente: “*El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses*”.

El art. 196 –omisión del deber de asistencia sanitaria- dice: “*El 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, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años*”.

También conviene mencionar que, en virtud del art. 11 del código penal, se equiparan en determinadas condiciones los comportamientos omisivos a los comportamientos activos a la hora de calificar la conducta como delito: “*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga*

según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la acción a la omisión: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. B) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

Este último precepto nos interesa especialmente respecto al delito de homicidio del art. 138: *“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de 10 a 15 años”,* y los delitos de homicidio consentido y cooperación necesaria al suicidio del art. 143. 2 y 3⁶, en la medida en que pueden ser realizados por omisión si, entre otras exigencias, el profesional sanitario encargado del paciente omite un determinado tratamiento, dando lugar con ello a la muerte del enfermo.

3. La legislación sanitaria.

a). La Ley 16/1986 General de sanidad dice en su art. 1 que pretende *“hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución”.*

A tales efectos señala en su art. 3.1 que *“los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades”.*

Y su art. 6 establece: *“Las actuaciones de las Administraciones públicas sanitarias estarán orientadas: 1. A la promoción de la salud. ... 4. A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud”.*

b) La Ley 2/1998 de Salud de Andalucía establece en su art. 1. 1 que pretende *“hacer efectivo el derecho a la protección de la salud previsto en la Constitución española”.*

En su art. 2.3 dice que: *“Las actuaciones sobre protección de la salud, ... ,se inspirarán en los siguientes principios: 3. Concepción integral de la salud, incluyendo actuaciones de promoción, educación sanitaria, prevención, asistencia y rehabilitación”.*

El art. 18 establece como actuaciones a desarrollar por la Administración sanitaria pública andaluza relacionadas con la asistencia sanitaria: *“1. La atención integral de la salud, garantizando la continuidad de la asistencia, que incluye las actividades de promoción de la salud, ..., acciones curativas y rehabilitadoras, ... , así como las actuaciones sanitarias que sean necesarias como apoyo en los dispositivos públicos de atención sociosanitaria. ... 4. El control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles”.*

El art. 25 de la ley, por otro lado, califica como infracción sanitaria grave: *“a) Dificultar o impedir el disfrute de cualquiera de los derechos reconocidos en el título II de la presente ley a los ciudadanos, respecto a los servicios sanitarios públicos o privados”.*

c) El art. 2.6 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente prescribe lo siguiente: *“6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial*

¹⁶ Véase su tenor literal más arriba, en el apartado sobre El derecho a disponer de la propia vida.

está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

Como se puede apreciar, las leyes de sanidad española y andaluza se ven a sí mismas como instrumentos de desarrollo del art. 43 de la Constitución y, en consecuencia, aspiran a cumplir el deber de protección de la salud de los ciudadanos en su ámbito de competencia. Elaboradas en un momento en el que todavía no había calado suficientemente la idea de la autonomía del paciente, no recogen aún con la suficiente claridad los límites a la intervención médica derivados del consentimiento del paciente. En todo caso, las referencias de la ley nacional a la garantía de la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud –art. 6.4 de la ley 16/1986-, y la concepción integral de la salud a la que aspira la ley andaluza, con el compromiso de la continuidad de la asistencia –arts. 2.3 y 18.1 de la ley 27/1998-, constituyen bases firmes para el posterior desarrollo de las normas que se van a encargar de velar por esa autonomía.

En efecto, las leyes encargadas de reconocer explícitamente la autonomía del paciente han conformado las bases legales del deber de respeto de su voluntad por parte de la administración y los profesionales sanitarios. Es especialmente contundente, al respecto, el art. 2.6 de la ley 41/2002, que por ese motivo lo he recogido en este pasaje, pero no se puede olvidar la mayoría de las previsiones de esa misma ley, los arts. 6.1.ñ y p de la ley andaluza 2/1998 tras la reforma de 2003, y la ley andaluza 5/2003, todos ellos ya estudiados.

Además, se ha de destacar la trascendencia que ha pasado a tener el contenido del artículo 25.a) de la ley andaluza 2/1998, a la luz de las relevantes modificaciones que han tenido lugar en los derechos de los pacientes tras la modificación del art. 6.1.ñ de la misma norma por la ley 5/2003.

V. SITUACIONES CLÍNICAS CRÍTICAS EN EL TRÁNSITO DE LA VIDA A LA MUERTE.

Una vez analizados los soportes legales que nos van a permitir resolver las cuestiones objeto de este dictamen, me voy a ocupar en este apartado de hacer una descripción sucinta de las diversas situaciones clínicas problemáticas que se nos pueden presentar, vistas desde la perspectiva de lo jurídicamente relevante¹⁷.

1. Enfermedad terminal:

Situación en la que una persona, como consecuencia de una lesión o enfermedad, padece, según los actuales conocimientos médicos, una afección incurable y que le ha

¹⁷ Las descripciones que siguen son compartidas en mayor o menor medida por la literatura jurídica. Véanse por ejemplo, Grupo de estudios de Política criminal. “Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida”. 1993. Tirant lo blanch distribuidor; Díez Ripollés-Gracia Martín coords. “Comentarios al código penal. Parte especial.I”. Tirant. 1997. Págs. 226 y ss., con ulteriores referencias bibliográficas. Asimismo, Giménez-Salinas/Díez Ripollés/Gómez Batiste/Mata Barranco/Moya Hurtado/Quintana Trias. “Documento sobre situaciones al final de la vida”. Ministerio de Sanidad y consumo-Consejo general del poder judicial. 1999. págs.

hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte.

En tales condiciones, la aplicación de cualesquiera tratamientos médicos o quirúrgicos, con inclusión de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva, se limita, por medio del mantenimiento, reactivación o sustitución de las funciones vitales, a prolongar el proceso natural de muerte, posponiendo, en ocasiones de manera apreciable, el momento de ésta.

2. Estado vegetativo persistente:

La persona, según los actuales conocimientos médicos, ha perdido de modo irreversible la conciencia, y con ella la capacidad de percepción y comunicación con el entorno.

La medicina no puede revertir tal situación, limitándose a mantenerle mediante procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva las funciones vitales esenciales.

3. Enfermedad de muerte avanzada:

La persona, según los actuales conocimientos médicos, padece una afección incurable que le conducirá con seguridad o gran probabilidad a la muerte en un plazo de tiempo no lejano y relativamente determinado.

4. Minusvalía grave crónica:

La persona se encuentra incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma, debido a una afección incurable y permanente, sin que, dados los actuales conocimientos médicos, haya posibilidades fundadas de curación y sí seguridad o gran probabilidad de que vaya a persistir durante el resto de la existencia de esa persona. En ocasiones puede suponer una dependencia absoluta de los procedimientos o aparatos propios de la medicina intensiva.

Especial relevancia tienen los casos en que la persona se encuentra imposibilitada físicamente de causarse a sí misma la muerte.

VI. ACTUACIONES SANTARIAS SUSCEPTIBLES DE PLANTEARSE EN LAS SITUACIONES PRECEDENTES.

A la hora de valorar jurídicamente determinadas intervenciones sanitarias en el marco de las situaciones problemáticas acabadas de aludir, son variables especialmente importantes las siguientes:

1. Por lo que se refiere a los efectos del comportamiento:

La intervención sanitaria puede dar lugar a:

4-5.

- a) No aplazar el momento de la muerte, mediante la renuncia a la prolongación artificial de la vida.
- b) Anticipar el momento de la muerte, como efecto secundario de una intervención con objetivo paliativo.
- c) Provocar directamente la muerte, con el objetivo de superar la situación clínica desfavorable existente.

2. Por lo que se refiere a la naturaleza de los medios empleados:

La intervención sanitaria puede consistir en:

- a) Omitir un tratamiento vital.
- b) Interrumpir un tratamiento vital.
- c) Aplicar un tratamiento paliativo.
- d) Administrar sustancias o aplicar procedimientos letales.

3. Por lo que se refiere a la voluntad del paciente:

La intervención sanitaria se puede llevar a cabo:

- a) Con la oposición del paciente o sus representantes.
- b) Sin consentimiento del paciente o sus representantes.
- c) Con el consentimiento del paciente o sus representantes.
- d) A solicitud del paciente o sus representantes.

VII. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y EL DEBER DE ASISTENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

1. Situaciones de enfermedad terminal o estado vegetativo persistente.

a) *Se renuncia a aplazar el momento de la muerte, mediante la no iniciación de un tratamiento vital.*

En las situaciones clínicas que encabezan este apartado ésta será la situación problemática más frecuente. Estamos ante un comportamiento de naturaleza omisiva, pues el profesional sanitario lo que hace propiamente es abstenerse de aplicar un determinado tratamiento o intervención, renunciando así a aplazar el momento de la muerte o a prolongar artificialmente la vida.

Mientras concorra el consentimiento del paciente capaz, o la de su representante si el paciente no está capacitado para tomar decisiones¹⁸, el personal sanitario que lleve a cabo tal comportamiento no realizará conducta delictiva alguna:

Cabría en principio plantearse la concurrencia de un delito de homicidio por omisión del art. 138 –en los casos en los que el paciente, o su representante, no ha expresado su consentimiento, aunque tampoco su oposición–, un homicidio consentido por omisión del art. 143. 3 –si el paciente, o su representante, ha consentido o solicitado el

¹⁸ Véase lo dicho en los apartados sobre El derecho del paciente a negarse al tratamiento.

comportamiento del profesional sanitario-, o un delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196.

Sin embargo, la incapacidad de la medicina en estos casos para garantizar la vida, pudiendo sólo retrasar la muerte, hace que los deberes de garante de los arts. 138 y 143, o el de socorro del art. 196, decaigan.

En tales condiciones, en realidad, el deber de velar por la vida se transforma en el de asegurar una muerte digna. Ello es coherente con la protección constitucional del derecho fundamental a la vida delimitada por la prohibición de tratos inhumanos o degradantes: Si no se puede asegurar la vida, las obligaciones de no hacer y hacer vinculadas al mantenimiento de la vida se transforman en sus correlativas de asegurar una muerte digna¹⁹.

En términos técnico-jurídicos, eso quiere decir que no se da el *tipo* de los delitos de omisión aludidos, sin que sea preciso acudir, ni a otros elementos del tipo que podrían asimismo faltar, ni a posibles causas de justificación que convertirían en lícita la conducta típica²⁰. Tampoco procede aplicar la pena atenuada prevista en el art. 143.4, pues este precepto presupone la previa realización del art. 143.2 o 3, lo que no ha sucedido, como acabamos de señalar respecto a la conducta omisiva estudiada.

Si falta el consentimiento del paciente o de su representante a la no iniciación del tratamiento la conducta realizará el tipo del homicidio por omisión o alguno de los tipos de omisión de socorro señalados, y será finalmente delictiva. Y ello porque no cabe hablar de que la prolongación artificial de la vida a través del tratamiento demandado por el paciente o su representante constituya un trato inhumano o degradante, dado que el paciente o su representante la estiman digna de ser vivida²¹.

Ello no será el caso, sin embargo, si el tratamiento o intervención que se omite merece el calificativo de fútil, esto es, que no produce beneficio al paciente o lo produce muy pequeño, de forma que la intervención o tratamiento no están médicamente indicados²². En estos casos, el profesional sanitario puede omitir el tratamiento aun en contra de la voluntad del paciente o su representante.

b) *Se renuncia a aplazar el momento de la muerte mediante la interrupción de un tratamiento vital.*

Ante todo, debe destacarse que la interrupción de un tratamiento o intervención que se está aplicando suele conllevar la sucesión de acciones y omisiones, de forma que

¹⁹ Véase la argumentación desarrollada en el apartado sobre El derecho a disponer de la propia vida. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/90 y 137/90, ya citadas, en sus FJ. 9 y 7, respectivamente, consideran que es un trato inhumano o degradante todo aquel que “constituya una prolongación del sufrimiento sin lograr pese a ello evitar la muerte”.

²⁰ La conclusión de que estos supuestos no son delictivos, sea porque no se da el tipo de los delitos de omisión, sea porque la conducta es lícita por estar justificada, es asumida por la gran mayoría de la doctrina jurídico-penal, por más que no siempre se utilizan argumentaciones idénticas. Véase al respecto, con abundantes referencias bibliográficas, Díez Ripollés-Gracia Martín coords. Op.cit. págs. 236-237.

²¹ Sobre una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, véase lo que se recoge infra en el apartado d)

²² Véase una consideración de este supuesto en Giménez-Salinas/Díez Ripollés/Gómez Batiste... op.cit. pág. 9.

sólo una consideración global de todas ellas permite calificar al comportamiento como activo u omisivo.

En ese sentido, está muy extendida la idea de que la interrupción de un tratamiento ya iniciado, decidida por quienes están a cargo de la asistencia del paciente, debe ser calificada como un comportamiento omisivo. La razón reside en que el tratamiento o intervención deben considerarse como una prolongación de “las manos” –longa manu- del profesional sanitario, de forma que él está interviniendo a través de la sustancia administrada o del aparato aplicado al paciente. En consecuencia, cuando se interrumpe la administración de la sustancia o se desconecta el aparato lo que sucede es que el profesional sanitario deja de actuar sobre el paciente. Si llegamos a la conclusión de que en estos casos estamos ante un comportamiento omisivo, valen las conclusiones obtenidas en el apartado anterior.

En todo caso, existe un minoritario sector de la doctrina jurídico-penal que estima que al menos algunos de los supuestos de interrupción del tratamiento vinculados al cese en la administración de sustancias o a la desconexión de aparatos deberían calificarse como comportamientos activos. Sin necesidad de entrar ahora en excesivas matizaciones técnicas, el argumento reside en que, una vez aplazado el momento de la muerte mediante alguno de los procedimientos aludidos, cualquier intervención que revierta esa situación debe considerarse una intromisión activa en un proceso de mantenimiento de la vida en marcha, por más que sea realizada por quien ha activado el procedimiento salvador correspondiente²³.

Pues bien, aunque califiquemos estos comportamientos como acciones en lugar de omisiones, mientras concorra el consentimiento del paciente o su representante tampoco concurrirán los tipos activos de los delitos de homicidio del art. 138 o de homicidio consentido del art. 143.3. La razón reside en que, para que el resultado no aplazado de muerte se pueda imputar al profesional sanitario que ha interrumpido el tratamiento, no es suficiente con la concurrencia de una relación causal entre esa acción de interrupción y la muerte producida. Es preciso además, que el resultado derive de un comportamiento que se encuentre entre aquellos que realmente quieren prohibir los delitos de homicidio o de homicidio consentido²⁴: Y una acción que lo único que ocasiona es impedir una prolongación artificial de una vida que, bien ha entrado o está a punto de entrar en un proceso agónico, bien ha perdido toda capacidad de percepción y comunicación con el entorno, no es una acción, por las razones ya aportadas más arriba de prohibición de tratos inhumanos o degradantes, que pueda entenderse incluida dentro de los comportamientos homicidas²⁵.

Si falta el consentimiento del paciente o de su representante, se dará el tipo activo de homicidio y en consecuencia el correspondiente delito²⁶, a salvo los casos de

²³ Véase ampliamente sobre la relevancia en este tema de la teoría de los cursos salvadores propios y su interrupción, Tomás-Valiente Lanuza. op.cit. págs. 475 y ss.

²⁴ Estoy aludiendo al criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados que se conoce como el del “ámbito de protección de la norma”.

²⁵ Véanse esta y otras argumentaciones que concluyen en la impunidad de estos comportamientos activos en Díez Ripollés-Gracia Martín coords.. Op. Cit. pág. 237; Tomás-Valiente Lanuza. op. cit. págs. 475 y ss.

²⁶ Sobre una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, véase lo que se recoge infra en el apartado

interrupción de intervenciones fútiles, en el sentido más arriba expresado para los comportamientos omisivos.

c) *Se anticipa el momento de la muerte, como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo.*

El padecimiento de graves sufrimientos físicos o psíquicos por el paciente enfermo terminal o, en menor medida, por el paciente en estado vegetativo persistente puede llevar al profesional sanitario a administrar o dejar de administrar fármacos, a aplicar o dejar de aplicar tratamientos que, en ciertas ocasiones, pueden conllevar la anticipación del momento de la muerte del paciente.

Nos encontraremos con comportamientos del profesional sanitario en los que unas veces estará sólo presente o predominará el carácter activo del comportamiento, mientras que en otras será exclusivo o predominará el carácter omisivo de la conducta.

Mientras concorra el consentimiento del paciente capaz, o la de su representante si el paciente no está capacitado para tomar decisiones²⁷, el personal sanitario que lleve a cabo tal comportamiento no realizará conducta delictiva alguna:

En los términos expresados en los apartados precedentes, dada la incapacidad de la medicina en estos casos para garantizar la vida, pasa a primer plano el deber de asegurar una muerte digna, en el marco de la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes. Su debido respeto exige garantizar que el tránsito de la vida a la muerte se produzca con la menor cantidad de sufrimiento posible y deseada por el paciente o su representante.

En consecuencia, el ya aludido criterio de restricción de la imputación objetiva de resultados basado en el ámbito de protección de la norma –el cual exige que el resultado a imputar derive de un comportamiento que se encuentre entre aquellos que realmente quieren prohibir los delitos de homicidio o de homicidio consentido– impedirá que se impute el resultado de muerte a la *conducta activa* del médico, no sólo cuando aquella no se aplace sino cuando, en ese mismo contexto agónico, el objetivo de evitar sufrimientos dé lugar secundariamente a una anticipación de su aparición.

Por lo que se refiere a las conductas omisivas, estarán ausentes los deberes de actuar del profesional sanitario en el sentido antes indicado, por lo que no concurrirán los tipos de homicidio u homicidio consentido por omisión, ni el de denegación de asistencia sanitaria²⁸.

Si falta el consentimiento del paciente o de su representante a la aplicación de tratamientos paliativos que anticipan el momento de la muerte, el comportamiento activo u omisivo del profesional sanitario que, pese a ello, los lleve a cabo dará lugar, según los casos, al tipo de homicidio por acción u omisión, o al tipo de denegación de asistencia sanitaria, ya aludidos. Y ello porque no procede estimar que los graves sufrimientos físicos o psíquicos del paciente, derivados de no aplicar un tratamiento paliativo, merezcan la consideración de trato inhumano o degradante cuando el propio

d)

²⁷ Véase lo dicho en los apartados sobre El derecho del paciente a negarse al tratamiento.

²⁸ Véase, con ulteriores referencias bibliográficas, Díez Ripollés-Gracia Martín coords. op.cit. págs. 238-239.

paciente o su representante prefieren padecerlos antes que eludirlos mediante la anticipación de la muerte²⁹.

En cualquier caso, también en estos supuestos el concepto de intervención *fútil*, en el sentido más arriba señalado, permitirá al profesional sanitario omitir al menos intervenciones dolorosas o muy invasivas que no sean médicamente indicadas, aun cuando su ausencia anticipe la muerte.

d) *Se aplaza el momento de la muerte, iniciando o manteniendo un tratamiento vital.*

Si el profesional sanitario, con un comportamiento omisivo o activo, decide, mediante el inicio o el mantenimiento de un tratamiento vital, aplazar el momento de la muerte en contra de la voluntad o sin el consentimiento del paciente o su representante puede en determinadas circunstancias realizar un comportamiento delictivo:

Así, si su comportamiento se realiza en contra de la voluntad del paciente o su representante y con empleo de violencia cometerá por lo general el tipo de coacciones del art. 172, por acción o por omisión.

Si las maniobras realizadas sobre el organismo del paciente para iniciar o mantener el tratamiento vital causan ciertos menoscabos en su integridad física o psíquica, y se llevan a cabo con la oposición o simplemente sin el consentimiento del paciente o su representante, podrá concurrir el tipo de la falta de malos tratos o lesiones –art. 617.1 y 2- o en los peores casos del delito de lesiones –arts. 147 y ss.-, también por acción o por omisión. No cabe excluir igualmente el tipo contra la integridad moral del art. 173.1.

Tales conductas típicas no podrán justificarse, y en consecuencia volverse lícitas, en virtud de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7, pues no concurrirá, en las condiciones antedichas, el deber de velar por la prolongación de la vida del paciente y sí, por añadidura, el deber constitucional de velar por una muerte digna así como el de respetar la negativa del paciente al tratamiento cumplidos los requisitos legales.

Por otro lado, si no concurren responsabilidades penales, pudieran concurrir responsabilidades en el orden administrativo sancionador. Así, como ya hemos indicado³⁰, el impedir o dificultar el disfrute de los derechos reconocidos a los ciudadanos titulares de los servicios sanitarios públicos andaluces, derechos entre los que se encuentran el de consentir a cualquier intervención sanitaria y el de negarse al tratamiento –art. 6.1 ñ) y p) de la ley 2/1998-, se califican en el art. 25.1.a) de la ley 2/1998 como infracción grave³¹.

e) *Para evitar la anticipación del momento de la muerte, no se aplica un tratamiento paliativo.*

Si el profesional sanitario, mediante un comportamiento activo u omisivo, decide no eliminar o mitigar los graves sufrimientos físicos o psíquicos del paciente enfermo

²⁹ Sobre una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, véase lo que se recoge infra en el apartado d).

³⁰ Véase el apartado sobre los deberes de la administración y el personal sanitarios.

³¹ Fuera de consideración quedan en estos momentos las responsabilidades que pudieran derivar de orden estatutario o profesional.

terminal o en estado vegetativo persistente, en contra de la voluntad o sin el consentimiento del paciente o su representante, realizará en determinadas circunstancias un comportamiento delictivo. En especial, será fácil la concurrencia de los tipos de los delitos de lesiones y de las faltas de lesiones o malos tratos, activos u omisivos, así como el tipo contra la integridad moral del art. 173.1.

Tales conductas típicas no podrán justificarse, y convertirse en consecuencia en lícitas, por los mismos motivos ya señalados en el apartado precedente. También podrá darse, en su defecto, una responsabilidad administrativa, en los términos ya señalados en el anterior apartado.

2. Situaciones de enfermedad de muerte avanzada o minusvalía grave crónica.

Estas situaciones clínicas, tal como han sido definidas más arriba, presentan una cualidad distinta respecto a las analizadas en el bloque precedente. Lo relevante a nuestros efectos es que son situaciones en las que, a diferencia de las anteriores, la medicina está capacitada para asegurar al paciente la supervivencia, y no meramente el aplazamiento de la muerte. Ello centra la discusión en si esa supervivencia se logra con unas condiciones mínimas de calidad de vida que permitan garantizar una vida digna o bien esto último está lejos de conseguirse. En este último caso, el mantenimiento a ultranza de una vida tal iría en contra de la prohibición constitucional de tratos inhumanos o degradantes.

Ahora bien, la mayor complejidad para decidir en estos casos si estamos ante unas condiciones vitales inhumanas o degradantes hace que el contenido de la voluntad de la persona afectada adquiera una virtualidad aún mayor que en las situaciones clínicas precedentes. De ahí que ninguna conducta pueda ser lícita si carece del consentimiento del paciente o su representante. Y que deba verificarse con especial cuidado el ejercicio de los derechos al consentimiento informado y a la negativa al tratamiento.

Veamos a continuación los comportamientos problemáticos del profesional sanitario más significativos en estas situaciones clínicas.

a) *Se anticipa el momento de la muerte, como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo.*

También el padecimiento de graves sufrimientos físicos o psíquicos por un paciente que se encuentra inmerso en una enfermedad mortal avanzada o atrapado por una minusvalía grave crónica puede llevar al profesional sanitario a administrar o dejar de administrar fármacos, a aplicar o dejar de aplicar tratamientos que, en ciertas ocasiones, pueden conllevar la anticipación del momento de la muerte del paciente.

De nuevo nos encontraremos con comportamientos del profesional sanitario en los que unas veces estará sólo presente o predominará el carácter activo del comportamiento, mientras que en otras será exclusivo o predominará el carácter omisivo de la conducta.

Si el profesional sanitario se abstiene de una intervención médica disponiendo del consentimiento del paciente o su representante, o ajustándose a la negativa de éstos a que se lleve a cabo dicha intervención, dando lugar a la anticipación de la muerte del

enfermo, no realizará ninguno de los tipos omisivos que venimos considerando: Aunque *en principio* podría considerarse que su conducta cumple los requisitos, según los casos, del homicidio consentido del art. 143.3 –más probablemente de la modalidad atenuada del art. 143.4, o de la denegación de asistencia sanitaria del art. 196, hay que destacar que el deber de garantizar la vida del paciente o el deber de socorrerle, que están en la base de los tipos omisivos a los que nos estamos refiriendo, no tienen virtualidad cuando se pretenden cumplir en contra de la voluntad del afectado. Y esto es justamente lo que sucedería si el profesional sanitario se empeñara en practicar la intervención que el paciente o su representante han consentido o pedido que se omita³².

Si el profesional sanitario lleva a cabo una intervención médica disponiendo del consentimiento del paciente o su representante, o acomodándose a su negativa a realizar otra intervención alternativa, dando lugar a la anticipación de la muerte del enfermo, será difícil negar la concurrencia del tipo de homicidio consentido por acción del art. 143.3, que por lo general se dará dentro de la modalidad atenuada del art. 143.4.

Con todo, este comportamiento activo del profesional sanitario podrá ser lícito, a pesar de resultar típico, en el marco de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7 del código penal, dado que el profesional sanitario en estos casos se encuentra ante un conflicto de deberes y está obligado a optar por aquel o aquellos que resulten superiores. Por un lado, está el deber de salvaguardar la vida en cualesquiera condiciones, aun en contra de la voluntad de su titular. Por otro lado, el deber de garantizar en todo momento una vida digna, es decir, libre de tratos inhumanos o degradantes –en cuya calificación juega un papel decisivo aunque no exclusivo la opinión del afectado-, así como el deber de respetar el derecho del paciente o su representante a la libre elección entre los tratamientos disponibles e incluso a negarse a cualquier tratamiento. En esa colisión de deberes parece razonable decantarse por el segundo platillo de la balanza, y considerar que la intervención activa del profesional sanitario, que ha sido solicitada o consentida expresamente por el paciente o su representante, y que ahorra al primero graves sufrimientos aun a costa de abreviar una vida que el afectado o su representante no consideran digna de vivirse en tales condiciones, debe considerarse un comportamiento justificado en el cumplimiento de los deberes superiores y, en consecuencia, lícito³³.

Conviene señalar que el hecho de que el art. 143.4 prevea el castigo de la causación de la muerte en situaciones sanitarias equivalentes a las que ahora estamos contemplando, no cierra el paso a la legitimación de la conducta activa del profesional sanitario acabada de estudiar. Pues el art. 143.4 contempla la punición, atenuada, de estas conductas en referencia a cualquier autor o sujeto activo de las mismas. Sin embargo, el dato de que quien las lleva a cabo no es una persona ajena a la administración sanitaria y actuando al margen de ella, sino un profesional sanitario que actúa dentro de una relación asistencial y que está sometido al estricto respeto de los derechos del

³² Véase al respecto lo mantenido en Díez Ripollés-Gracia Martín coords. op. cit. págs. 239-240.

³³ Véanse numerosas opiniones doctrinales que con estos u otros argumentos consideran lícitos estos comportamientos, en Díez Ripollés-Gracia Martín coords. op. cit. págs. 240-242.

paciente, hace que la conducta merezca una valoración bien distinta que permite calificar como lícita la conducta típica del art. 143.4³⁴.

Si el profesional sanitario realiza su comportamiento, activo u omisivo, encaminado a eliminar o mitigar los graves sufrimientos del paciente a costa de una anticipación del momento de su muerte, sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, o sin acomodarse a su negativa a recibir determinados tratamientos, cometerá un comportamiento delictivo³⁵.

Si su comportamiento ha sido omisivo se darán, según los casos, el tipo de homicidio por omisión o el tipo de denegación de asistencia sanitaria, ya aludidos reiteradamente. Y ello porque persistirá el deber de garantizar la vida, o socorrer, al paciente que no desea ver anticipado el momento de su muerte.

Si su comportamiento ha sido activo, porque en ningún caso su opinión puede prevalecer sobre la del paciente o su representante a la hora de decidir si la supervivencia del primero no satisface unas mínimas condiciones de calidad de vida que permitan hablar de una vida digna. Además, su voluntad tampoco prima sobre la del paciente o su representante sobre el tratamiento a recibir u omitir.

b) Para evitar la anticipación del momento de la muerte, no se aplica un tratamiento paliativo.

Si el profesional sanitario, mediante un comportamiento activo u omisivo, decide no eliminar o mitigar los graves sufrimientos físicos o psíquicos del paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o está atrapado por una minusvalía grave crónica, dada la anticipación de la muerte a que tal actuación puede dar lugar, y lo hace en contra de la voluntad o sin el consentimiento del paciente o su representante, realizará en determinadas circunstancias un comportamiento delictivo:

En especial, será fácil la concurrencia de los tipos de los delitos de lesiones y de las faltas de lesiones o malos tratos, activos u omisivos, así como el tipo contra la integridad moral del art. 173.1.

La justificación de estas conductas típicas, y su consiguiente licitud, no será posible alegando el deber de salvaguardar la vida del paciente hasta cuando sea posible³⁶, pues frente a ese deber surgen los deberes de garantizar una mínima calidad de vida, libre de tratos inhumanos o degradantes, así como el deber de respetar el derecho del paciente o su representante a la libre elección entre los tratamientos disponibles e incluso a negarse a cualquier tratamiento, en los términos ya vistos³⁷.

Cabe considerar igualmente una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, en los términos ya vistos en apartados precedentes.

³⁴ Véase una argumentación cercana en Tomás-Valiente Lanuza. op.cit. págs. 489-490.

³⁵ Sobre una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, véase lo que se recoge supra en el apartado 1.d).

³⁶ Deber que se fundaría en el castigo del homicidio consentido del art. 143.3 o 143.4.

³⁷ Véase la forma de resolver esta colisión de deberes en el apartado anterior.

c) *Se provoca directamente la muerte, mediante la administración de sustancias o la aplicación de procedimientos letales.*

En ocasiones el profesional sanitario, para superar la situación clínica desfavorable en que se encuentra el paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica, puede administrarle sustancias o aplicarle procedimientos directamente encaminados a causarle la muerte. Su actuación puede ir ciertamente orientada a eliminar o mitigar los graves sufrimientos físicos o psíquicos del paciente, lo que constituirá el caso más frecuente, pero no cabe excluir que se oriente a otros objetivos, como atender a las demandas de un paciente que, por razones distintas al sufrimiento grave padecido, no está dispuesto a esperar la muerte en condiciones sanitarias especialmente frágiles y/o al que su minusvalía le impide causarse a sí mismo la muerte.

Elemento determinante del supuesto que ahora pasamos a considerar es que el comportamiento llevado a cabo por el profesional sanitario no se inserta dentro de la relación asistencial sanitaria, ya que no tiene fines diagnósticos, terapéuticos, paliativos, rehabilitadores ni preventivos³⁸. Ello sin perjuicio de la posible bondad de las razones, ajenas en todo caso a la relación asistencial, que pueden estar detrás del comportamiento del profesional sanitario.

Una vez más, el comportamiento del profesional sanitario podrá caracterizarse según los casos predominante o exclusivamente como una conducta activa o una conducta omisiva, lo que tiene trascendencia.

Si el profesional sanitario se abstiene de administrar sustancias o procedimientos cuya ausencia va a tener un carácter letal, atendiendo a una negativa expresa, seria e inequívoca del paciente a que se lleve a cabo dicha intervención, produciéndose la muerte del enfermo, seguirá sin realizar los tipos omisivos que venimos considerando.

Ciertamente ya no estamos ante una relación asistencial sanitaria ni, por ello mismo, procede atender al derecho del paciente a prestar su consentimiento a cualquier intervención médica, a negarse al tratamiento o a nombrar un representante que tome las decisiones en su nombre.

Sin embargo, sigue siendo válida la idea de que el deber de garantizar la vida o de socorrer a una persona no tiene virtualidad cuando se pretende cumplir en contra de la voluntad del afectado capaz, lo que impide que se de un tipo de homicidio consentido por omisión, ni siquiera en su variante atenuada del art. 143.4, o el delito de denegación de asistencia sanitaria del art. 196³⁹.

Si el profesional sanitario administra sustancias o aplica procedimientos que van a tener efectos letales sobre el paciente, atendiendo a una petición expresa, seria e inequívoca de éste, produciéndose la muerte del enfermo, habrá cometido el tipo de

³⁸ Sobre los objetivos de las administraciones públicas sanitarias, veáanse arts. 3.1, 6 y 18 de Ley 14/86 general de Sanidad, y arts. 2.3 y 18 de Ley 2/1998 de Salud de Andalucía. Sobre un concepto más amplio de tratamiento médico, en todo caso no aplicable a las situaciones que estudiamos, véase Díez Ripollés-Gracia Martín coords. op. cit. págs. 356-357.

³⁹ Véase una interpretación en ese sentido en Díez Ripollés-Gracia Martín coords. pág. 243.

homicidio consentido del art. 143.3, por lo general en su modalidad atenuada del art. 143.4.

Su comportamiento típico activo no podrá, por otra parte, transformarse en lícito en virtud de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7 del código penal. Los argumentos utilizados a tal efecto cuando se trataba de comportamientos activos de anticipación de la muerte como consecuencia secundaria de aplicar un tratamiento paliativo⁴⁰, decaen en este caso en la medida en que ya no nos encontramos en el marco de una relación sanitaria asistencial y, en consecuencia, el deber de respetar el derecho del paciente o su representante a la libre elección entre los tratamientos disponibles e incluso a negarse a cualquier tratamiento ya no juega ningún papel.

La conducta será, por consiguiente, a todos los efectos, delictiva⁴¹. Podrá, en todo caso, beneficiarse de la atenuación de pena que el art. 143.4 prevé respecto a la pena normal de homicidio consentido del art. 143.3 en casos genéricos de causación de muerte a petición, siempre que concurren situaciones sanitarias en buena medida superponibles con las propias de la enfermedad de muerte avanzada o de minusvalía grave crónica.

Si el profesional sanitario administra o deja de administrar sustancias, aplica o deja de aplicar procedimientos, que van a tener consecuencias directas letales para el paciente, sin que medie consentimiento por parte del paciente capaz, cometerá el tipo del delito de homicidio del art. 138, que en determinadas circunstancias podrá transformarse en el tipo agravado de asesinato del art. 139⁴².

No habrá en principio razones para apreciar una causa de justificación que convirtiera en lícita una conducta que consiste en matar a otra persona sin su consentimiento.

3. Algunas precisiones sobre la utilización de aparatos mantenedores de constantes vitales.

Presuponiendo todas las reflexiones desarrolladas en las páginas precedentes, paso a continuación de manera sucinta a sacar las consecuencias que de ellas se derivan en relación con este problema específico.

a) La no conexión de aparatos mantenedores de constantes vitales.

La renuncia a conectar al paciente enfermo terminal o en estado vegetativo persistente a uno de estos aparatos, basada en que no tiene sentido aplazar su muerte o prolongar artificialmente su vida, o fundada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, no constituye conducta delictiva alguna.

Si esa renuncia tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo –homicidio del art. 138 o denegación de

⁴⁰ Véase lo dicho en este mismo apartado, subapartado a).

⁴¹ Véanse conclusiones similares en Díez Ripollés-Gracia Martín coords. pág. 244; Tomás-Valiente Lanuza. Op. cit. pág. 490.

⁴² Sobre una responsabilidad administrativa, subsidiaria de la penal, véase lo que se recoge supra en el apartado 1.d).

asistencia sanitaria del art. 196-, constituyendo subsidiariamente una infracción administrativa. No procederá esta conclusión sino la del párrafo precedente, si la intervención puede calificarse de fútil.

La renuncia a conectar al paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica a uno de estos aparatos, basada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, no constituye conducta delictiva alguna.

Si esa renuncia tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo –homicidio del art. 138 o denegación de asistencia sanitaria del art. 196-, constituyendo subsidiariamente una infracción administrativa.

La renuncia a conectar al paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica a uno de estos aparatos, con el objetivo de superar la situación clínica desfavorable en que se encuentra mediante la directa causación de su muerte, llevada a cabo a petición expresa del paciente, constituye un comportamiento que queda fuera de la relación asistencial sanitaria, por lo que, con independencia de su impunidad, no es una conducta que pueda ser exigida al profesional sanitario.

Si la renuncia tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante la conducta será delictiva -homicidio del art. 138, que en determinadas circunstancias podrá transformarse en el tipo agravado de asesinato del art. 139, o denegación de asistencia sanitaria del art. 196-, sin que la conducta pueda transformarse en lícita por la concurrencia de alguna causa de justificación.

b) *La desconexión de aparatos mantenedores de constantes vitales.*

La desconexión de estos aparatos por alguno de los profesionales sanitarios encargados del paciente se puede considerar en buena medida como una conducta equivalente a la de la renuncia a conectar los citados aparatos, esto es, una conducta de naturaleza omisiva. Y ello es así en tanto en cuanto se entienda que esos profesionales están interviniendo sobre el cuerpo del paciente mientras funcione sobre él el aparato, de forma que con su desconexión lo que sucede es que el profesional deja de actuar sobre el paciente. Si se acepta esta plausible interpretación sirven en su totalidad las reflexiones recogidas en el apartado precedente.

Sólo en el caso de que se persista en la idea de que la desconexión supone un comportamiento activo valen las observaciones que siguen:

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente enfermo terminal o en estado vegetativo persistente, basada en que no tiene sentido aplazar su muerte o prolongar artificialmente su vida, o fundada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, no constituye conducta delictiva alguna.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo –homicidio del art. 138-, constituyendo

subsidiariamente una infracción administrativa. No procederá esta conclusión sino la del párrafo precedente, si la intervención puede calificarse de fútil.

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica, basada en eliminar o mitigar sus graves sufrimientos a costa de cierta anticipación de la muerte, si es llevada a cabo con el consentimiento del paciente o su representante, será una conducta que cumplirá el tipo del homicidio consentido del art. 143.4. Sin embargo, resultará finalmente lícita, esto es, no delictiva, en aplicación de la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante, el comportamiento será delictivo –homicidio del art. 138-, constituyendo subsidiariamente una infracción administrativa.

La desconexión de uno de estos aparatos del paciente que padece una enfermedad mortal avanzada o una minusvalía grave crónica, con el objetivo de superar la situación clínica desfavorable en que se encuentra mediante la directa causación de su muerte, llevada a cabo a petición expresa del paciente, constituye un comportamiento que queda fuera de la relación asistencial sanitaria, por lo que no puede ser exigida al profesional sanitario. Además, constituye una conducta delictiva -homicidio consentido del art. 143.4-, sin que pueda transformarse en lícita a través de la causa de justificación de cumplimiento de un deber.

Si la desconexión tiene lugar sin contar con el consentimiento del paciente o su representante la conducta será delictiva -homicidio del art. 138, que en determinadas circunstancias podrá transformarse en el tipo agravado de asesinato del art. 139-, sin que la conducta pueda transformarse en lícita por la concurrencia de alguna causa de justificación.

c) Aplicación a un caso concreto: La paciente Sra. Echevarría ingresada en el Hospital S. Rafael de Granada.

Con la salvedad derivada de que se opera exclusivamente con informaciones de prensa, procedo a hacer una valoración provisional de la situación planteada por la citada paciente:

La situación sanitaria que padece, sin duda, no se incluye entre los supuestos de estado vegetativo persistente. Asimismo, la estabilidad clínica que al parecer posee desde hace años habla en contra de estimar que padece una enfermedad mortal avanzada. Nos restan, por tanto, otras dos situaciones.

No parece haber obstáculos para estimar que esa persona padece una minusvalía grave crónica. Concurren todos los elementos característicos de esa situación sanitaria: Se encuentra incapacitada de manera generalizada para valerse por sí misma, debido a una afección incurable y permanente, no hay posibilidades fundadas de curación, y es seguro o muy probable que vaya a continuar así el resto de su vida. Su situación se agrava, además, porque depende absolutamente de al menos un aparato que le mantienen alguna constante vital.

Esto último obliga a plantearnos si realmente no podemos considerar que estamos ante una enferma terminal: A favor de ello habla el que padezca una afección incurable que le conduciría en un plazo breve a la muerte si no fuera por su conexión a un aparato que le mantiene una función vital esencial; este aparato, por consiguiente, dado que su situación sanitaria es irreversible, pospone el proceso natural de muerte al que en caso contrario estaría abocada de una manera casi inmediata. En contra de tal calificación está el hecho de que el citado aparato está en condiciones de mantenerle con vida, consciente y en condiciones de comunicación con el entorno, durante un periodo de tiempo indeterminado, lo que podría cuestionar la anterior afirmación de que se encuentra inmersa en el proceso natural de muerte.

A partir de cualquiera de las dos calificaciones, la cuestión que se plantea es la licitud o no de la desconexión de un respirador que tiene aplicado a su organismo:

Es indudable que se cuenta con una expresa, firme y reiterada negativa de la paciente a seguir conectada al respirador, lo que ha hecho saber al personal sanitario que la tiene a su cargo, además de a muchas otras personas y algunas instituciones; también parece que ha cumplimentado recientemente un documento de declaración de voluntad vital anticipada en ese mismo sentido, que se supone que ha sido admitido por el encargado del Registro de Voluntades vitales anticipadas de Andalucía, y que ha transcurrido o está a punto de transcurrir el periodo máximo de un mes para su inscripción y eficacia.

Parece igualmente que las razones de la negativa de la enferma a seguir conectada al respirador tienen que ver con la ínfima calidad de vida que posee, dada su incapacidad generalizada para valerse por sí misma y su dependencia absoluta del respirador, lo que le impide desarrollar casi cualquier actividad autónoma. Ello le ha llevado a la convicción de que su vida, que se ha prolongado en esas condiciones un significativo número de años, ya no merece ser vivida, por lo que su mantenimiento le produce unos sufrimientos psíquicos de mucha importancia. Sin embargo, dadas sus limitaciones, se ve privada de la posibilidad de quitarse por sí misma la vida.

Además parece que ha manifestado su voluntad de que la desconexión del respirador vaya acompañada de medidas que prevengan los padecimientos vinculados a la subsiguiente muerte por asfixia.

En esas condiciones, el profesional sanitario encargado de la Sra. Echevarría que procediera a la desconexión del respirador no llevará a cabo ninguna conducta delictiva:

Si consideramos que estamos ante una enferma con una minusvalía grave crónica, en la media en que se actúa con su consentimiento para acabar con sus graves sufrimientos psíquicos en el marco de un tratamiento paliativo que conlleva la anticipación de su muerte, y se parte de que la desconexión del respirador no es más que el cese de una intervención en curso –conducta omisiva–, la conducta no realizará ninguno de los tipos omisivos de delito que hemos ido analizando.

Si se actúa sobre una enferma con una minusvalía grave crónica, con su consentimiento, con el objetivo de acabar con sus graves sufrimientos psíquicos, y se parte de que la desconexión constituye un comportamiento activo inserto en un tratamiento

paliativo que conlleva la anticipación de la muerte, la conducta activa, que será típica, resultará legitimada por la causa de justificación de cumplimiento de un deber del art. 20.7, y será, por tanto, lícita.

Si consideramos que estamos ante una enferma terminal, y se actúa, con su consentimiento, con el objetivo de acabar con sus graves sufrimientos psíquicos o estimando que no tiene sentido aplazar el momento de su muerte, la conducta llevada a cabo, se entienda como omisiva o activa, no realizará tipo delictivo alguno.

A su vez, si la desconexión del reanimador se produce sin tomar las debidas precauciones, p.e. sedación, para evitar sufrimientos innecesarios y no deseados por la paciente, el profesional sanitario que lleve a cabo tal intervención podrá realizar los tipos activos u omisivos de los delitos o faltas de lesiones o malos tratos.

VIII. EL PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES.

Una última cuestión a aclarar es quién es la persona u órgano administrativo que es competente para tomar todo el conjunto de decisiones, en ocasiones comprometidas, que hemos estado analizando y con qué procedimiento.

1. Protagonismo de los profesionales sanitarios que asisten al paciente.

De la lectura de toda la legislación sanitaria que hemos ido estudiando emerge con claridad la idea de que la gran mayoría de las decisiones a las que hemos aludido son competencia directa del médico responsable de la asistencia del paciente, sin perjuicio de que también puedan tomarlas otros profesionales que asistan al paciente. Las autoridades administrativas del centro o establecimiento en que se lleva a práctica la asistencia tienen un papel muy limitado en ese conjunto de decisiones. Veamos las previsiones legales que avalan la conclusión precedente:

Los arts. 10.7 de la Ley 14/86 General de Sanidad, y 6.1.n de la Ley 2/1998 de Salud de Andalucía establecen que todos tienen derecho, respecto a las administraciones públicas sanitarias respectivas, *“a que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”*.

La Ley 41/2002, reguladora de la Autonomía del paciente, establece en su art. 2.6 que *“todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado ... al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”*; en su art. 4.3, que *“el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*; en su art. 5.3, que *“cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información ... la ... pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él ... “*; en su art. 10.1, que *“el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente ... ”*, añadiendo el art. 10.2 que *“el médico responsable deberá ponde-*

rar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento escrito del paciente”; en su art. 11.1, relativo a las instrucciones previas, se precisa que el representante que puede nombrar el otorgante debe servir “como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”; finalmente, el art. 21 establece que si el paciente que no acepta el tratamiento no firma el alta voluntaria, “la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa ...”, y sigue diciendo que si el paciente no acepta el alta forzosa, “la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez...”.

La Ley andaluza 5/2003 de Declaración de voluntad vital anticipada señala en su art. 3.1 que el autor podrá manifestar en su declaración de voluntad vital anticipada *“las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia sanitaria”*; el art. 4.2 prevé que *“si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad ... (para otorgar la declaración) ... pondrá los hechos en conocimiento del ministerio fiscal ...”*; el art. 7 manifiesta que *“la declaración de voluntad vital anticipada ... prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por ... los profesionales que participen en su atención sanitaria”*; el art. 9.1.p.2 prevé que reglamentariamente se dote *“de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los centros sanitarios”*; y el art. 9.2 de esta ley, de modo similar al art. 8.2 del D. 238/2004 que regula el Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía, señala que *“cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma ... los profesionales sanitarios responsables del proceso consultarán si existe en el Registro constancia del otorgamiento de voluntad vital anticipada y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella”*.

Finalmente, el mencionado D. 238/2004 recoge en su art. 9.2 regula que *“el acceso al Registro por los profesionales sanitarios responsables del proceso podrá hacer por vía telemática, o por vía telefónica, realizándose en condiciones la adecuada identificación del profesional sanitario responsable del proceso, ...”*; y en su art. 10.2 que *“la Consejería de salud proporcionará a los médicos del Sistema sanitario público de Andalucía un código personal de acceso seguro, para acceder por medios telemáticos o telefónicos al Registro”*.

Como se puede apreciar, todo personal sanitario que se ocupe de la asistencia del paciente está obligado a informarle, recabar su consentimiento, y respetar su decisión, se encuentre ésta contenida o no en instrucciones previas o en una declaración de voluntad vital anticipada.

El papel del médico responsable, como diferenciado del resto de facultativos, parece ser meramente el de coordinar la actuación del equipo sanitario interviniente. En relación con la obtención del consentimiento informado o el respeto de la voluntad del paciente, sólo parece tener la obligación específica de extremar el celo en la obtención

del consentimiento del paciente cuanto más dudosa sea la intervención, y en fundamentar el alta forzosa cuando el paciente no acepta el tratamiento.

2. La función de las autoridades sanitarias.

Por lo que se refiere a las autoridades administrativas del centro sanitario, los preceptos anteriores han mostrado que su función se constriñe, en el tema objeto de nuestra atención, a disponer el alta forzosa del paciente que se niega al tratamiento y no la pide voluntariamente, y a asegurar en Andalucía el acceso inmediato y directo del personal sanitario responsable del proceso sanitario al Registro de voluntades vitales anticipadas.

Este limitado papel de la administración sanitaria, siendo muy revelador de donde se concentran las responsabilidades por las decisiones médicas adoptadas en todos los supuestos analizados en este informe, no debe llevarnos a ignorar otras obligaciones de la citada administración sanitaria, cuyo cumplimiento debe posibilitar la actuación de los profesionales sanitarios en el sentido arriba indicado:

Así, si nos concentramos en la administración sanitaria andaluza, además de los objetivos sanitarios generales relacionados con la atención integral de la salud –arts. 2.3 y 18.1 de Ley 2/1998- apreciamos que el art. 20 establece que serán *“objeto de evaluación, seguimiento e intervención por parte de las autoridades sanitarias en materia de asistencia sanitaria individual: ... 2. La satisfacción de los derechos reconocidos por esta ley a los ciudadanos en el ámbito de la misma. ... 6. En general toda actividad sanitaria del personal, ... respecto al cumplimiento de las normas sanitarias asistenciales”*.

Asimismo, dentro de la misma ley, el art. 34 señala que *“es función de las administraciones públicas garantizar, bajo las directrices y objetivos de la presente ley, el derecho a la protección de la salud y la asistencia sanitaria a los ciudadanos en los términos previstos en la misma”*. El art. 62 establece como competencia de la Consejería de Salud: *“2. Garantizar la ejecución de actuaciones y programas en materia de promoción y protección de la salud, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria y rehabilitación. ... 8. El ejercicio de las competencias sancionadoras y de intervención pública para la protección de la salud, establecidas en la presente ley. ... 11. La supervisión, control, inspección y evaluación de los servicios, centros y establecimientos sanitarios. 12. La coordinación general de las prestaciones, ..., así como la supervisión, inspección y evaluación de las mismas”*.

Y previsiones en el mismo sentido se contienen en relación con las competencias del Servicio andaluz de Salud en especial en el art. 65 y 68.3 de la ley 2/1998.

El conjunto de preceptos acabados de mencionar pone de manifiesto las responsabilidades de gestión de las diferentes instituciones y organismos de la Junta de Andalucía en lo concerniente al aseguramiento de una asistencia sanitaria debidamente respetuosa de los derechos del paciente, en los términos que se han ido viendo en este estudio.

En consecuencia, una actuación de pasividad o descuido por parte de esos órganos administrativos podría en determinadas circunstancias originar, no solo una responsabi-

lidad política, sino también administrativa e incluso penal de los responsables de esos órganos si su actuación imposibilitara a los profesionales sanitarios atender debidamente a la voluntad del paciente en el marco de la asistencia sanitaria.