

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONSENTIMIENTO INFORMADO Y PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN

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

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

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

## 2 / María José Parejo Guzmán

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

### 1. Ley General de Sanidad y Códigos Deontológicos

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

---

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

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

### Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 3

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

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

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

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

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

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

<sup>5</sup> El Grupo de Estudios de Política Criminal está integrado por un amplio número de catedráticos y profesores titulares de derecho penal, magistrados, jueces y miembros del Ministerio Fiscal que, a partir de una primera reunión fundacional en la Universidad de Málaga en noviembre de 1989, y con motivo de la aprobación de un manifiesto inicial, por una nueva política criminal sobre la droga, decidieron constituirse en grupo permanente de trabajo. Su pretensión es desarrollar y formular desde una perspectiva progresista propuestas político-criminales relativas a ámbitos sociales especialmente problemáticos. Véase su declaración programática en Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*, Madrid, 1993, Tirant lo Blanch, pp. 20 y ss., 69 y ss.

#### 4 / María José Parejo Guzmán

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 5

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

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

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

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

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

---

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

## 6 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 7

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

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

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

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

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

## 8 / María José Parejo Guzmán

Muy relacionado con los casos de tratamiento obligatorio, se encuentra el apartado 9 del mismo artículo de la Ley General de Sanidad, referente a la negativa o al rechazo, por parte del paciente o enfermo, de un tratamiento médico. El rechazo del tratamiento médico, acto de voluntad como el consentimiento<sup>11</sup> y, en el ámbito hospitalario, comporta el deber de solicitar y firmar el alta voluntaria.<sup>12</sup> El precepto que ahora nos ocupa (“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente”), únicamente excluye expresamente el derecho del paciente a rechazar o negarse a un tratamiento en los casos de tratamiento obligatorio o, conforme a la opinión dominante, de estado de necesidad, que indicábamos anteriormente que muestra el artículo 10.6.

### B. Códigos de ética y deontología médica

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

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 9

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

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

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

---

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

## 10 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 11

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

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

---

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

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

## 12 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 13

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

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

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

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

## 14 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 15

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

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

<sup>24</sup> Roxin, Claus *et al.*, *op. cit.*, p. 172.

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

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

## 16 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 17

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

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

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

---

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

## 18 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 19

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

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

---

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

## 20 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 21

ejerciendo su autonomía, quieren dejar constancia documental expresa de cómo desean que se proceda respecto a ellas. Únicamente la existencia de indicios fundados que apunten a que la voluntad del sujeto en el momento de realizarse el hecho típico no coincidiría con la anteriormente expresada (lo que en nuestro caso habría de ser valorado por el juzgador) podría bloquear la relevancia de tal solicitud a efectos del Art. 143.4.<sup>33</sup>

En este sentido, se puede precisar que

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

---

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

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

## 22 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 23

### MODELO DE DOCUMENTO DE TESTAMENTO VITAL

ASOCIACIÓN DERECHO A MORIR DIGNAMENTE  
DMD

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

NIF G 78599578

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

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

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

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

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

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

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

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

#### DATOS DE TESTIGOS Y REPRESENTANTE

##### TESTIGOS:

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

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

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

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

Nombre.....

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

##### 2º Representante (sustituto)

Nombre.....

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

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

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

NOTA: modelo de documento disponible en: [www.eutanasia.ws](http://www.eutanasia.ws).

## 24 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

<sup>39</sup> *Idem*.

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 25

debe añadirse que el 31 de octubre de 2002, el Congreso de los Diputados español aprobó la llamada Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), en la que se regula detenidamente el uso de estos documentos. En concreto, en el artículo 11 de esta ley (El artículo 11 de la citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, referente, como ha preferido denominarle esta ley, a las “instrucciones previas”, señala: “1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito. 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razona-

---

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

## 26 / María José Parejo Guzmán

da de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. 5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”) se regulan los denominados documentos de instrucciones previas, con pocos cambios sustanciales pero, eso sí, con algunas pequeñas mejoras. No obstante, se mantiene una confusión en la redacción del mencionado artículo 11 de la Ley 41/2002, cual es la explicitación de que estas instrucciones deben ser hechas por escrito (“Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito”), confundiendo con ello, lo que sería la directriz previamente expresada, con el documento mismo que pueda contenerla, y yendo en contra de la afirmación, que hacíamos anteriormente, de que el carácter expreso de la petición o consentimiento en las actuaciones médicas “...no supone, obviamente, que la misma haya de formularse por escrito, bastando con una manifestación oral...”<sup>41</sup> A este respecto, debe señalarse que también la Ley General de Sanidad<sup>42</sup> contiene la misma confusión en su redacción cuando en su artículo 10.6 establece “Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso,

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 27

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

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

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

---

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

<sup>44</sup> Así lo explica, detalladamente, Julio César Galán Cortés, *idem*.

## 28 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 29

del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica<sup>47</sup> que, como acabamos de explicar, también aborda esta cuestión, se ha planteado un interesante problema, en el sentido de que alguna Comunidad Autónoma ha considerado a dicha ley como una invasión en las competencias de las Comunidades Autónomas, decidiendo recurrirla ante el Tribunal Constitucional.<sup>48</sup>

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

---

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

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

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

### 30 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 31

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

---

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

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

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

## 32 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

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



### Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 33

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

---

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

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

### 34 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 35

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

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

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

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

### 36 / María José Parejo Guzmán

En consonancia con lo que, unas líneas atrás, se señalaba que podría objetarse a nuestra teoría, tanto la ley holandesa como la ley belga referentes a la eutanasia, de 2002, consideran que el enfermo debe solicitar la muerte digna<sup>58</sup> y que, si se encontrara en estado de inconsciencia irreversible, se autoriza la actuación médica siempre que exista constancia de su voluntad a través de una “solicitud de terminación de la vida” suscrita cuando el afectado “estuviera en condiciones de realizar una valoración razonable de sus intereses”. La mayor parte de la doctrina española y extranjera parece estar de acuerdo con esta posición,<sup>59</sup> por lo que debe señalarse que, en nuestra opinión, la solución a los supuestos de inconsciencia irreversible del enfermo debería ir más lejos y tratar de dar solución a qué ocurre con aquellos pacientes que, cuando aún estaban en condiciones de hacerlo, no tuvieron la “precaución” de solicitar la terminación de su vida, para el caso de que en un futuro se encontrasen en situaciones extremas. En definitiva: ¿cómo solucionar los supuestos en que un enfermo terminal no haya barajado la posibilidad de encontrarse en dicha situación y no haya dejado, por tanto, constancia expresa de su voluntad en tales supuestos?, ¿no ayudaríamos a “bien morir” a esos pacientes?, ¿les “castigaríamos” con tener que padecer una muerte lenta llena de sufrimientos? Sin duda, la situación ideal sería que existiese expresa constancia de la voluntad del paciente en el sentido de solicitar la terminación de su vida (es decir, que

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 37

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

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

---

<sup>60</sup> Véase Gómez Rivero, Carmen, *op. cit.*, p. 556.

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

### 38 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 39

comité y lo que opinen los familiares o allegados del paciente, de forma que la eutanasia también podría ser considerada lícita<sup>64</sup> (en esta misma línea de opinión se pronuncia, por ejemplo, García Rivas;<sup>65</sup> como puede comprobarse, este autor está en nuestra línea de opinión, como veíamos anteriormente que ocurría con Mirentxu, Corcoy Bidasolo; nuevamente aquí, como señalábamos antes respecto de la teoría de esta autora, la única diferencia entre lo señalado por García Rivas y lo planteado por nosotros está en el tipo de comité que se sugiere para poder tomar decisiones en estos supuestos, ya que este autor habla de “comités interdisciplinarios” mientras que, a nuestro entender, sería preferible hablar de “comités médicos”; no obstante, señalaremos nuevamente que no cerramos la puerta a admitir que dichos comités que proponemos puedan estar formados, además de por expertos y especialistas de la medicina, por otros especialistas, como puedan ser los juristas, que puedan ayudar a decidir sobre la terapia de la forma más adecuada posible).

### B. *Petición seria*

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

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

<sup>64</sup> Véase Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *op. cit.*, p. 56.

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

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

## 40 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

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

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 41

tituye una carga o un deber para el facultativo), en el caso de actos de disposición sobre el propio cuerpo, habrá de comprender los peligros para la salud y la vida, las probabilidades de éxito, la previsible duración del tratamiento, y la significación jurídica y moral del hecho desde el punto de vista de la Sociedad".<sup>71</sup> El derecho a la información de los enfermos ha sido subrayado, por ejemplo, por la Recomendación 779 (1976) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>72</sup> y, algo después en el tiempo, por la Recomendación 1418, también de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 1999;<sup>73</sup> por el Código de Deon-

---

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

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

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

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

## 42 / María José Parejo Guzmán

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

---

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 43

abril de 1997, sobre la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina (Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Biomedicina),<sup>77</sup> resulta relevante y exigible esta información (y la consiguiente previa autorización o consentimiento) por parte de la persona interesada.<sup>78</sup> En concreto, en relación con el consentimiento como requisito necesario, el artículo 5 prevé que “No podrá llevarse a cabo intervención alguna sobre una persona en materia de salud sin su consentimiento informado y libre”.<sup>79</sup> Igualmente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse de manera muy precisa sobre estas cuestiones, con ocasión del llamado caso “X contra Comisión” (asunto C-404/92 P), que dio lugar a la sentencia de 5 de octubre de 1994.<sup>80</sup> Partiendo de ésta,

---

ser informado y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin. 2. Un elemento esencial de la información debida al paciente es darle a conocer la identidad del médico que en cada momento le está atendiendo. 4. Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas” y en su artículo 27: “1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aún cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso, el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a éste mismo”. Véase sobre éstos, el estudio de Herranz Rodríguez, Gonzalo, *El Código de Ética...*, cit.<sup>77</sup> De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 del mismo. Su entrada en vigor se produjo con fecha 1 de diciembre de 1999 y dicho Convenio fue ratificado por España por Instrumento de 1 de septiembre de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999; corrección de errores: BOE núm. 270, de 11 de noviembre de 1999), entrando en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000.

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

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

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

#### 44 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 45

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

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

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

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

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

## 46 / María José Parejo Guzmán

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

### C. *Carácter inequívoco de la petición*

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

---

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

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

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

### 3. El principio de autodeterminación

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

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

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

---

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

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

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

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

## 48 / María José Parejo Guzmán

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

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

---

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

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

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 49

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

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

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

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

---

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

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

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

## 50 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

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

<sup>97</sup> Koch, Hans-Georg, "La ayuda a morir como problema legal en Alemania", *op. cit.*, pp. 235-260.

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 51

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

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

### A. *Requisitos del consentimiento*

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

---

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

## 52 / María José Parejo Guzmán

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

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

---

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

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 53

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

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

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

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

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

## 54 / María José Parejo Guzmán

derecho del que dispone con su acto<sup>107</sup> (principio que ha sido expresamente acogido por nuestra jurisprudencia, señalando nuestro Tribunal Supremo que: “el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo”),<sup>108</sup> a lo que debe añadirse, no obstante, que la titularidad de un derecho cede ante la titularidad de un derecho superior, que pueda estar íntimamente vinculado con el primero, y que dicha titularidad puede ser también traspasada a otra persona, en aquellos supuestos extraordinarios en que el ordenamiento así lo autorice. Dentro de este último supuesto entrarían los casos conflictivos en que el paciente sea un menor de edad ya que, “En el paciente mayor de edad, no incapacitado y consciente, el supuesto resulta claro, y es el interesado, usuario o paciente destinatario de la información, quien tiene que hacer uso de ella para evaluar los pros y los contras en la toma de decisión”.<sup>109</sup> Respecto de los menores, y partiendo de que el artículo 162. 1 del Código Civil señala que el menor puede actuar por sí mismo en los actos relativos a derechos de la personalidad de acuerdo con sus condiciones de madurez, excluyendo así del

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 55

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

---

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

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

## 56 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

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

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal de París, de 7 de marzo de 1952.



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 57

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

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

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

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

---

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

## 58 / María José Parejo Guzmán

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

### B. Contenido y límites del consentimiento

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

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

---

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 59

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

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

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

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

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

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

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

## 60 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 61

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

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

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

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

---

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

## 62 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 63

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

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

---

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

## 64 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 65

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

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

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

---

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

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

## 66 / María José Parejo Guzmán

Sala de lo Civil, de 23 de abril de 1992 (RJ 1992/3323);<sup>131</sup> la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13a., de 28 de abril de 1992, basando sus afirmaciones en la Ley General de Sanidad;<sup>132</sup> y, finalmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4a., de 5 de mayo de 1992.<sup>133</sup>

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

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

---

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 67

dico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 26 de junio de 1989, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones de mayor esfuerzo; B) Informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padezca, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar esta circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le pueda comportar; y D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recisivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia...

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

## 68 / María José Parejo Guzmán

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

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

También en 1997, el propio Tribunal Supremo se referirá de nuevo a esta obligación de los médicos de informar al paciente, en sendas sentencias de 2 de octubre de 1997, Sala de lo Civil, (RJ 1997/7405)<sup>134</sup> y de 10 de noviembre de 1997.<sup>135</sup>

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 69

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

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

---

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

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

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

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

## 70 / María José Parejo Guzmán

último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15a.), de 1 de diciembre de 1999.<sup>140</sup>

Más recientemente, en el año 2000, empezar destacando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11a.), de 13 de enero de 2000.<sup>141</sup>

Un mes después hay que referirse a la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sección 3a.), de 24 de febrero de 2000.<sup>142</sup>

Junto a estas sentencias de Audiencias Provinciales, hay que destacar, también en el año 2000, dos importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo español en relación a estas cuestiones: la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3a.), de 4 de abril de 2000<sup>143</sup> y la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1a.), de 26 de septiembre de 2000.<sup>144</sup>

---

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

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

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

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 71

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

---

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

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

## 72 / María José Parejo Guzmán

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 73

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

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

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

## 74 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 75

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

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

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

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

---

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

<sup>147</sup> *Ibidem*, pp. 66 y 67.

## 76 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 77

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

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

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

## 78 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 79

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

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

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

## 80 / María José Parejo Guzmán

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

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

---

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 81

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

## 82 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

---

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 83

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

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

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

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

## 84 / María José Parejo Guzmán

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 85

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

## 86 / María José Parejo Guzmán

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

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 87

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

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

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

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

## 88 / María José Parejo Guzmán

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

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



## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 89

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

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

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

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

## 90 / María José Parejo Guzmán

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

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

## Consentimiento informado y autonomía del paciente... / 91

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