

FACULTAD DE  
CIENCIAS  
JURÍDICAS



**TRABAJO FIN DE GRADO EN  
DERECHO**

**AUTONOMÍA DEL PACIENTE  
EN LA TOMA DE DECISIONES**

**Autor: Iván Garbayo Alvero**

**DIRECTOR  
Roger Campione**

**Pamplona  
6 de junio de 2014**



## **RESUMEN**

La autonomía del paciente es un concepto muy controvertido en el ámbito del derecho médico y ha experimentado una enorme evolución en los últimos años. El Estado comenzó propiciando una actividad paternalista que poco a poco ha desembocado en el otorgamiento de una mayor importancia a la autonomía del paciente. No obstante, existen situaciones donde la relación médico paciente queda obstaculizada por el choque entre la normativa paternalista y la voluntad del paciente, situaciones como la obstinación terapéutica, la eutanasia y los tratamientos fútiles. Con la normativa existente se debe garantizar y dar más peso a la autonomía del paciente, dejando de ser la relación médico-paciente tan directiva y pasando a ser más valorativa, una relación donde el diálogo y la continua información veraz y precisa al paciente sean el eje de la misma.

**PALABRAS CLAVE:** Paternalismo, autonomía de la voluntad, obstinación terapéutica, eutanasia, futilidad



## ÍNDICE

I.	ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....	5
II.	INTRODUCCIÓN .....	7
III.	PATERNALISMO .....	8
	1. Concepciones generales.....	8
	2. Marco normativo español .....	11
	3. Justificación del paternalismo .....	14
IV.	OBSTINACIÓN TERAPÉUTICA.....	21
	1. Eutanasia.....	23
	2. Futilidad.....	28
V.	CONCLUSIÓN .....	31
VI.	BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	32
VII.	RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA.....	33



## **I. ÍNDICE DE ABREVIATURAS**

CE	Constitución Española
LAP	Ley de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica
LO	Ley Orgánica





## II. INTRODUCCIÓN

La autonomía del paciente es un derecho, un bien jurídico, que surge de los principios constitucionales como la libertad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida y a la integridad física. Los cambios normativos experimentados en nuestro ordenamiento jurídico han intentado reforzar la autonomía del paciente y consolidar sus derechos, se ha regulado instrucciones previas que el paciente pueda haber dado y se ha insistido en una completa información del mismo a lo largo del proceso asistencial, y se ha intentado garantizar todo tipo de derechos de la relación médico-paciente

Como afirmó López Muñoz en 2012 en un congreso de medicina de familia y comunitaria<sup>1</sup>, la realidad es un poco diferente, la relación médico-paciente tiene costumbre de ser muy directiva, lo cual refleja un claro paternalismo - término del cual partiremos - que retrasa la aplicación de la autonomía en la relación asistencial.

Tras estas líneas y utilizando un método de investigación doctrinal se intenta sentar unas bases para poder contestar a preguntas como a qué nos referimos con autonomía del paciente, hasta qué punto estamos dispuestos a asumir los cambios de la relación asistencial de los últimos años, si se toma en cuenta la opinión del paciente en la toma de decisiones que le afecten o si se le ofrece una información veraz, suficiente y comprensible que les permita tomar esas decisiones.

---

<sup>1</sup> LÓPEZ MUÑOZ, A. Charla del Congreso de la Sociead Española de medicina de familia y comunitaria, junio, 2012, Bilbao.

### III. PATERNALISMO

#### 1. Concepciones generales

A la hora de introducirse en el término *paternalismo*, es preciso partir de una definición neutra del término. El paternalismo sostiene que la realización de intervenciones contra la voluntad o prohibición de un sujeto adquiere un carácter benévolo si logran evitar que este sufra un daño o evitar la concreción de un mal hipotético, no esta físico, sino psicológico o económico.

Para este ensayo, y dada la temática sobre la cual ahondaremos, nos vamos a centrar en el paternalismo en su sentido *jurídico*. En este sentido, la intervención se produce mediante normativa que emana del Estado (*e.g.* obligación de usar el cinturón, obligación de utilizar elementos de seguridad, normas penales, etc.)

La normativa que el Estado utiliza para intervenir sobre los ciudadanos, según Tomás-Valiente<sup>2</sup> puede ser clasificada en paternalista y no paternalista.

Para entender el paternalismo jurídico, podríamos configurarlo como aquella norma que tiene como objetivo conseguir un beneficio para una persona, siempre que dicha norma sea contraria a la voluntad del sujeto que se pretende beneficiar. Sería, por establecer un paralelismo vulgar, como cuando un padre dice a su hijo/a “aunque no te guste, lo hago por tu bien”. De ahí la expresión *paternalismo*, del latín *paternalis*, que significa parental.

De una manera más técnica, se pueden observar dos partes en la fórmula paternalista, una primera que podríamos determinar como la meta u objetivo – la consecución de un beneficio para una persona – y una segunda, una forma de la norma que se confiere como opuesta a la voluntad del sujeto. Esta explicación queda asimilada con la definición de paternalismo de Tomás-Valiente<sup>3</sup> y con la teoría del modo y la

---

<sup>2</sup> TOMÁS-VALIENTE, C. “Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos”, en PRESNO LINERA, M. A. (Coord) *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, M.A., 2011, pág. 53.

<sup>3</sup> *Íbidem*.

finalidad de Alemany<sup>4</sup>, así como con Garzón Valdés que lo menciona de una manera menos concreta<sup>5</sup>.

Otros se centran en otros dos requisitos: el primero sería la incompetencia del individuo para comprender la situación en la que se halla, y un segundo requisito, de carácter normativo, que consiste en la intervención para la búsqueda de beneficio esta del individuo, no de terceros. Esta postura es adoptada, por ejemplo, por Vázquez Cardozo<sup>6</sup>.

Llegados a este punto, me gustaría hacer un inciso en la teoría del modo y la finalidad de Alemany. Respecto al modo, entiende que, para distinguir una acción paternalista de una benevolente, es necesario que esta acción sea, no esta contraria a la voluntad del sujeto, sino intromisiva, interferente de su libertad, antimoral, etc. Así pues, el modo es donde difiere una acción de otra. Para realizar ese tipo de acción contraria a la voluntad del sujeto, intromisiva, antimoral, etc., es necesaria una potestad, el disponer de un poder que te habilite y permita realizarla, por ello, concibe el modo como un ejercicio de un poder de A para obtener un cierto comportamiento en B. Hasta aquí, todo bien.

Este concepto tiene una clara base en el estudio de Zimmerling. A grandes rasgos, Zimmerling distingue entre *influencia social* y *poder social*, afirmando que el poder es un modo de influenciar. Influnciar consistiría en una forma de afectar a las creencias de uno mismo, mientras que el poder consistiría en provocar en un segundo la reacción que el primero desea<sup>7</sup>.

Volviendo de nuevo a Alemany, obviamente no todo ejercicio de poder es paternalista, para que eso sea así debe cumplir con una finalidad y aquí es donde discrepo con el autor.

---

<sup>4</sup> ALEMANY GARCÍA, M. "Justificación del paternalismo" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005, pág. 268.

<sup>5</sup> GARZÓN VALDÉS, E. "Sobre el paternalismo", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pág. 156.

<sup>6</sup> VÁZQUEZ CARDOZO, R. "Retos para una agenda de discusión en México", en *Bioética y Derecho*, Departamento Académico de Derecho, Instituto tecnológico Autónomo de México, pág. 4.

<sup>7</sup> Véase: Zimmerling, R.: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, ed. Kluwer, 2005 *Apud* ALEMANY GARCÍA, M. "Justificación del paternalismo" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005, pág. 269.

Por finalidad entiende la evicción de daños en el sujeto. Para él paternalismo consistiría en “evitar daños y no en beneficiar”<sup>8</sup>. Determina que beneficiar es un término utilizado de una manera general para implicar “evitar daño” (entendido este como daño físico, psíquico o económico) y establece que su sentido específico es obtener un beneficio en una persona, como un cirujano en una operación de estética<sup>9</sup>, no como evitar daño, mencionando el ejemplo de la extirpación de un tumor. Esta teoría fue sostenida también por Garzón Valdés<sup>10</sup>. Aquí es donde debo discrepar, considero que el autor, con todo el respeto que merece, elude que, en muchos supuestos, para lo que él llama evitar un daño (un tumor, una ceguera, una enfermedad), sí que en la práctica se inflige un daño de las características que el sujeto puede preferir no padecer. Un ejemplo práctico en medicina sería tanto a nivel más básico, la recolocación de un hueso para así una recuperación del mismo (algo muy doloroso), como a un nivel mayor, la quimioterapia para curar un cáncer, cuyos efectos en el paciente son todo tipo de dolencias de alto nivel, sin obviar los daños morales que en una persona acontecen cuando se somete a este tipo de tratamiento.

Y no esta eso, sino que afirma Alemany (no con estas mismas palabras) que beneficiar se corresponde con dar al individuo algo más de lo que necesita, lo que él establece en un umbral mínimo, que correspondería con unos *intereses del bienestar o necesidades mínimas*<sup>11</sup>. Aquí hay que cuestionar, ¿qué ocurre cuando se trata de recuperar ese umbral mínimo? ¿No puede adquirir la capacidad dicha acción de beneficiar? La Real Academia Española, en su significado etimológico más sencillo, afirma que “beneficiar” denota “hacer bien”<sup>12</sup>, esta por ello, hacer un bien para que el individuo recupere ese umbral mínimo a partir del cual se configuran las necesidades básicas puede considerarse beneficio, y no evitar daño.

Esta postura además, por fortuna, encuentra su apoyo en autores como Manuel Atienza<sup>13</sup>, el cual, en su artículo *Discutamos sobre el paternalismo*, critica la teoría - idéntica a la de Alemany - de Garzón Valdés, afirmando del mismo modo que yo hago,

<sup>8</sup> ALEMANY GARCÍA, M. Ob. cit. pág. 270.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 271.

<sup>10</sup> GARZÓN VALDÉS, E. Ob. cit. pág. 156.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es) - consulta a 17/05/2014.

<sup>13</sup> ATIENZA RODRÍGUEZ, M. “Discutamos sobre el paternalismo”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pág. 203.

que “una conducta es paternalista si y esta si se realiza con el fin de obtener un bien para una persona o un grupo de personas ”

En mi opinión la doctrina de Alemany y Garzón Valdés es demasiado concisa para un término que puede abarcar tan extenso rango. Las posibilidades de acción del Estado son tan amplias que no considero adecuado el “empaquetarlas” todas dentro de la expresión *evitar daño*. Y con esto no me refiero a una actuación *perfeccionista* del Estado, a la que pueden referirse autores como Nino Santiago, que afirma que el paternalismo se orienta no esta a la satisfacción de las necesidades básicas, sino también a hacer posible los propios planes de vida que los individuos han elegido libremente<sup>14</sup>.

Por todo lo anterior expuesto, se debería entender por norma estatal paternalista, aquella que, siendo contraria a la voluntad del sujeto afectado, busca en él la obtención de un beneficio. Dicho de otro modo, el ejercicio de un poder por parte del Estado para lograr un beneficio en el sujeto<sup>15</sup>.

## 2. Marco normativo español

Según Tomás-Valiente<sup>16</sup> la evolución que ha experimentado la normativa en materia sanitaria en relación con la autonomía del paciente parte de una perspectiva de un amplio carácter paternalista para llegar a, progresivamente, otorgar un gran peso a la voluntad que el paciente exprese en relación a su caso médico. Esto ha sido de tal magnitud que, mediante una especie de “entrevista informal” a médicos de la zona media de Navarra, he determinado que se les ha instruido conforme al principio “lo que mande el paciente”. Afirman que desconocen la legislación relativa a su carrera, ya que se les ha instruido de tal manera que siempre deben acatar la voluntad del paciente.

Por supuesto, existe una variedad de derecho y jurisprudencia, la cual, en nuestro ordenamiento, se manifiesta de diversas maneras. Sin obviar la Ley 14/1986 (Ley General de Sanidad) que consagraba el respeto a la dignidad de la persona, libertad

---

<sup>14</sup> NINO SANTIAGO, C. *Ética y derechos humanos*. Ariel, Barcelona, 1989, pág. 142 Apud ALEMANY GARCÍA M. “Justificación del paternalismo” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005, pág. 271.

<sup>15</sup> Esta definición queda derivada de la lectura de Macario Alemany. Véase ALEMANY GARCÍA, M. “Justificación del paternalismo” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.

<sup>16</sup> TOMÁS-VALIENTE, C. Ob. cit. pág 52.

individual, garantizaba la protección de la salud y de la intimidad, Tomás-Valiente recoge las fuentes principales:<sup>17</sup>

- En textos internacionales suscritos por España. Sería un claro ejemplo el determinante Convenio de Oviedo<sup>18</sup>, suscrito el 4 de abril de 1997 cuya entrada en vigor en España data de 1 de enero de 2000.
- Como parte del derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la Constitución Española<sup>19</sup>, según jurisprudencia constitucional<sup>20</sup>
- En el plano de legalidad ordinaria según disposiciones administrativo-sanitarias, como la Ley de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica<sup>21</sup>

Comenzando por el Convenio de Oviedo, tras una lectura del mismo se puede observar como el papel del paciente queda protegido. Es un convenio que garantiza que las actuaciones sanitarias se produzcan siempre manteniendo como requisito esencial y básico el consentimiento del paciente, además de asentarse sobre otros principios como el bienestar, la integridad del ser humano, igual acceso, etc. No solo deja como base el consentimiento del paciente, sino que se toma muy en consideración sus deseos expresados en el historial de su pasado. Así, este convenio protege al paciente por encima de todo y a sus derechos, marcando unas pautas a la hora de realizar cualquier actividad sanitaria intromisiva (modificaciones genéticas, experimentación, extracción de órganos y tejidos, etc.)

Respecto al derecho fundamental a la integridad física, es un derecho de trascendencia internacional, ya que queda reflejado desde el Estatuto del Tribunal de

---

<sup>17</sup> *Íbidem.*

<sup>18</sup> Convenio del consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina. Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996. Firmado el día 4 de abril de 1997.

<sup>19</sup> Constitución Española, 1978. Art 15 “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>20</sup> Véase STC 120/90 de 27/06/1990 (RTC 1990/120), STC 154/2002 de 18/07/2002 (RTC 2002/154) o STC 37/2011 de 28/03/2011 (RTC 2001/37), En ellas se establece el carácter imprescindible de la adecuada información previa al paciente como presupuesto de ejercicio de tal derecho, en atención a la legislación mencionada.

<sup>21</sup> 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 .

Nuremberg de 1945<sup>22</sup>, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 5<sup>23</sup> y en los Convenios de Ginebra en su artículo 4<sup>24</sup>. Partimos de este concepto como el derecho a la no injerencia en el cuerpo humano de actos que mermen su salud o su estado psíquico, el poder mantener unas condiciones físicas y psíquicas saludables y a no recibir ningún daño físico o moral. Ahora bien, el derecho a la integridad física puede también transformarse en el derecho a tomar las decisiones que uno considere pertinentes para mantener en su condición físico-psíquica un estándar adecuado. Esto queda bien apoyado y reflejado en el libro de Rey Martínez “Eutanasia y derechos fundamentales”, cuando aborda la integridad física como compromiso de la eutanasia. Martínez sostiene que la eutanasia “forma parte del derecho a tomar decisiones sobre la propia salud, derecho que se hallaría implícito o en la penumbra del derecho fundamental a la integridad personal reconocido en el artículo 15 de la Constitución”<sup>25</sup>. A mi ver, esta teoría debiera ser entendida sin titubeos de esta manera, pero siempre existe la otra cara de la moneda, y encontramos doctrina como la de Alonso Álamo, la cual afirma que resulta paradójico el invocar a la integridad física cuando se tiene como meta u objetivo la consecución de la muerte. A su ver, la eutanasia no alcanza una dimensión física, sino más bien moral, ya que la entiende como una afrenta a la libertad del individuo o a su integridad moral<sup>26</sup>.

Turno le toca ahora a la LAP. Su existencia deriva de la enorme evolución que comentaba de la normativa sanitaria, ya que se partía de un carácter paternalista *in extremis*, al otorgamiento de un carácter *supranormativo* de la autonomía del paciente y de sus derechos. Dada la importancia de lo anterior, esto necesitaba una protección futura de cara a las relaciones clínico-asistenciales y a los avances que se producen en materia sanitaria. Hay quien afirma, que la LAP consiste en un desarrollo de la Ley General de Sanidad de 1986, como García Ortega, Cózar Murillo y Almenara Barrios, afirmando que era insuficiente la regulación que esta segunda establecía sobre

<sup>22</sup> Véase art. 6 del Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 6 de octubre de 1945.

<sup>23</sup> Artículo 5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>24</sup> Según el artículo 4.2.a del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) quedan prohibidos “a) los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”.

<sup>25</sup> REY MARTÍNEZ, F. *Eutanasia y derechos fundamentales*. Tribunal Constitucional, Centro de estudios constitucionales, 2008, págs. 119 y ss.

<sup>26</sup> ALONSO ÁLAMO, M. “Sobre eutanasia y derechos fundamentales” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008, págs. 5-6.

consentimiento, historia clínica, información, etc y añadiendo además la introducción por parte de la Ley 41/2002 de aspectos novedosos como la clasificación de las formas de limitación de incapacidad, la atribución de los médicos de la capacidad para evaluarla, la fijación de los 16 años como la mayoría de edad sanitaria, el testamento vital o la figura del médico responsable de la información<sup>27</sup>.

En lo que se refiere a los pacientes capaces en el proceso de muerte, se insistía en sus derechos a una completa información asistencial, a la toma de decisiones, al consentimiento informado, y al rechazo de una intervención (también de la ya iniciada) que deberá ser interrumpida en caso de que el paciente revoque el consentimiento inicialmente otorgado<sup>28</sup>.

Vemos así que desde la incorporación a nuestro sistema de normas como la Ley General de Sanidad primero, y el Convenio de Oviedo y la LAP después, las manifestaciones paternalistas que podrían considerarse como más restrictivas de la voluntad del paciente, quedan extinguidas, sin olvidar que todavía persisten otras muchas normas de (posiblemente) orientación paternalista que constriñen la libertad del ciudadano de modos no tan invasivos, ya que las más invasivas han quedado poco a poco, con la evolución normativa experimentada, exterminadas.

### **3. Justificación del paternalismo**

Vemos así, que el desarrollo que se ha producido en torno al paternalismo ha partido desde una intromisión total en la autonomía del sujeto hacia, progresivamente, el otorgamiento de un peso esencial de sus decisiones. Dicho esto, queda puesto en evidencia que para que una norma paternalista obtenga los frutos que pretende, debe estar plenamente justificada. La justificación del paternalismo es prioritaria en el análisis de la filosofía moral, ya que siempre ha sido concebida como dudosa o equívoca, desatante de una señal de nerviosismo e inquietud.

---

<sup>27</sup> GARCÍA ORTEGA, C. CÓZAR MURILLO, V. ALMENARA BARRIOS, J. “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002” en *Revista Española de Salud Pública*, vol 78, núm. 4, 2004, págs 469. y ss.

<sup>28</sup> LAP, art 6 “los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley.



Numerosos autores tratan de averiguar los presupuestos que debe seguir una norma para que sea considerada paternalista. Desde posturas más Dworkinianas que se centran en el consentimiento del paciente de la medida paternalista, hasta un punto opuesto donde no se centran en el consentimiento del asistido, sino en unos requisitos o *test* que la norma debe superar para ser justificada, a nivel incluso Constitucional.

Mi opinión va de una forma más paralela al establecimiento de unos *items* o requisitos que debe pasar la norma, pero no de la forma que puede hacer por ejemplo Tomás-Valiente, que adscribe la justificación a una irracionalidad del sujeto y a una proporcionalidad de la norma. Considero necesario apelar además a la incapacidad del sujeto, admitiendo que me he visto más influenciado por posturas como la de Alemany, Garzón Valdés y Ramiro Áviles, el cual ve su influencia en la doctrina derivada de autores como Husak y Thompson.

Las citas más influyentes de estos dos últimos se centran, como he dicho, en localizar una incapacidad del sujeto antes de proceder a la justificación de la norma. Así pues afirma Husak que “falta de racionalidad, prudencia, previsión, inteligencia, madurez, o alguna otra deficiencia o carencia (...) parecen necesarias antes de que el tratamiento paternalista puede ser considerado apropiado”<sup>29</sup>. Igual determina Thompson cuando afirma que “la justificación del paternalismo implica la identificación de alguna deficiencia pasible de ser descrita independientemente del fin o del bien que la persona escoge”<sup>30</sup>.

Por supuesto, la incapacidad o incompetencia, por llamarlo de otro modo, no es el único requisito. Si tal fuera el caso, cada incapacidad podría ser solventada con una medida paternalista, y quedaría esta justificada, dejando el cien por cien de las veces de lado la voluntad y autonomía del sujeto. Sería, por denominarlo vagamente, un “hiperpaternalismo masivo” asimilado a la vida más puramente irracional, donde nadie puede quedar atrás, ni los errores pueden ser permitidos, llegando a medrar todo esto en un arrumaco jurídico total. Así pues otros requisitos deben cumplirse, y aquí debe la doctrina ponerse de acuerdo, ya que conseguirían un sistema más consolidado de justificación si sus ideas confluyeran en una, que podría adquirir el siguiente esquema:

---

<sup>29</sup> D.N. HUSAK, “Paternalism and Autonomy”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 10, núm. 1, 1980, pág. 41. *Apud* RAMIRO ÁVILES, M. A. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y libertades*, núm. 15, 2006, pág. 227.

<sup>30</sup> D. THOMPSON, “Poder paternalista”, *cit.*, p. 232. *Apud* RAMIRO ÁVILES, M. A. “A vueltas con el paternalismo jurídico”, en *Derechos y libertades*, núm. 15, 2006, pág. 227.

- Primero debe apreciarse la incapacidad del sujeto sobre el cual recae la medida paternalista.
- Debe ser la medida de carácter no idóneo y necesario, sino también proporcional, es decir, debe ser *ideal* para lograr el resultado pretendido
- Dicha medida *ideal*, como he escogido denominarla, no debe ser la que pudiera ser *racionalmente* (como afirma Alemany<sup>31</sup>) aceptada por el sujeto y consentida en su aplicación, sino que además, debe ser una medida que a ojos del ciudadano, fuera considerada éticamente moral.

Voy a intentar explicar la teoría que acabo de elaborar.

Si la justificación del paternalismo queda sitiada en torno a la existencia de una incapacidad, vemos necesario el determinar cuándo se produce esta. Para abordar esta problemática, veo necesario marcar unas pautas para su resolución, y dichas pautas son las marcadas por Beauchamp y Childress, que distinguen entre la *función* que cumple la noción de capacidad, su *definición*, los *estándares* de capacidad y las *pruebas para establecerla*.

Es natural pensar que la función de la capacidad es la de determinar si un juicio emitido por una persona es aceptable o no, es decir, si merece ser respetado y su puede producir efectos frente a terceros. En cuanto a la definición, Garzón Valdés<sup>32</sup>, Gert y Culver<sup>33</sup>, afirman que en un concepto específico definen la capacidad como “la capacidad para tomar una decisión racional”. Sinceramente me parece una definición muy esquemática (y además redundante). Intentando explicar el concepto de una manera más clara, creo que debiera ser tomado como punto de partida que toda capacidad (racional en el tema que tratamos) implica una actividad cognitiva, implica pensar, deducir, evaluar y entender, pero no sólo es esto necesario, sino que para ser considerado el individuo capaz las mencionadas tareas deben desembocar en una decisión o actitud, que debe ser coherente con la práctica humana, lo cual hará que la sociedad se desenvuelva y evolucione en torno a unos principios congruentes.

---

<sup>31</sup> ALEMANY GARCÍA, M. Ob. cit. pág. 289.

<sup>32</sup> GARZÓN VALDÉS, E. “¿Es éticamente justificable el paternalismo?” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 5, 1988, pág. 165.

<sup>33</sup> Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals*, cit., p. 137 *Apud* ALEMANY GARCÍA, M. “Justificación del paternalismo” en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, 2005, pág. 292.

Siguiendo con los estándares, hay que tener en cuenta que no hay una capacidad media, o unos niveles de capacidad, ya que esta, al ser un concepto evolutivo, depende, no sólo de las circunstancias en las cuales la capacidad a demostrar puede ser mayor o menor, sino también de las condiciones individuales de cada sujeto, ya que la capacidad de un menor nunca será asimilable a la de un adulto. Por ello más que un *estándar* lo que creo que debe existir es una *adecuación* de la capacidad, es decir, el comprobar que la capacidad racional del sujeto se adecúa, se desenvuelve, en las circunstancias en las que este se encuentre.

Para esto, sí que aquí veo necesario el uso del *estándar*, pero a la vez, un uso simultáneo con la *prueba*. Se considerará que una decisión tiene la mencionada *adecuación*, cuando *ex ante* y *ex post* se determine que dicha decisión, en base a una relación de la misma con una educación, principios y preferencias, cumple con el *estándar* que cabe esperar de la sociedad. Esta será la *prueba* de la capacidad.

La idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida paternalista son a mi ver más fáciles de explicar. Una medida cumplirá tales características cuando se adecúe con el fin perseguido y sea la disposición más racional a escoger, siendo así la medida:

- Idónea: Perfecto acomplamiento entre las características de la medida o disposición y el fin que persigue.
- Necesaria: Indispensabilidad de la medida o decisión para la consecución del objetivo pretendido.
- Proporcional: La medida es la justa para solventar la situación. Los resultados que produce y el problema que solventa presentan efectos del mismo nivel.

Llegados a este punto, ya tenemos una medida paternalista que suple la incapacidad del sujeto. Pero ahora bien, dicha medida debe ser éticamente moral a ojos de la sociedad. Dicho de otro modo, su aplicación no sólo debe ser la que el sujeto *racionalmente* hubiera adoptado, sino que debe ser la que *grosso modo* la sociedad racional hubiera aceptado. Y digo esto, entendiendo y compartiendo la propuesta de Alemany y los autores en los que él se apoya, como Vázquez Cardozo o Atienza

Rodríguez<sup>34</sup>, porque considero que tratándose de una medida paternalista *estatal*, el averiguar siempre la intención que el sujeto hubiera podido sostener respecto al caso, no constituye una tarea que la ley deba realizar, sino que será el Juez el que, en caso de desacuerdo del sujeto o sus representantes o familiares con la normativa, valore si en el caso concreto es posible que la medida no pudiera quedar justificada. No me refiero con lo anterior a que la norma deba ser sencilla para que luego la desarrolle o complete el Juez, sino que debe adecuarse a los estándares racionales y cognitivos de la sociedad que pretende controlar y que serán los casos concretos los que deban intentar demostrar que en esa situación especial se merece otro tipo de protección.

Vemos así, que la norma puede quedar, pasando una serie de requisitos, justificada. No obstante, esto siempre entraña el problema de que se ve constreñida la voluntad del sujeto. En numerosas ocasiones el derecho sanitario es un claro ejemplo donde existe una diversidad de normas de carácter paternalista, las cuales limitan la autonomía del paciente.

Pero, ¿qué entendemos por la autonomía del paciente? Tal se configura como la libertad del mismo para tomar las decisiones que considere oportunas, no siendo coaccionado por los agentes sanitarios ni por la normativa, es decir, tener una libertad absoluta sobre su persona para aceptar o no, los tratamientos que le son prescritos.

Una forma de defensa de este principio, viene presidida por Platts, el cual afirma que “Debemos dejar a los agentes racionales, competentes, tomar las decisiones importantes para su propia vida según sus propios valores, deseos y preferencias, libres de coerción, manipulación o interferencias”<sup>35</sup>

Por ello, el paternalismo resulta contrario a este principio, ya que impone coercitivamente una serie de medidas para evitar que el paciente (en este caso) “se dañe a sí mismo” sin importar su opinión.

Entramos así en una de las cuestiones de bioética más problemáticas existentes a medida que la evolución de la normativa torna hacia un escape del paternalismo. Ante este cambio, numerosas leyes han aparecido en defensa de la autonomía de la voluntad del paciente.

---

<sup>34</sup>ALEMANY GARCÍA, M. Ob. cit. pág. 289.

<sup>35</sup>PLATTS, M., *Sobre usos y abusos de la moral*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1999, págs. 50-51.

En España, el artículo 2 de la LAP es el que consagra el principio del consentimiento del paciente, afirmando que toda actuación médica requiere del mismo para llevarse a cabo<sup>36</sup>. Y no sólo eso, sino que otorga al mismo la libertad de decidir la aceptación o no de un tratamiento, y de la elección de aquel en el cual estén más interesados. (artículos 3 y 4<sup>37</sup>).

También sigue la misma línea el artículo 5 del Convenio de Oviedo el cual determina que “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.”

Podríamos afirmar que en España estas fuentes son las que han conseguido marcar el principio de autonomía del paciente. Además, todos los preceptos mencionados van ligados a una correcta y completa información al paciente para que así pueda tomar las decisiones que crea oportunas.

También esto es observable en la legislación autonómica. Arcos Vieira realiza un estudio de las tres Comunidades Autónomas que entre 2010 y 2011 aprobaron leyes sobre “los derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte”: Andalucía, Navarra y Aragón. Afirma, y se extrae de la lectura de las mismas, que presentan contenidos claramente paralelos e incluso parcialmente idénticos, destacando la similitud, incluso literal, de los términos y definiciones empleadas. No obstante, acentúa que donde menos homogeneidad se aprecia es en relación al término de “personas en proceso de muerte”<sup>38</sup>. La ley 2/2010 de Andalucía define este concepto como “personas que se encuentran en situación terminal o de agonía”<sup>39</sup>. En el caso de Navarra, se define el concepto como “personas afectas de una enfermedad incurable e

---

<sup>36</sup> Ley 41/2002 de autonomía del paciente.: “2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”.

<sup>37</sup> Ley 41/2002 de autonomía del paciente: “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.”.

<sup>38</sup> ARCOS VIEIRA, M. L. “En torno a la autonomía del paciente: análisis crítico comparativo de la legislación autonómica sobre dignidad de la persona en proceso de muerte” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 233 y ss.

<sup>39</sup> Art 5.j. Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

irreversible que se encuentran en situación terminal o de agonía”<sup>40</sup>, mientras que en el caso de Aragón se concibe a las personas en proceso de morir y de la muerte como “personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de *pronóstico mortal*, que se encuentran en situación terminal o de agonía.”<sup>41</sup>

Vemos que la ley aragonesa añade el concepto de *pronóstico mortal*. ¿Significa esto que los significados adquieren sentidos distintos? Señala Arcos Vieira que será necesario averiguarlo desde el punto de vista médico. El peor de los casos sería cuando no lo hicieran, pudiendo entonces interpretarse pronóstico mortal o bien como un requisito añadido para considerar a un paciente que está “en situación terminal o de agonía” o bien como una distinción e inclusión de dos tipos de pacientes: los que están en situación terminal y de agonía y los pacientes con enfermedades graves, irreversibles y de pronóstico mortal que no estuvieran incluidos en aquellas. Ante esta situación, concluye la autora afirmando la preferencia del criterio de las leyes andaluza y navarra, ya que el criterio aragonés es un criterio confuso e incongruente<sup>42</sup>.

La ley andaluza en su artículo 7 afirma que toda intervención “requiere el previo consentimiento libre y voluntario de los pacientes, una vez que hayan recibido y valorado la información prevista en el artículo 6” Un tenor similar recoge la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte en su artículo 7, que hace referencia al artículo 49 de la Ley Foral 17/2010 de 8 de noviembre<sup>43</sup>, y la Ley aragonesa 10/2011 de 24 de marzo en su artículo 7.3<sup>44</sup>.

El problema que más comúnmente se suscita es el de la no recepción de toda la información pertinente relativa al cuadro clínico del paciente. Ahora bien, los casos más extremos donde la autonomía de la voluntad se ve anulada casi totalmente, si no en su totalidad, son los casos de obstinación terapéutica y encarnizamiento terapéutico, supuestos donde (a grandes rasgos) al paciente se le administran una serie de medidas

---

<sup>40</sup> Art 5.j. Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

<sup>41</sup> Art 5.k. Ley aragonesa 10/2011 de 24 de marzo, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte.

<sup>42</sup> ARCOS VIEIRA, M. L., Ob. cit. págs. 236 y 237.

<sup>43</sup> Art. 49 Ley Foral 17/2010. “Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre, tras haber sido previamente informada”.

<sup>44</sup> Art. 7.3 Ley aragonesa 10/2011 “(...) toda intervención en este ámbito requiere el previo consentimiento libre y voluntario del paciente”.

que lo mantienen con vida aún a sabiendas de la inexistencia de esperanzas de recuperación.

#### IV. OBSTINACIÓN TERAPÉUTICA

Obstinación terapéutica y encarnizamiento terapéutico son dos términos muy similares. Partiremos de las definiciones de ambos términos para una mejor situación en el contexto. Si hacemos referencia a obstinación terapéutica, su significado etimológico es “La decisión de mantener tratamientos ya instaurados o de iniciar nuevos tratamientos en situaciones clínicas en las que no es previsible que consigan un beneficio razonable<sup>45</sup>”. Encarnizamiento terapéutico o distanasia tienen por definición “la prolongación artificial de la vida biológica de un paciente con enfermedad irreversible o terminal por medio de la tecnología médica, siendo los medios ordinarios o proporcionados los que dan algún tipo de beneficio al paciente o extraordinarios o desproporcionados cuando el beneficio es nulo”<sup>46</sup>. Vemos que el significado es similar, no obstante, la Real Academia de Medicina de Cataluña afirma que se utiliza con mayor frecuencia el término obstinación terapéutica, no por estética, sino porque las consecuencias morales e incluso jurídicas difieren en el fondo, ya que por “encarnizamiento” se toma por referencia la intencionalidad del agente (médico) que no existe materialmente en la mayoría de los casos a los que se aplica tal definición, siendo así también como lo recoge Campione<sup>47</sup>. Esta no existencia se debe a la dificultad que plantea el acuerdo sobre cómo determinar si una terapia no tiene ninguna posibilidad de éxito, lo cual se da, como explica Lantos, ya que la expresión “futilidad” no es una expresión cuantitativa, sino de probabilidad<sup>48</sup>. Como bien se sabe la medicina no es una

<sup>45</sup> MORENO VILLARES, J. M., ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, J., WANDEN-BERGHE LOZANO, C., LOZANO FUSTER, y GRUPO DE ÉTICA DE LA SENPE en “Glosario de términos y expresiones frecuentes de Bioética en la práctica de la Nutrición Clínica” en *Nutr Hosp*, núm 5, 2010, págs. 546-547.

<sup>46</sup> TORRES ACOSTA, R. *Glosario de Bioética*. Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 2011, pág. 62.

<sup>47</sup> Real Academia de Medicina de Cataluña. Obstinación terapéutica. Documento aprobado en sesión plenaria. 28 de junio de 2005. Ara Callizo, J.R. “Encarnizamiento terapéutico”. en Casabona Romeo, C.M. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, Comares, Granada, 2011 *Apud* CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 274.

<sup>48</sup> LANTOS, J. D. *et al.*, “The Illusion of Futility in Clinical Practice”, en *The American Journal of Medicine*, 87, 1989, p. 82 *Apud* CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 274.

ciencia exacta, lo que imposibilita el conocimiento certero de los resultados que los tratamientos pueden tener.

En el plano médico las definiciones de las actuaciones tienen una relevancia decisiva, ya que por ejemplo, si tomamos la nutrición, hidratación artificial, administración de suero (procesos y actuaciones que pueden ser entendidos como cuidados básicos y esenciales) como tratamiento médico, las consecuencias jurídicas, médicas y éticas cambiarían implicando unas decisiones totalmente distintas en relación al caso.

Emana de esta afirmación una doble doctrina. Una parte, que no apoyo, considera la nutrición e hidratación artificial no como tratamiento médico, sino como sustento básico del paciente. Es lo mantenido por ejemplo en 2004 por el Papa Juan Pablo II en el discurso dirigido a los participantes en el Congreso internacional “Los tratamientos de soporte vital y el estado vegetativo” al cual remiten autores como Campione<sup>49</sup> y Prat<sup>50</sup>, donde afirmó que “la administración de agua y alimento, aunque se lleve a cabo por vías artificiales, representa siempre un medio natural de conservación de la vida, no un acto médico. Por tanto, su uso se debe considerar, en principio, ordinario y proporcionado, y como tal moralmente obligatorio...”

Otra corriente doctrinal, como Martínez Hortelano, Azulay Tapiero, Castillo Blasco, afirma que la nutrición e hidratación artificial son tratamientos médicos<sup>51</sup>, lo que los hace susceptibles de ser interrumpidos o no iniciados. La argumentación de lo dicho es muy sencilla: deben ser consideradas la nutrición e hidratación artificial como tratamientos médicos ya que, primeramente, la persona que los administra debe ser un profesional de la medicina, bien médico o enfermero, que precisa de unos conocimientos específicos para ello; segundamente, la sustancia administrada es, me atrevería a afirmar, farmacológica, no son productos que el ciudadano de a pie pueda encontrar y disponer, por lo que adquieren así el carácter de tratamiento médico; y finalmente, su administración implica numerosos riesgos a los que aluden los autores

---

<sup>49</sup> CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 274.

<sup>50</sup> PRAT DE LA RIBA, E. H. “I Jornada de Actualización en Bioética”, Universidad de Navarra, 2009, pág. 6.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ HORTELANO, J. E., AZULAY TAPIERO, A., CASTILLO BLASCO, M. “Decisiones ético-clínicas sobre la alimentación e hidratación artificial mediante sonda en la enfermedad terminal” en *Nutrición Hospitalaria*, núm. 17, 2002, pág 279.



anteriormente mencionados, como broncoaspiración, perforación gástrica... Por ello, al configurarse como tratamiento y conforme a la legislación anteriormente mostrada, tiene el paciente el derecho a su rechazo o no.

## **1. Eutanasia**

Vemos que el problema principal que se ve en la penumbra de la nutrición e hidratación artificial es la eutanasia. La podríamos definir como una acción u omisión, en relación a un sujeto que padece una enfermedad terminal que le produce graves dolores y padencias, encaminada a producir su muerte. El derecho a morir dignamente es probablemente aquel que presenta más problemática, ya que el terminar con la vida de otro está penalmente prohibido, siendo nuestra LO 10/1995 la que en su artículo 143.4 determina que “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, 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”.

Existen dos tipos de eutanasia: la activa y la pasiva. La activa señala los actos médicos que son orientados de manera explícita a poner fin a la vida del paciente que posee una enfermedad terminal. Puede adoptar dos formas: la directa – ayudar a poner fin a la vida del enfermo – y la indirecta – cuando no se tiene como intención acabar con la vida del paciente, sino paliar su sufrimiento. Respecto de la pasiva, se da cuando se interrumpen los medios que mantienen con vida al paciente terminal. Vemos así que se podría decir de una manera más directa que la eutanasia activa consiste en “matar” y la pasiva en “permitir morir”, lo cual aporta denotaciones éticomorales muy diversas. La primera es moralmente no aceptada (o menos aceptada) por la sociedad, mientras que la segunda sí. Además también existe un concepto en la misma esfera, el suicidio asistido, consistente en una voluntad del paciente en morir, pero es el médico el que le proporciona los medios para conseguirlo. Su papel, además de proporcionar los medios para morir, consiste también en que la muerte deseada por el paciente ocurra de manera cierta y sin dolor ni sufrimiento.

Todo esto configura el derecho a morir dignamente como moralmente controvertido y además en contra de una legislación establecida como “antieutanásica”. Todo esto se intenta siempre esclarecer por la doctrina, jurisprudencia, etc que estudiaremos, e incluso por asociaciones como la DMD (Derecho a Morir Dignamente), asociación sin ánimo de lucro registrada en el Ministerio del Interior, para la cual “la disponibilidad de la propia vida, la facultad para decidir sobre el propio devenir y su finalización sin sujetarse a opiniones o directrices ajenas a su voluntad es un bien innegociable reconocido como un valor supremo en la Constitución, comprendido por tanto dentro del marco de las libertades y derechos democráticos”<sup>52</sup>

Parece lógico comenzar mostrando el marco normativo vigente en torno a la eutanasia. Para saber qué carácter merece en nuestro Estado, partiremos de un análisis constitucional.

El primer artículo que debemos tener en cuenta será el artículo 15 de la Constitución de 1978:

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

Queda consagrado así el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Ahora bien, ¿en qué sentido debemos entenderlo? El derecho a la vida se configura en una doble vertiente: en una versión de *hacer*, esto es, procurar el mantenimiento de la vida y su protección; y en un *no hacer*, no llevar a cabo acciones que menoscaben la vida del ser humano. Todo esto da pie a afirmar que configura la Constitución un derecho a *vivir*, no recoge en absoluto un derecho a *morir*, apoyado este argumento en concepciones como la de Rey Martínez<sup>53</sup> y la de Díez Ripollés<sup>54</sup>.

Pero no sólo es el artículo 15 aquel sobre el cual configuraremos este derecho a rescindir la vida, sino que existen otros extraídos de otros artículos de la Constitución que entran ahora en controversia con el mismo, como el artículo 1.1 que otorga el

---

<sup>52</sup> [http://www.eutanasia.ws/quienes\\_somos.html](http://www.eutanasia.ws/quienes_somos.html).

<sup>53</sup> REY MARTÍNEZ, F., Ob. cit pág. 81.

<sup>54</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “Eutanasia y derecho”. en *Cuaderno del Instituto básico de criminología*, San Sebastián, 1995, pág. 120.

derecho a la libertad, o el 10.1 que afirma el derecho al desarrollo de la personalidad. ¿En qué punto nos deja esto? Considero que aquí la Constitución da pie a una interpretación clara en cuanto a la Eutanasia: si consagra el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, es obvio que encajaría un supuesto de rechazo de un tratamiento médico que pueda mantenernos con vida. Por ello, del tenor constitucional se extrae un doble fundamento: por una parte queda arraigada a la Constitución la eutanasia pasiva y la activa indirecta, pero en contra, no se permite la eutanasia activa directa, ya que además está castigado penalmente.

La legislación autonómica que comentamos anteriormente (Andalucía, Navarra y Aragón) no contempla la regulación de la eutanasia, algo que aclaran en sus preámbulos. Arcos Vieira teoriza de manera similar al doble fundamento extraído de la Constitución: afirma que ni la sedación paliativa ni la limitación de las medidas de soporte vital son legalmente consideradas en ninguna de las leyes como eutanásicas, ni tampoco lo será un rechazo por parte del paciente a un tratamiento, lo cual es un respeto a la autonomía personal en todo su esplendor<sup>55</sup>, demostrado además en el caso de Inmaculada Echevarría, paciente con distrofia muscular progresiva y dependiente de un sistema de ventilación mecánica instaurado sin su previo consentimiento, cuya retirada solicitó y fue aprobada por el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía<sup>56</sup>.

Este mismo tenor se puede extraer en derecho internacional, como es el caso de Argentina, donde existe una ley, la Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente, modificada por la que se ha dado a llamar “Ley de Muerte Digna” (Ley 26.742), que establece de una manera directa que el paciente puede rechazar los tratamientos médicos desproporcionados o extraordinarios con o sin causa, y además recoge los supuestos de enfermedades irreversibles o terminales, donde el paciente puede manifestar su voluntad de rechazar los tratamientos quirúrgicos, medidas de soporte vital o de reanimación en los casos en los que no se prevea una mejora o recuperación. Para este rechazo, recogen la importancia del consentimiento informado, que también puede ser previo, como el caso de enfermos terminales o vegetativos. En estos últimos casos, ya que no es posible determinar la voluntad de un paciente en estado vegetativo, dispone la norma argentina

<sup>55</sup> ARCOS VIEIRA, M. L., Ob. cit. págs. 228 y ss.

<sup>56</sup> Dictamen 90/2007, de 27 de febrero *Apud* ARCOS VIEIRA, M. L. “En torno a la autonomía del paciente: análisis crítico comparativo de la legislación autonómica sobre dignidad de la persona en proceso de muerte” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 230.

que será el Juez el que deba reconstruir la voluntad del sujeto, lo cual es idéntico a lo afirmado por el Juez de la *Cassazione* en el emblemático caso Englaro<sup>57</sup>.

Este último supuesto mencionado se puede configurar como uno de los casos donde más lucha contra los Tribunales ha habido. Por un accidente de coche Eluana Englaro acabó en un estado vegetativo permanente, y fue su padre Beppino el que llevó la ardua tarea de intentar conseguir el derecho a retirar la sonda que la mantenía con vida.

Campione elabora un razonamiento sobre la casuística en torno a la disposición del derecho a la vida y a si un tutor tiene la facultad de representar el consentimiento de un sujeto que no tiene autonomía, a la vez que se intenta determinar si la nutrición e hidratación artificial constituyen un tratamiento médico, lo cual encuentra en el Decreto del Ministro de Sanidad de 20 de octubre de 2000<sup>58</sup>. El *Grupo de trabajo sobre nutrición e hidratación en los sujetos en estado de pérdida irreversible de la consciencia* que en su informe, apoyándose en la *American Academy of Neurology* y la *British Medical Association* y en casos como el de Nancy Cruzan o Tony Bland, destaca como elemento esencial que en la nutrición e hidratación artificial aplicada a individuos en Estado Vegetativo Permanente se les suministra un compuesto químico necesario *alla sopravvivenza*, “que solamente los médicos pueden prescribir y que solo los médicos están en condiciones de introducir en el cuerpo mediante una sonda nasogástrica u otra modalidad y que solo los médicos pueden controlar su evolución, aunque se encargue de su ejecución el personal de enfermería u otros”<sup>59</sup> (similar a lo mantenido en páginas anteriores). Vemos así la importancia de determinar el carácter de la nutrición e hidratación artificial, como exponía antes, ya que las resoluciones judiciales pueden adquirir un carácter u otro.

Los tribunales denegaban la petición de retirar la sonda basándose en interpretaciones teleológicas de la representación legal, en la escasez normativa y en la indisponibilidad de la vida de un tercero. La difícil tarea consistió en reconstruir la voluntad de Eluana a través de su “historial” y en la legalidad de suprimir la nutrición e

<sup>57</sup> Véase *Corte di Cassazione*. Auto núm. 21748 de 2007. FJ 7.

<sup>58</sup> CAMPIONE, R. “Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro” en *Anuario de filosofía del derecho*, Tomo XXIX, 2013, pág 7.

<sup>59</sup> *Gruppo di lavoro su nutrizione e idratazione nei soggetti in stato di irreversibile perdita della coscienza (istituito con Decreto del Ministro della sanità, professore Umberto Veronesi, del 20 ottobre 2000)* pág. 10.

hidratación artificial que prolongaba su vida. A pesar de que su padre consiguió el derecho a retirarla del aparato que la mantenía con vida, una pronta oposición por parte del gobierno prosiguió recurriendo tal resolución, intentando que se promulgase un decreto que la mantuviera con vida, alegando la indisponibilidad de la vida, lo cual falló y finalmente Eluana fue desconectada.

Volviendo de nuevo a España, es el Código Penal en su artículo 143.4, el que prohíbe que se cause o coopere activamente para producir la muerte del paciente, bajo su petición expresa<sup>60</sup>. Vemos así que el precepto penal no recoge ni la eutanasia pasiva, ni la eutanasia activa indirecta, ya que esta última no tiene como objetivo producir la muerte del sujeto, sino paliar su sufrimiento, por lo que difiere del texto penal en que no se causa o coopera directamente a su muerte, sino que esta es un objetivo probable, que no seguro.

En mi opinión, dadas las circunstancias, las únicas formas de terminar con la vida que quedan liberadas serían la eutanasia pasiva y (no con tanta seguridad) la eutanasia activa indirecta. El problema remanente es qué sucede con los sujetos que se encuentran en una situación en la cual no pueden poner fin a su vida por métodos propios.

Supongamos el ejemplo de un paciente en estado vegetativo permanente (pérdida total cognitiva de más de unas semanas, en la que el cuerpo mantiene las funciones necesarias para mantener la sobrevivencia vegetativa<sup>61</sup>) dio con anterioridad su consentimiento expreso y firme de que en caso de llegar a tal situación se pusiera fin a su vida. Obviamente, del tenor legal no se puede proceder a tal medida. Ahora bien, la Constitución en su artículo 15, consagra, no solo el derecho a la vida y a la integridad física, sino que también prohíbe el ser sometidos a tortura ni a penas o humanos degradantes (como he citado anteriormente). ¿No puede ser considerado para los pacientes vegetativos la obligación de mantenerlos con vida un trato degradante? ¿o tortura?. Está claro además que se puede articular esta premisa con el derecho a la

---

<sup>60</sup> Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal. Art. 143.4: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, 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.”.

<sup>61</sup> 41.ª Asamblea Médica Mundial Hong Kong, Septiembre 1989, Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Estado Vegetativo Persistente.

libertad y al libre desarrollo de la personalidad, ya que si el paciente solicitó y expresó su voluntad de que no se le mantenga en tal estado las conclusiones en mi opinión serían sencillas:

- Se está violando su derecho a la vida y la integridad física
- Se viola además su derecho al libre desarrollo de la personalidad
- Se obliga al paciente a padecer unas circunstancias que pueden ser calificadas como torturas o degradantes (tanto a nivel físico como moral), algo prohibido por la Constitución.

Por ello, considero que la regulación de la eutanasia no es correcta, y esta debiera ser regulada de otro modo, no en la Constitución, sino por el texto Penal. La sociedad necesita ser garantizada de los principios Constitucionales y la regulación del Código Penal no lo permite.

## 2. Futilidad

No solo la eutanasia es uno de los problemas de la obstinación terapéutica y el encarnizamiento terapéutico, sino que en una escala digamos *bioéticamente* menor nos encontramos con el dilema de la futilidad.

Por tratamiento fútil se entiende aquel que su práctica es desaconsejada por no producir resultado alguno en el caso concreto. La Real Academia de Medicina de Cataluña afirma que no mejora el pronóstico, síntomas ni enfermedades intercurrentes, o porque produciría presumiblemente efectos perjudiciales y razonablemente desproporcionados al beneficio esperado por el paciente o en relación con sus condiciones familiares, económicas y sociales.<sup>62</sup> Es decir, se trata de tratamientos que, a priori y en términos generales, pueden funcionar y lograr la curación esperada pero que en estos supuestos especiales es desaconsejada su práctica por no esperarse que produzcan ningún resultado buscado en el paciente.

Este término es un término complejo ya que al igual que con la obstinación

---

<sup>62</sup> REAL ACADEMIA DE MEDICINA DE CATALUÑA, *Obstinación terapéutica*, documento aprobado por unanimidad en sesión plenaria de 28 de Junio de 2005, pág. 5.

terapéutica, no nos encontramos ante una ciencia exacta. Un diagnóstico diferencial es, en su gran parte, un juicio de valor emitido por un médico y este juicio puede ser, respecto al mismo cuadro clínico, diferente respecto del de otro médico, pudiendo tener diferentes objetivos cada uno (e.g. un médico busca alargar la vida del paciente un mes, mientras que el otro intenta otorgar al paciente mejor calidad de vida en las 2 últimas semanas).

Es curiosa la distinción que plantea Mendoza del Solar, apoyado en autores como Schneiderman, de los aspectos que plantea la futilidad, afirmando que existe un aspecto cuantitativo y un aspecto cualitativo. Refiriéndose al aspecto cuantitativo determina que un tratamiento sería considerado fútil si ha resultado inútil en los 100 últimos casos, y en relación al cualitativo afirmaría que el tratamiento tiene tal carácter cuando solo preserva al paciente en un estado de inconsciencia o posibilita su vida mediante la administración de nutrición e hidratación artificial<sup>63</sup>. Esta misma distinción de aspectos de Scheiderman es la que cita Cohen-Almagor<sup>64</sup>.

Debe en estos casos otorgarse importancia a la voluntad del paciente ya que *ultima ratio* debe cumplirse su voluntad, como hemos visto que es posible gracias a la legislación existente en nuestro país.

Dada la numerosa y problemática casuística, para intentar reducir estas ambigüedades, se puede remitir a la clasificación de Cohen-Almagor, la cual establece tres tipos de tratamiento fútil<sup>65</sup>:

- El que no produce efectos (por ejemplo, curar el cáncer con una escayola o el Parkinson con la quimioterapia)
- Cuando los efectos colaterales sobrepasan en mucho el beneficio derivado del tratamiento. Si estos efectos son muy severos, afirma Cohen-Almagor, el paciente está mejor sin el tratamiento.

---

<sup>63</sup> MENDOZA DEL SOLAR, G. "El concepto de futilidad en la práctica médica" en *Revista de la sociedad peruana de medicina interna*, vol 21, 2008, pág. 32.

<sup>64</sup> Schneiderman and Jecker, *Wrong Medicine*, *supra* note 24, at 97; L.J. Schneiderman, N.S. Jecker, and A.R. Jonsen, "Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications," *Annual International Medicine*, 112 (1990): 949-954; L.J. Schneiderman, K. Faber-Langendoen, and N.S. Jecker, "Beyond Futility to an Ethic of Care," *American Journal of Medicine*, 86 (1994): 110-114. *Apud* COHEN-ALMAGOR, R. "Language and Reality at the end of life", en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, núm 28, 2000, pág. 270.

<sup>65</sup> COHEN-ALMAGOR, R. "Language and Reality at the end of life" en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, núm 28, 2000, pág. 270.

- Cuando un paciente está padeciendo una dolencia más fuerte que pone en peligro su vida (por ejemplo, amputaciones a pacientes terminales por otra enfermedad)

Respecto al paciente, este puede rechazar un tratamiento o que se le retiren medidas de soporte, ahora bien, lo que no puede es solicitar tratamientos contrarios a la *lex artis*, como afirma Gallego Riestra<sup>66</sup>, y queda también determinado en el artículo 11.3 de la LAP<sup>67</sup> como uno de los requisitos del testamento vital (con diferentes requisitos en las distintas Comunidades Autónomas<sup>68</sup>)

Los grupos que presentan más dificultad son el segundo y el tercero. Cohen-Almagor, alude todo el rato al a determinación del tratamiento fútil por parte del médico<sup>69</sup>. Campione afirma que estos casos son donde cobra de nuevo importancia la autonomía del paciente. Naturalmente, y según sus palabras la ratificación de este tipo de juicios implica la necesidad del diálogo comunicativo entre el personal sanitario y los pacientes<sup>70</sup> ya que sino esto acabaría medrando, como afirman Campione<sup>71</sup> y Childress<sup>72</sup>, en una reinstauración del paternalismo médico y la autoridad médica sobre el paciente, y no debemos olvidar que el paciente, con la evolución de la normativa hasta un escape del paternalismo, tiene configurados unos derechos que le otorgan una fuerte autonomía, la cual debe ser respetada por los facultativos.

---

<sup>66</sup> GALLEGO RIESTRA, S. “Las instrucciones previas y su regulación jurídica”, en GASCÓN, GONZÁLEZ, CANTERO (Coords.), *Derecho sanitario y bioética*, cit., p. 509. Apud CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 281.

<sup>67</sup> El Art 11.3 LAP afirma que “ No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis»...”.

<sup>68</sup> En este sentido, la DMD recoge un archivo con todos los requerimientos de cada Comunidad, véase [http://www.eutanasia.ws/testamento\\_vital.html](http://www.eutanasia.ws/testamento_vital.html).

<sup>69</sup> COHEN-ALMAGOR, R. Ob. cit. págs 270 y ss.

<sup>70</sup> CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA (Dir) M. L. (Directores), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 281.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> J.F. Childress, *Practical Reasoning in Bioethics* (Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 1997): at 163. For a contrasting view, see N.S. Jecker, “Is Refusal of Futile Treatment Unjustified Paternalism?,” *Journal of Clinical Ethics*, 6, no. 2 (1995): 133-137. Apud COHEN-ALMAGOR, R. “Language and Reality at the end of life”, en *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, núm 28, 2000, pág. 271.



## V. CONCLUSIÓN

Hemos visto como la autonomía del paciente, su libertad de acción, se encuentra rodeada por una normativa que la protege pero que a la vez, realiza intervenciones de modo que queda limitada.

Es un dilema bioético que en la práctica resulta muy complicado de resolver. La Constitución y la legislación estatal y autonómica garantizan la autonomía del paciente frente a tratamientos médicos pero a la vez se ve obstaculizada por una normativa que la frena, como es la penal. En la práctica esto se traduce a un dilema médico en relación a la viabilidad o no de tratamientos y a la aceptación o no de los mismos por el paciente. No es el agente médico el que debe resolver este problema, sino que se debe dejar vía libre a la voluntad que el paciente exprese, para así efectivamente garantizar los principios constitucionales que son establecidos en el ordenamiento y facilitar el libre desarrollo de la persona . Según palabras de Paulo Freire “El respeto a la autonomía y a la dignidad de cada uno es un imperativo ético”<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> FREIRE, P. *Pedagogía de la autonomía*, Siglo XXI, México, 1998, pág. 58.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALEMANY GARCÍA, M. “Justificación del paternalismo” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2005.
- ALONSO ÁLAMO, M. “Sobre eutanasia y derechos fundamentales” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 10, 2008.
- ARCOS VIEIRA, M. L. “En torno a la autonomía del paciente: análisis crítico comparativo de la legislación autonómica sobre dignidad de la persona en proceso de muerte” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Discutamos sobre el paternalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- CAMPIONE, R., “Obstinación terapéutica y tratamientos fútiles: cuestiones interpretativas” en ALENZA GARCÍA, J. F. Y ARCOS VIEIRA, M. L. (Dir), *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- CAMPIONE, R. “Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro” en *Anuario de filosofía del derecho*, Tomo XXIX, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “Eutanasia y derecho”. en *Cuaderno del Instituto vasco de criminología*, núm. 9, 1995.
- FREIRE, P. *Pedagogía de la autonomía*, Siglo XXI, México, 1998.
- GARCÍA ORTEGA, C. CÓZAR MURILLO, V. ALMENARA BARRIOS, J. “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002” en *Revista Española de Salud Pública*, vol 78, núm. 4, 2004.
- GARZÓN VALDÉS, E. “¿Es éticamente justificable el paternalismo?” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.
- GARZÓN VALDÉS, E. “Sobre el paternalismo”, en *Doxa, Cuadernos de*

*Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

- PRAT DE LA RIBA, E. H. I Jornada de Actualización en Bioética, Universidad de Navarra, 2009.
- MARTÍNEZ HORTELANO, J. E., AZULAY TAPIERO, A., CASTILLO BLASCO, M. “Decisiones ético-clínicas sobre la alimentación e hidratación artificial mediante sonda en la enfermedad terminal” en *Nutrición Hospitalaria*, núm 17, 2002.
- MENDOZA DEL SOLAR, G. “El concepto de futilidad en la práctica médica” en *Revista de la sociedad peruana de medicina interna*, vol 21, 2008.
- MORENO VILLARES, J. M., ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, J., WANDENBERGHE LOZANO, C., LOZANO FUSTER. y GRUPO DE ÉTICA DE LA SENPE “Glosario de términos y expresiones frecuentes de Bioética en la práctica de la Nutrición Clínica”, en *Nutr Hosp*, núm 25, 2010.
- PLATTS, M., Sobre usos y abusos de la moral, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, México, 1999.
- REY MARTÍNEZ, F. Eutanasia y derechos fundamentales. Tribunal Constitucional, Centro de estudios constitucionales, 2008.
- TOMÁS-VALIENTE, C. “Nuevas y viejas formas de paternalismo: algunas consideraciones generales y el derecho a rechazar tratamientos médicos”, en PRESNO LINERA, M. A. (Coord) *Autonomía personal, cuidados paliativos y derecho a la vida*, Procuradora General del Principado de Asturias, Universidad de Oviedo, M. A., 2011.
- TORRES ACOSTA, R. Glosario de Bioética. Editorial Ciencias Médicas, La Habana, 2011.
- VÁZQUEZ CARDOZO, R. “Retos para una agenda de discusión en México”, en *Bioética y Derecho*, Departamento Académico de Derecho, Instituto tecnológico Autónomo de México, 1973.

## VII. RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA

- STC 120/90, de 27/06/1990 (RTC 1990\120)

- STC 154/2002, de 18/07/2002 (RTC 2002\154)
- STC 37/2011, de 28/03/2011 (RTC 2011\37)
- Corte di Cassazione. Auto núm. 21748 de 2007.