

AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO

M^a Teresa Areces Piñol
Universitat de Lleida

Abstract: Disagreements between professionals and patients are today more frequent than ever, because of the changes in the model of doctor-patient relationship at the end of life. There is an ethical component, which determines all the debate. Considering patient's autonomy and freedom, law establishes the limits of professionals and individuals with regard to decisions to be taken in relation to the illness and death.

Keywords: Patient autonomy, human dignity, objection of conscience, life's end.

Resumen: Los cambios producidos en el modelo de relación médico-paciente, en los momentos finales de la vida, hacen que en la actualidad los desacuerdos entre profesionales y pacientes sean más frecuentes que nunca. En esta cuestión, hay un componente ético, que condiciona todo el debate. Corresponde al Derecho establecer los límites de las decisiones que deben tomar los profesionales y los particulares en relación a la enfermedad y la muerte, teniendo en cuenta la autonomía y la libertad del paciente.

Palabras clave: Autonomía del paciente, dignidad humana, objeción de conciencia, el final de la vida.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Antecedentes y estado actual del tema.- 2.1. Normativa Europea.- 2.2. Normativa Constitucional.- 2.3. Normativa Estatal.- 2.3.1. Proyecto de Ley reguladora de los derechos de las personas ante el proceso final de la vida.- 2.4. Leyes autonómicas sobre instrucciones previas o voluntades anticipadas.- 3. Regulación autonómica sobre el proceso al final de la vida y de la muerte.- 3.1. Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el proceso de muerte de la Comunidad Autónoma de Andalucía.- 3.2. Ley Foral de Navarra sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso final de la vida.- 3.3. Ley de Derechos y

Garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte de la Comunidad Autónoma de Aragón.- 4. Algunas consideraciones sobre la dignidad humana.- 5. Autonomía, libertad y autodeterminación del paciente.- 6. Regulación de la Objeción de conciencia en el ámbito sanitario.- 6.1. Competencia para regular la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.- 7. Consideraciones finales.-

1. INTRODUCCIÓN

En las sociedades occidentales avanzadas, como la española, en la que la esperanza de vida no cesa de crecer, un problema cada vez más frecuente, es como afrontan las personas, singularmente en los estadios más avanzados de su existencia, las situaciones de declive físico y psíquico en las que el ser humano se ve enfrentado a una salud precaria y, a la postre, a la propia muerte. Es evidente, que en esta cuestión predomina un componente ético, que condiciona todo el debate, pero, a la vez, la misma no deja de presentar una importante y determinante vertiente jurídica, puesto que, es al Derecho al que corresponde establecer los cauces y los límites dentro de los que puede desenvolverse el comportamiento de los profesionales –de la medicina o del derecho– y de los particulares respecto a las decisiones que deben tomarse en relación a la enfermedad y la muerte.

Últimamente varias Comunidades Autónomas han legislado sobre cuales son los derechos de los pacientes que se encuentran en estadios avanzados de una enfermedad, así como también, cual debe ser el comportamiento tanto de las instituciones sanitarias, como de los profesionales de la medicina en dichas circunstancias. En este orden de cosas, el Parlamento Andaluz, en el mes de marzo de 2010, aprobó la Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la persona en el proceso de muerte, siendo pionera en el Estado español. Así mismo, en el mes de marzo de 2011, primero, el Parlamento de Navarra aprobó la Ley Foral de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de final de vida y, después, en el mismo mes de marzo, el Parlamento de Aragón aprobó, La Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. Por su parte, el 13 de mayo de 2011, el Consejo de Ministros aprobó el anteproyecto de ley de cuidados paliativos y muerte digna, que como es sabido, por cuestiones electorales, no ha llegado a aprobarse ni a debatirse en las Cortes Generales.

En este mismo sentido, desde el año 2000 la mayoría de las Comunidades Autónomas han legislado sobre “las instrucciones previas” o también llamado “testamento vital”. Así mismo, el Gobierno central, en el año 2002 aprobó, la

llamada Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

Pues bien, el objeto del presente trabajo, tiene como finalidad analizar los condicionantes de la libertad de conciencia y de la dignidad de la persona con relación a los cambios producidos en el modelo de relación médico-paciente, en los momentos finales de la vida, que hacen que hoy en día las posibilidades de desacuerdo entre profesionales y pacientes y, del mismo modo, los conflictos de valores sean en la actualidad mayores que nunca. Para ello, me voy a detener en analizar brevemente los antecedentes y estado actual del tema, la dignidad humana, la autonomía, la libertad y la autodeterminación del paciente y la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, así como la competencia de las Comunidades Autónomas al respecto.

2. ANTECEDENTES Y ESTADO ACTUAL DEL TEMA

Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de toda la regulación jurídica relativa a la toma de decisiones relativas a la salud y la muerte, si considero oportuno apuntar, cual ha sido la evolución que ha sufrido ésta en los últimos años.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, estableció una estrecha vinculación entre el derecho a la vida y la dignidad de la persona, valor "*reconocido en el art. 10 de la Constitución española, como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes*" y, entre este valor y, los derechos consagrados en los artículos 15, 16 y 18 del mismo texto constitucional. Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución, ha elevado también a categoría de valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y de conciencia (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).

Ante criterios rectores de semejante empaque y enjundia es lícito y, además obligado preguntarse por la adecuación de la ley a dichos valores. En este sentido, cuando el Estado deviene cada vez más intervencionista, legislando sobre cuestiones de fuerte contenido ético, no cabe duda que en el análisis jurídico han de adquirir un protagonismo destacado valores como la libertad de conciencia y la dignidad de la persona, porque, en definitiva, de lo que se trata es de fijar, si más allá de un cambiante marco legal, que desde luego conviene analizar con detalle, pueden existir condicionantes en la actuación de

profesionales y pacientes que deriven de su conciencia personal y verificar hasta dónde alcanza el *minimum* irreductible de la capacidad de decisión que toda persona, por el hecho de serlo, ha de conservar en cualquier circunstancia, incluso en las más extremas, es decir, aquéllas en las que se ve abocada a la senectud, a una salud progresivamente deteriorada y a la muerte.

La comparecencia de la autonomía de los pacientes y usuarios an el ámbito sociosanitario ha dado lugar a un nuevo modelo de relación asistencial, de toma de decisiones y de definición de la salud, en el que el respeto de los derechos del paciente o usuarios, en particular la facultad de tomar y llevar a la práctica decisiones en relación con su vida, su salud y sobre los cuidados o tratamientos que desean recibir, ocupan un lugar preferente. Este nuevo modelo de autonomía y autodecisión reemplaza al modelo predominante a lo largo de la historia: el paternalismo.

Pues bien, proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica, en tanto que “valor espiritual y moral inherente a la persona”, la dignidad de la persona ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que ésta se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable, que todo estatuto jurídico debe asegurar, de manera que, sean unas u otras limitaciones las que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, la persona merece.

2.1. NORMATIVA INTERNACIONAL

Muchos son los tratados internacionales o Declaraciones de Derechos Humanos que contemplan y regulan la dignidad de la persona, la libertad religiosa e ideológica, el derecho a la vida, etc. ... Así, entre otros, con relación al tema que nos ocupa, podemos comprobar como, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, se refiere a la dignidad, cuando establece: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo, tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales o inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales², se refiere a su articulado a cuestiones relacionadas con la eutanasia, el reconocimiento del derecho a la vida de toda persona, de la prohibición de la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la prohibición de todo tipo de discriminación, etc.

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Del mismo modo, el Convenio Europeo, de 4 de abril de 1997, sobre la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de Biología y de la Medicina, llamado Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de la Biomedicina o Convenio de Oviedo³, destaca la importancia del derecho a la información del paciente y la necesidad de que conste expresamente una autorización o consentimiento del enfermo o persona interesada, antes de cualquier intervención quirúrgica, basándose en el principio de autonomía del paciente (Capítulo II); el respeto a la intimidad y acceso a la información (capítulo III); las intervenciones acerca del Genoma Humano (capítulo IV); la prohibición de lucro y utilización del cuerpo humano (capítulo VII). Así mismo, proclama la validez del testamento vital, a través del consentimiento informado en su artículo 9, cuando establece, “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”⁴.

Todas estas normas son de obligado cumplimiento para los países que ratificaron el Convenio de Oviedo. Así, en nuestro país, ha servido de norma básica para la elaboración de leyes como la reguladora de la Autonomía del Paciente⁵, la de Técnicas de reproducción humana asistida⁶ y la de Investigación Biomédica⁷. Así mismo, ha servido para la elaboración de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos del 2005⁸.

Por último, también la *non nata* Constitución Europea, aprobada en junio de 2004 –Tratado por el que se establece una Constitución para Europa– y al que se incorpora la Carta de los Derechos Fundamentales, en sus artículos II-61 a II-64, se refiere a materias ya citadas en otros textos internacionales, como la dignidad humana, estableciendo que la misma será protegida en todo caso, el derecho a la vida; a la integridad de la persona..., por lo que no ha supuesto avance alguno en este sentido, limitándose a transcribir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁹.

³ Convenio sobre Derechos Humanos y la Biomedicina. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Oviedo, 4 de abril de 1997.

⁴ Vid. art. 9 del Convenio de Oviedo.

⁵ Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁶ Ley 45/2003 sobre técnica de reproducción asistida.

⁷ Ley 14/2007 de investigación biomédica.

⁸ UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y derechos humanos de 2005.

⁹ Tratado por el que se establece la Constitución Europea. Art. II-61 Dignidad Humana, “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”; art. II-62 “1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2- Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”; art. II-63 Derecho a la

2.2. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Como hemos señalado anteriormente, los antecedentes del tema que nos ocupa nos remiten a la propia Constitución española, en sus artículos 10, 15, 16 y 18 donde se reconocen una serie de derechos fundamentales que posteriormente el Tribunal Constitucional en diferentes resoluciones judiciales ha ido interpretando. Así, entre otras, tenemos: STC 53/1985 de 20 de junio, ATC 369/1984 de 20 de junio, STC 120/1990 de 17 de junio, STC 166/1996 de 28 de octubre, STC 154/2002 de 18 de julio. En algunos de estos pronunciamientos, la jurisprudencia constitucional otorga primacía a la protección de la vida del paciente y la salud de las personas sobre la libertad religiosa¹⁰; en cambio, en otros el Tribunal hace una interpretación teológico-sistemática y, así mismo, conforme a la Constitución, propone una interpretación alternativa; la vida libremente querida y autodeterminada¹¹.

La Constitución española de 1978, regula el derecho a la vida como un derecho fundamental en su artículo 15 cuando establece: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, reconociéndole un rango especial respecto de los demás derechos fundamentales por ser presupuesto objetivo de los mismos. Pero éste derecho y su disponibilidad están en relación con los derechos de dignidad y libertad de la persona.

Por su parte, el art. 10.1 CE., se refiere a “La dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad...”, como principio informador de los demás derechos y límites respecto de la actuación de los poderes públicos y de los individuos.

El art. 1.1 CE, se refiere a la libertad en relación a la libertad ideológica y libertad religiosa, derechos fundamentales garantizados en el art. 16.1 CE, siendo de especial importancia en esta materia la libertad religiosa, relaciona-

integridad de la persona, “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley; b) la prohibición de las prácticas eugenésicas, en particular las que tienen como finalidad la selección de las personas; c) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; d) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”; art. II-70 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, o a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

¹⁰ En este sentido, Vid, FJ 3 de la STC 166/1996, de 28 de Octubre, y el FJ 7 de la STC 120/1990, de 27 de junio.

¹¹ En este sentido, Vid, FJ 5 y FJ 8 de la STC 53/1985, de 11 de abril, y FJ 12 de la STC 154/2002, de 18 de julio.

da con la objeción de conciencia a tratamientos sanitarios, tanto desde el punto de vista del paciente ante la negativa de recibirlos, como desde el punto de vista del médico ante la negativa de practicar determinados tratamientos.

Así mismo, no podemos olvidar que el propio art. 16.3 CE, establece el principio de laicidad o neutralidad del Estado, que como señala el Tribunal Constitucional “impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, y al mismo tiempo, veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales”¹².

2.3. NORMATIVA ESTATAL

En el ámbito estatal, cabe destacar, la Ley General de Sanidad de 1986¹³, que regula el derecho a la información y al libre consentimiento del paciente ante tratamientos médicos vitales. En su art. 10.5 dispone: “Todos tienen derecho con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, a que se les 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”.

Así mismo, en el art. 10.6 del mismo texto normativo, se reconoce el derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso y exige que el consentimiento sea por escrito. Por su parte, en su apartado 9, excluye el derecho a rechazar el tratamiento en los supuestos de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad, que son: cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, cuando no se esté capacitado para tomar decisiones (en su caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas) y, cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, y en caso de negarse al tratamiento se obliga al alta voluntaria.

El 31 de octubre de 2002, el Congreso de los Diputados aprobó la llamada Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica¹⁴. En el artículo 11 de esta Ley, se regula detenidamente el uso de los documentos llamados testamentos vitales o, como prefiere denominarlos esta Ley, los documentos de instrucciones previas¹⁵.

¹² Vid. STC de 13 de mayo de 1982, F. J. núm. 1.

¹³ Ley 14/1986, de 25 de abril.

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

¹⁵ Vid. art. 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En dicho artículo se establece: “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 expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el

Cabe señalar, que en dicho artículo 11 de la Ley 41/2002, se exige que las instrucciones previas (o llamado también testamento vital) deban constar siempre por escrito. Ello supone un elemento de seguridad jurídica y de certeza que puede entenderse necesario en este tipo de situaciones dada la naturaleza de la actuación.

Sin embargo, la cuestión más interesante que deja sentada el art. 11 de la Ley 41/2002, es la de dotar de plena eficacia a todos aquellos documentos 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. Con ello, se reconoce con más claridad y transparencia la validez y eficacia de los documentos de instrucciones previas realizados en todo el territorio nacional siempre que éstos se lleven a cabo de acuerdo con lo establecido en alguna de las Leyes autonómicas que, sobre esta materia, se han legislado y se siguen legislando en todo el territorio nacional.

2.3.1. Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida.

Por último, en el ámbito estatal, debemos destacar, que el pasado 17 de junio de 2011, el Gobierno de España aprobó el denominado *Proyecto de Ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida*, publicado en el Diario de las Cortes con la referencia 121/000132¹⁶. Conviene, no obstante antes de desarrollar nuestro análisis, realizar una aclaración previa, en el sentido, de que las condiciones políticas en las que nos encontramos harán sumamente compleja la aprobación final de dicho Proyecto y, que es muy probable, que en esta legislatura que nos encontramos se acometa la modificación de dicho Proyecto o bien la sustitución por otro nuevo. A pesar de ello, creemos conveniente, realizar algunas reflexiones del mismo.

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 por escrito. 3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. 4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. 5. Con el fin de asegurar 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”.

¹⁶ El texto del Proyecto de Ley es accesible en la siguiente dirección de Internet: <http://www.congreso.es/publicoficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_132-01.PDF>.

En primer lugar, podemos apuntar que con la aprobación de dicho proyecto se acomete, por primera vez, en nuestro país el desarrollo de una normativa dedicada específicamente a los cuidados paliativos en la fase terminal de la vida humana en el ámbito nacional. De este modo, se sigue la senda abierta por las Comunidades Autónomas como Andalucía, Navarra y Aragón, que habían publicado ya anteriormente sus propias normas al efecto y que comentaremos posteriormente.

Según la exposición de motivos, este proyecto de ley pretende dar respuesta jurídica global a la cuestión guiada por las disposiciones constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana y, a los derechos fundamentales, en particular, a la vida, a la integridad física y moral, y a la intimidad personal y familiar.

Este proyecto de ley se configura como una norma básica para todo el territorio nacional, que reconoce en nuestro país un haz de derechos a todas las personas, con independencia del territorio de la Administración sanitaria encargada de velar por su tratamiento en el proceso final de la vida y sin perjuicio de los elementos adicionales o de desarrollo que puedan introducir los correspondiente ordenamiento autónomos. De este modo, se evitará el pernicioso efecto de que los ciudadanos españoles dispongan de diferentes derechos fundamentales en función de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren, lo que chocaría, a nuestro modo de entender, frontalmente con el postulado de igualdad, esencial en nuestro ordenamiento jurídico.

Como todos los textos legales, éste adolece de virtudes y defectos, ya sean de carácter formal o material, por este motivo, sin pretender hacer un análisis exhaustivo del proyecto, nos vamos a detener en aquellas cuestiones que, desde nuestro punto de vista merecen nuestra atención y, que nos servirán también como base de análisis, del posterior estudio de las leyes autonómicas.

La primera observación crítica, hace referencia a su carácter de ley ordinaria. En este sentido, conviene recordar que el artículo 81.1 de la Constitución española establece que: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y demás previstas en la Constitución”. Pues bien, en el caso que nos ocupa, estamos hablando de una norma que, de acuerdo con su Preámbulo, incluye la defensa de derechos fundamentales, como la vida, la integridad física y moral, la intimidad personal y familiar, etc... En tales circunstancias, hubiera sido recomendable que la norma tuviera carácter de ley orgánica y no carácter de ley ordinaria. Sin embargo, como comentaremos posteriormente, aunque la regulación de desarrollo directo de los derechos fundamentales *stricto sensu* está reservada en exclusiva a la ley orgánica, la regulación de los derechos constitucionales, sin más, por el contrario, está abierta a la ley ordinaria.

Por otra parte, en principio podría pensarse, que esta ley resulta innecesaria ya que aparece como una adición a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, a la que hemos hecho mención anteriormente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, creemos que la elaboración de una normativa específica, por parte de algunas Comunidades Autónomas, hace necesario que el gobierno del Estado a la hora de dar una respuesta a esta cuestión, deba desarrollar eficazmente su tarea de coordinador del sistema sanitario en el ámbito nacional.

A pesar de ello, no es menos cierto que en el articulado del proyecto de ley se incluyen varios artículos que resultan innecesariamente reiterativos. En este sentido, a nuestro modo de entender, resulta discutible la necesidad de introducir en ella aspectos como las instrucciones previas que contiene el artículo 9, ya que esta cuestión está tratada de forma extensa en los artículos 11 y siguientes de la ley 41/2002. La pregunta que nos podemos formular es, ¿Qué sentido tiene alterar una norma ya existente y, al mismo tiempo, incluir en otra un articulado que se superpone a ella? Sinceramente, creemos, que esta situación provoca una confusión ajena a la seguridad jurídica que se pretende del Derecho¹⁷.

Lo mismo podemos afirmar, por ejemplo, en relación al artículo 5 referido al derecho a la información asistencial del Proyecto, cuando todo lo que hace referencia a esta cuestión está ya regulado en el art. 4 de la Ley 41/2002. Así mismo, que sentido tiene incorporar en él la referencia que al artículo 13.2 hace a la protección de datos de la persona, cuando este aspecto se encuentra ampliamente tratado en la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal o en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. También resultan reiterativos, el art. 7.2 y, buena parte del 19, que reflejan lo expresado en la Ley 41/2002.

Ahora bien, no seríamos justos sino reconociéramos que, junto a estas observaciones críticas, no dijéramos que el Proyecto también introduce novedades significativas en nuestro ordenamiento, como aquellos que hacen referencia al derecho al acompañamiento o a la promoción de iniciativas formativas para los profesionales en el ámbito de cuidados paliativos, el apoyo emocional, etc., aunque si bien es cierto, que dichas novedosas aportaciones no se han desarrollado convenientemente como hubiera sido recomendable¹⁸.

¹⁷ Ponencia presentada por De Miguel Beriain, I., en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid del 20 al 22 de octubre de 2011. El texto de la ponencia se puede encontrar en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.aeds.org/XVIIIcongreso/ponencias>>. Vid. p. 6.

¹⁸ LÓPEZ DE LA OSA ESCRIBANO, A., "Informe preliminar al anteproyecto de ley reguladora de los derechos de la persona ante el proceso final de la vida", ALO 17/5/2011, accesible en

En cuanto a su contenido, el Proyecto de ley se estructura en cuatro capítulos, tres disposiciones adicionales y dos disposiciones finales. En el Título Preliminar, se establece el principio fundamental de pleno respeto a la voluntad de las personas en el proceso final de su vida velando por la protección de la dignidad de los enfermos que se encuentran en fase terminal o de agonía y garantizar en esos momentos, el pleno respeto de su libre voluntad sobre los tratamientos que tengan que recibir; el Título I recoge la declaración de derechos de las personas en el proceso final de su vida, basada en la toma de decisiones junto con un derecho a la información completa y clara, en el sentido de garantizar la primacía de la voluntad de la persona en el proceso final de su vida. Los restantes preceptos, en los Títulos II y III, determinan el marco de actuación de los profesionales sanitarios y las obligaciones de las Administraciones al objeto de dar satisfacción a los derechos recogidos en el Título I.

2.4. LEYES AUTONÓMICAS SOBRE INSTRUCCIONES PREVIAS O VOLUNTADES ANTICIPADAS

Un tema que afecta directamente a la toma de decisiones en el proceso final de la vida y de la muerte, son los documentos llamados instrucciones previas o voluntades anticipadas. Por este motivo, a partir del año 2000, los Parlamentos de distintas Comunidades Autónomas, han ido aprobando diversas leyes sobre el llamado testamento vital o instrucciones previas o voluntades anticipadas¹⁹.

La Comunidad Autónoma pionera en la creación de la figura del testamento vital, cuyos planteamientos constituirán un punto de partida muy importante para el resto de las Comunidades e incluso para la posterior Ley estatal 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) es Cataluña. En esta Comunidad Autónoma se promulga la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica²⁰.

Unos meses después y, ya en el año 2001, la Comunidad Autónoma de Galicia promulgó la Ley 3/2001, de 28 de mayo de 2001, reguladora del

Internet en la siguiente dirección:

<<http://www.andoc.es/admin/archivo/DAV%20InformePreliminar%20Anteproyecto%20Muerte%20dignal70511.pdf>>.

¹⁹ ROJO-ÁLVAREZ MANZANEDA, L., "El testamento vital en la legislación autonómica", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2, (2003).

²⁰ DOGC de 11 de enero de 2001; BOE de 2 de febrero; Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas; DOGC de 27 de junio. Esta Ley fue aprobada por el Parlamento catalán el 21 de diciembre de 2000 y entró en vigor el 12 de enero de 2001.

consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, con la que se pretendía, “hacer efectivo un derecho ya existente del paciente a ser dueño de su destino”, tal y como consta en su exposición de motivos²¹. La Comunidad Autónoma de Extremadura reguló la posibilidad de llevar a cabo un testamento vital a través de un solo artículo en la Ley 10/2001, de 28 de junio. A finales del año 2001, será la Comunidad Autónoma de Madrid la que aprobará la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid²², procediendo a regular entre los derechos y deberes de los ciudadanos la figura del testamento vital.

En el año 2002, nos encontramos con la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón²³, que incluía entre sus novedades, el denominado testamento vital, regulando las actuaciones que permitirían a la Comunidad hacer efectivo el derecho a la protección de la salud. La Comunidad Autónoma de la Rioja regula la figura del testamento vital, incluyéndola en la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud²⁴. En la Comunidad Autónoma de Navarra se aprueba la Ley Foral de Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica²⁵. La Comunidad Autónoma de Cantabria regula la figura equivalente al testamento vital a través de la Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria²⁶. La regulación del testamento vital en el País Vasco, es mediante la aprobación de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.

En el año 2003, la Comunidad Valenciana aprueba la Ley 1/2003 de 28 de enero, sobre Derechos e Información al Paciente²⁷, donde incluye la regulación de la figura del testamento vital y establece como novedad importante, con relación al tema que nos ocupa, la posible objeción de conciencia que puede plantear el médico en un momento determinado, frente a las instrucciones previas que un paciente haya realizado²⁸.

²¹ DOGA de 8 de junio; BOE de 3 de julio. La Ley fue aprobada por el Parlamento gallego el 8 de mayo de 2001.

²² BOCM de 26 de diciembre de 2001; BOE de 5 de marzo de 2002.

²³ BOA de 19 de abril de 2002; BOE de 21 de mayo de 2002.

²⁴ BOLR de 23 de abril de 2002; BOE de 3 de mayo de 2002.

²⁵ BOE 30 de mayo de 2002, corrección de errores BOE 27 de junio de 2002.

²⁶ BOCA de 18 de diciembre de 2002, BOE de 7 de enero de 2003.

²⁷ BOGV de 31 de enero de 2003, BOE de 25 de febrero de 2003.

²⁸ Vid. art. 17.2 de la Ley 1/2003 de 28 de enero: “El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan relación con el autor del mismo. Caso que en el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración pondrá los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada de los pacientes en los supuestos recogidos en el actual ordenamiento jurídico”.

Hasta este momento ninguna de las leyes autonómicas había contemplado la posibilidad de que se produjera un conflicto de intereses entre la voluntad del paciente y la conciencia del facultativo, estableciendo con ello, una preeminencia de la autonomía de la voluntad el paciente y su libertad de decisión, sobre la libertad de conciencia del facultativo. Desde nuestro punto de vista, resulta llamativo que ninguna ley anterior a la de la Comunidad Valenciana haya establecido la posibilidad de que el facultativo pueda objetar por motivos de conciencia ante determinadas situaciones, quizás dando a entender que el facultativo debe respetar y cumplir siempre y en todos los casos que no sean contrarios a la ley, las voluntades anticipadas del paciente, sin dejarle ni un solo atisbo de libertad a él. Por este motivo, más adelante dedicaré un párrafo a analizar este conflicto de intereses que puede producirse y, que de hecho se produce en la actualidad. En este sentido, cabe señalar, que el posterior desarrollo legislativo de algunas las leyes autonómicas, como la de la Comunidad de Madrid y la de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, sí reconocen la objeción de conciencia del personal sanitario.

En el caso de las Islas Baleares, es la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud, la que se encarga de regular la figura del testamento vital, con un solo artículo dedicado a esta materia²⁹. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Castilla-León la figura del testamento vital está regulada por la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud³⁰. Finalmente la Comunidad de Andalucía, aprueba la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada, que profundizando en los derechos reconocidos en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía incorpora “el derecho que asiste a toda persona a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de la capacidad de consentir por sí misma. En este sentido, su objeto no es otro que dar un trato especial al derecho de autonomía que asiste a los pacientes mediante un instrumento que se ha dado en llamar declaración de voluntad vital anticipada”³¹.

²⁹ BOCAIB de 22 de abril de 2003. Vid art. 18.

³⁰ BOCYL de 14 de abril de 2003; BOE de 30 de abril de 2003.

³¹ BOJA núm. 210, de 31 de octubre de 2003; BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

3. REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE EL PROCESO AL FINAL DE LA VIDA Y DE LA MUERTE

3.1. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE MUERTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA³²

El Parlamento de la Comunidad de Andalucía, el 17 de marzo de 2010, aprobó la primera Ley sobre muerte digna del Estado español³³. Esta Ley concreta y detalla aspectos que ya estaban recogidos en la Ley de la Autonomía del Paciente, pero que hasta ahora habían sido objeto de interpretaciones diferentes, dependiendo de los centros sanitarios o de la creencia del personal facultativo.

Mediante esta Ley, el Parlamento andaluz, viene a desarrollar lo establecido en los artículos 20 y 22.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía³⁴, teniendo en cuenta, por una parte, las recomendaciones de la Comisión Autónoma de Ética e Investigación Sanitarias, en su sesión de 25 de junio de 2008, acerca de los contenidos éticos de una eventual regulación normativa sobre la dignidad de las personas ante el proceso de la muerte y, por otra, la Recomendación 1418/1999, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre “Protección de los derechos Humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos”. La Recomendación 24/2003, del Consejo de Europa, sobre “La organización de los cuidados paliativos”, recomienda que se adopten medidas legislativas para establecer un marco coherente sobre

³² Ley 2/2010, 8 de abril.

³³ BOE, núm. 127, de 25 de mayo de 2010.

³⁴ Estatuto de Autonomía para Andalucía, Vid. art. 20. “Testamento vital y dignidad ante el proceso de la muerte. 1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley. 2. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrantes y a la plena dignidad en el proceso de su muerte”. Vid. art. 22. “Salud. 1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. 2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a: a) Acceder a todas las prestaciones del sistema, b) La libre elección de médico y de centro sanitario; c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten; d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico; e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad; f) El consejo genético y la medicina predictiva; g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos; i) El acceso a cuidados paliativos; j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico; k) Recibir asistencia geriátrica especializada. 3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes. 4. Con arreglo a la ley se establecerán los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de los derechos previstos en los apartados anteriores”.

cuidados paliativos y, según consta en la Exposición de Motivos de la Ley, el Estatuto de Autonomía, en sus artículos 20 y 22 no ha hecho sino elevar dicha idea a la categoría de derecho en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la persona en el proceso de la muerte de la Comunidad andaluza, consta de 33 artículos, una Disposición transitoria única, y tres Disposiciones finales. La Ley está dividida en cinco Títulos, el Título I, está destinado a las Disposiciones generales; el Título II a los Derechos de las personas ante el proceso de la muerte; el Título III a los Deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de muerte; el Título IV a las Garantías que proporcionarán las instituciones sanitarias; y el Título V a las Infracciones y sanciones.

El texto del Parlamento andaluz regula la limitación del esfuerzo terapéutico y establece de que manera los centros sanitarios tendrán que proceder para retirar un tratamiento cuando el paciente lo desee, prohíbe el encarnizamiento terapéutico y permite a los pacientes rechazar un tratamiento que les prolongue la vida de forma artificial, así como también da cobertura a la sedación paliativa para disminuir el sufrimiento de los enfermos, aunque ello pueda suponer acortarles la vida³⁵.

La Ley tiene como objetivo principal que prevalezcan los derechos del paciente a la hora de recibir determinados tratamientos y el cumplimiento de las garantías de los enfermos por parte de cualquier institución sanitaria, ya sea pública o privada, incluso de índole religiosa.

3.2. LEY FORAL DE NAVARRA SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO FINAL DE LA VIDA

La Ley Foral de Navarra sobre derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso final de la vida³⁶, trata de regular y desarrollar los derechos de las personas que se encuentran en el proceso final de la vida, profundizando en el espíritu y la normativa contenida en la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre de derechos y deberes de las personas en materia de salud³⁷, especialmente en la relativo a lo establecido en su artículo 3 que regula los derechos de la ciudadanía relativos al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin discriminación alguna y en su artículo 54, que regula las voluntades anticipadas.

La Ley Foral de Navarra consta de 29 artículos, 6 Disposiciones adicionales, 1 Disposición transitoria y 3 Disposiciones finales. El Título I esta dedi-

³⁵ Vid. art. 8.2, art. 14 y art. 20 de la Ley de Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, del Parlamento andaluz.

³⁶ BOE núm. 99, 26 de abril de 2011, pag. 42304.

³⁷ Vid. BON nº. 139, 15 de diciembre de 2010.

cado a las Disposiciones generales, El Título II está dedicado al derecho de las personas ante el proceso de la muerte, el Título III, a los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de la muerte, el Título IV a las garantías que proporcionarán los centros e instituciones sanitarias o sociosanitarias y el Título V a las infracciones y sanciones.

La Ley Foral de Navarra, es muy parecida a la Ley aprobada por el Parlamento andaluz, pero con algunas diferencias propiciadas porque en el debate de esta Ley hubo un mayor juego parlamentario, en el cual se presentaron diversas alegaciones que fueron parcialmente tomadas en cuenta.

La primera diferencia hace referencia al nombre de la Ley. En el texto base, el nombre que figuraba era exactamente el mismo que el de la Ley andaluza, sin embargo, al final y tras diversas alegaciones se consensuó, el nombre definitivo y se optó por incluir "... en el proceso final de la vida" y rechazar el propuesto inicialmente, "... en el proceso de la muerte".

Por otra parte, también, en el texto definitivo de la Ley se suprime un supuesto "derecho a la sedación" que, sí figuraba en el texto propuesto. Así mismo, desaparece de su texto inicial la retirada de la alimentación y la nutrición en la obligación de limitar el esfuerzo terapéutico y, por último, se suprime la tipificación de "delito muy grave" la simple "obstaculización o impedimento a los ciudadanos del disfrute de cualquiera de los derechos expresados en la Ley". Este "delito muy grave" además de la sanción económica correspondiente podía incluir "la revocación de la autorización para la actividad en centros"³⁸ comportando una amenaza y una presión sobre los profesionales.

Una de las cuestiones a destacar, hace referencia al documento de voluntades anticipadas o testamento vital. En la Ley Foral de Navarra se ha considerado importante, completar más su función, así como los criterios de interpretación que pueda tener en cuenta la persona representante, llegado el momento y, sólo en casos de incapacidad, para que actúe siempre buscando el mayor beneficio de la persona representada y con el máximo respeto a su dignidad personal³⁹.

En definitiva, la Ley Foral de Navarra, coloca a la persona en el centro de la relación clínica, al entender que es titular de derechos y que debe dirigir su proceso en deliberación con el personal asistencial. Es decir, los profesionales no pueden hacer uso de la información médica al margen de la persona, ni tampoco tomar decisiones sin contar con ella.

³⁸ Vid, artículos 32 y 33 del texto propuesto, que fueron suprimidos.

³⁹ Vid, arts. 8, 9 y 10 de la Ley.

3.3. LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA EN EL PROCESO DE MORIR Y DE LA MUERTE DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN⁴⁰

La Ley de la Comunidad de Aragón, viene a desarrollar el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con el artículo 12.1, reflejando los contenidos éticos de una regulación normativa sobre la dignidad de las personas ante el proceso de morir y de la muerte.

La Ley aragonesa consta de 34 artículos, 3 Disposiciones adicionales, 1 Disposición derogatoria y 4 Disposiciones finales. El título I está dedicado a las Disposiciones generales de la ley; el Título II a los derechos de las personas ante el al proceso de morir y de la muerte; el Título III a los deberes de los profesionales sanitarios que atienden a pacientes ante el proceso de morir y de la muerte; el Título IV a las garantías que proporcionarán las instituciones y centros sanitarios; por último, el Título V a las infracciones y sanciones.

Sin entrar en un análisis pormenorizado del articulado de la Ley aragonesa, en principio podemos afirmar que la Ley aprobada en Aragón, es idéntica, sobre todo, con la Ley aprobada en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En cambio, con relación a la aprobada en la Comunidad Foral de Navarra existen algunas diferencias. Así, podemos comprobar como, por ejemplo, el derecho del paciente a la sedación paliativa, que en la Ley foral de Navarra fue suprimido, gracias al debate parlamentario, en cambio en esta Ley aragonesa, al igual que en la Ley andaluza, sí que aparece reconocido como un derecho⁴¹. Desde nuestro punto de vista, y siendo conscientes de la complejidad del tema, creemos que la sedación paliativa no debería ser un derecho del paciente, sino que, es una maniobra terapéutica como cualquier otra, y sólo se debería realizar por profesionales expertos en cuidados paliativos, a juicio de éstos, y tras haber agotado todas las maniobras paliativas tendentes al alivio del sufrimiento, y después de comprobar que el síntoma que está causando dicho sufrimiento es refractario.

Por otra parte, la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón, al igual que la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pero a diferencia de la Ley de la Comunidad Foral de Navarra regula que en los supuestos de infracción muy graves, se podrá acordar por el Gobierno de Aragón la revocación de la

⁴⁰ Ley 10/2011, de 24 de marzo de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte, BOA, núm. 70, de 7 de abril de 2011.

⁴¹ Vid. art. 14 de la Ley aragonesa: "Derecho del paciente a la administración de sedación paliativa. El paciente en situación grave e irreversible, Terminal o de agonía que padece un sufrimiento refractario tiene derecho a recibir sedación paliativa". En la Ley andaluza, también en el artículo 14 se establece: "Derecho de los pacientes a la administración de sedación paliativa. Los pacientes en situación Terminal o de agonía tienen derecho a recibir sedación paliativa, cuando lo precisen".

autorización concedida para la actividad en centros y establecimiento sanitarios⁴², con todo lo que ello conlleva de amenaza y presión sobre el personal sanitario, como hemos apuntado anteriormente.

En este trabajo no pretendemos hacer un análisis pormenorizado de todas las leyes que acabo de apuntar, pero sí, considero oportuno detenerme en algunos aspectos que en todas ellas se regulan y, que en esta ocasión, merecen mi atención. Concretamente, me refiero a: Proteger la dignidad de la persona; Asegurar la autonomía del paciente; y los Deberes respecto a la toma de decisiones clínicas⁴³.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA

Las expresiones “dignidad humana”, “dignidad personal”, “derechos humanos”, son muy utilizadas, pero en ocasiones sin una debida e intensa valoración del ser humano. En la práctica, se niega la igualdad de los derechos, lo cual equivale a negar la igualdad del “ser” o de “naturaleza” a los seres no nacidos o a los enfermos que suponen una carga para la familia o la sociedad, etc. A su vez, la investigación científico-médica, con ocasión de los más recientes adelantos como la manipulación genética, por ejemplo, puede llevar a considerar al ser humano, al paciente, como un instrumento para el beneficio de la propia investigación científica, del progreso general de la humanidad o de la medicina⁴⁴.

Desde la Segunda Guerra Mundial, la dignidad humana ha adquirido una importancia creciente, no sólo en el ámbito social, sino también en el ético y en el jurídico. Resulta extraordinariamente difícil encontrar una definición precisa y acabada del concepto de dignidad, puesto que corresponde a uno de esos datos primarios irreductibles que no pueden ser formalmente definidos, sino que necesitan ser comprendidos por sí mismos⁴⁵. El término dignidad,

⁴² Vid. art. 33.4 de la Ley 10/10/2011 de la Comunidad de Aragón.

⁴³ Vid. art. 18.2: “Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención del paciente tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias del paciente en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 5/2003, de 9 de octubre y en sus respectivas normas de desarrollo, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas”.

⁴⁴ LEÓN, F., *Dignidad humana, Libertad y Bioética*, en Cuadernos de Bioética, 1992, 28, pp. 5-22; APARISI, A., “En torno al principio de la dignidad humana, (Aproposito de la investigación con células troncales embrionarias)”, en *Cuadernos de Bioética*, 2004, 54, pp. 257-282.

⁴⁵ Así lo muestra la rica bibliografía sobre el mismo. Vid., entre otras publicaciones, BARTOLOMEI, F., *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1987; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986; MELENDO, T., MILLAN L., *Dignidad ¿una palabra vacía?*, EUNSA, Pamplona, 1996; BALLESTEROS, J.,

designa en latín lo que es querido o considerado por sí mismo, no como derivado de otro. La dignidad humana significa el valor interno o insustituible que le corresponde al hombre en razón de su ser, no por ciertos rendimientos que preste ni por otros fines distintos del sí mismo⁴⁶.

El concepto de Dignidad es tan básico y fundamental que, como acabamos de señalar, resulta difícil definir a pesar de estar reconocido en todas las Declaraciones de Derechos Humanos y en los Tratados Internacionales. Así, en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se establece: "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana". A su vez, en el art. 10.1 de la Constitución española establece, "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la persona..."

Cuando hablamos de "dignidad", es preciso dilucidar si estamos hablando de un derecho, de un principio o de un "status". Un sector de la doctrina⁴⁷ considera la dignidad como un derecho fundamental. Sin embargo, otro sector⁴⁸, apunta que la dignidad cumple más bien una función "nuclear" debido que alrededor de su reconocimiento giran una serie de Derechos Fundamentales. Es decir, el reconocimiento de la dignidad de la persona, es el presupuesto necesario para que los derechos fundamentales adquieran su verdadero significado.

Si por el contrario, consideramos, que la dignidad es un principio, tendríamos que convenir que se trata de un principio constitucional, y tener en cuenta que, los principios constitucionales constituyen decisiones fundamentales que imprimen una orientación determinada a la que aspira el Estado y la sociedad. Por lo general, los principios cumplen una doble función: de vertebración y de fundamentación. Mientras que a través de la primera articulan o dotan de coherencia a la totalidad de las disposiciones constitucionales, por la segunda, presiden cualquier proceso interpretativo, obligando al intérprete a orientar su razonamiento en la dirección a lo que ellos pretenden significar⁴⁹.

⁴⁶ "Exigencias de la dignidad humana en biojurídica", en Manual de Bioética, Barcelona, 2001, pp. 179-203; GONZÁLEZ, A. M. *Naturaleza y dignidad*, EUNSA, Pamplona, 1996; D'AGOSTINO, F., "La dignidad humana, tema bioético", en *Vivir y morir con dignidad*, González, A. M., Postigo, E., Aulestiarte, S. EUNSA, Pamplona, 2002.

⁴⁷ FERRER, U., "La dignidad y el sentido de la vida", en *Cuadernos de Bioética*, 1996, 26, pp. 191-201.

⁴⁸ RUIZ MIGUEL, C., "El significado del Principio de Dignidad de la Persona", en *Revista Jurídica del Perú*, Ed. Normas Legales, 1996, (Trujillo-Perú), p. 175.

⁴⁹ SÁNCHEZ VILLANUEVA, V., "Acerca de la dignidad de la persona", en *Boletín Jurídico*, 4, marzo 2007.

⁵⁰ PALOMINO MANCHEGO, J. F., en el Prólogo del libro, *Estudios de Derecho Constitucional*, Trujillo 2002, p. XVIII.

Desde nuestra perspectiva, coincidimos con los que opinan que, “el derecho a la dignidad de la persona lo podemos ubicar en la categoría de principio constitucional, y la dignidad es un status o condición que, en opinión de los seguidores del Derecho Natural, es inherente al ser humano e inalienable, en cuanto el devenir histórico ha determinado que tanto las Constituciones como los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, reconozcan a la dignidad de la persona como base para articular, alrededor de su reconocimiento, la existencia de los Derechos Fundamentales”⁵⁰.

En este sentido, la dignidad de la persona, como status o condición, es “el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias y, que prohíbe, cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales”⁵¹.

En definitiva, todo ser humano tiene un derecho absoluto por el mero hecho de existir, de ser considerado como fin; debe ser tratado como algo único, insustituible e irrepetible. Esta es la dignidad constitutiva u ontológica de la persona, del ser humano. Esta dignidad pertenece a todo hombre y está indisolublemente ligada a su naturaleza con independencia de sus condiciones, sus circunstancias o su actuación.

Con el concepto moderno de dignidad, el valor del individuo yace únicamente en sus rasgos humanos independientemente de su posición social, origen o filiación. Los fundamentos modernos de la dignidad, pretenden justificar la dignidad humana únicamente en los rasgos humanos con el fin de justificar la idea de igual dignidad. Igual dignidad, que es el fundamento del Estado de Derecho que considera a los individuos, como ciudadanos con iguales derechos y deberes. Sin embargo, dichas fundamentaciones tienen poca relevancia práctica: en efecto, por un lado, dan por sentado y obvio que por su excelente naturaleza, el ser humano tiene un valor absoluto y, es merecedor de derechos; por otra parte, dicha obviedad choca con las numerosas situaciones actuales y pasadas donde individuos han visto degradada y vulnerada su dignidad. Con otras palabras, si el valor del ser humano es tan obvio, ¿Por qué no se impone en la realidad con tanta obviedad?⁵².

El concepto moderno de dignidad no niega la existencia de desigualdades entre los individuos. Lo que sí niega es que esas desigualdades naturales y sociales sean la justificación de un tratamiento desigual por parte de las instituciones o un trato degradante entre los individuos. Es decir, cada uno, mere-

⁵⁰ SÁNCHEZ VILLANUEVA, V., “Acerca de la dignidad de la persona”, ob. cit.

⁵¹ DE ESTEBAN, J., y GONZÁLEZ-TREVUJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional español*, Vol. II, Madrid 1993, pp. 24-25.

⁵² PELÉ, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: revista de filosofía, derecho y política*, 1, 2004-2005, pp. 9-13.

ce un respeto debido por el mero hecho de ser humano. Dicha afirmación recuerda la base de la definición moderna de la dignidad que aparece en Kant: “la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin y, en este consiste precisamente su dignidad, en virtud de la cual, se eleva sobre todas las cosas”⁵³.

Un concepto unido a la dignidad humana, es el de la vulnerabilidad. Es precisamente cuando un individuo, un colectivo e incluso la especie humana están en una situación vulnerable, que el argumento de la “dignidad” aparece para remediar esta situación⁵⁴.

Desde esta perspectiva, cuando se tiene en cuenta, la situación de vulnerabilidad de la persona que se encuentra afectada por una enfermedad o en proceso de muerte y debe tomar decisiones que están directa o indirectamente relacionadas con su dignidad, es cuando las leyes tienen que proteger la dignidad de la persona en la toma de decisiones relativas a la salud y en los procesos de muerte.

Así, las cuestiones actuales entorno de las cuales ha aparecido el tema de la dignidad humana, evocan situaciones de sufrimiento por parte del sujeto implicado, como el derecho a morir dignamente, o el derecho a unas condiciones mínimas de existencia; pero en otras ocasiones no, como por ejemplo, la clonación o la situación de discapacidad mental, donde la vulnerabilidad y la integridad del ser humano sí están en juego, pero no el sufrimiento o el dolor⁵⁵.

Es esencial que la sociedad acepte la vulnerabilidad y la fragilidad humana. Lo propio de los facultativos y de todo el personal sanitario es curar o cuidar a la vida dañada. Por eso es fundamental, que el personal sanitario reconozca en esa humanidad deteriorada toda la dignidad humana. Pero la preservación, defensa y respeto al enfermo supone no sólo en la hora de la agonía o en la proximidad de la muerte, sino en todos los momentos evolutivos de la enfermedad; esa persona débil goza del derecho a verse rodeada de condiciones de dignidad. Y ello supone, morir sin dolor y sin síntomas mal controlados o síntomas refractarios. Supone no prolongar de manera artificial el proceso de morir. Supone morir acompañado de la familia y amigos, tener la posibilidad de ser informado adecuadamente, y sustancialmente poder participar en la toma de decisiones. Supone elegir donde se desea morir, contando en cada caso con el apoyo adecuado. Y para la sociedad en general supone aceptar la dignidad de la vulnerabilidad y la fragilidad⁵⁶.

⁵³ KANT, *Metafísica de las Costumbres*, Segunda parte. *Principios de la doctrina de la virtud*. Trad. de A. Cortina, Madrid 1989, p. 335.

⁵⁴ PELE, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, ob. cit. p. 13.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁶ GONZÁLEZ BARÓN, M., “La dignidad del enfermo y el respeto a la debilidad”. Artículo

5. AUTONOMÍA, LIBERTAD Y AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE

El consentimiento informado es la concreción más clara del principio de autonomía del paciente en el ámbito sanitario. Supone una vía de manifestación de la voluntad del individuo respecto a su propia salud a la que da cobertura, entre otros, el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

En España, su incorporación progresiva al ordenamiento jurídico comienza con la Constitución de 1978, como exigencia vinculada a los derechos fundamentales que consagra. Así, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵⁷, desarrolla en su artículo 10 la denominada “Carta de los Derechos de los pacientes”, cuyo apartado sexto se refería específicamente al consentimiento informado. Como ya ocurriera previamente en otros países, en esta Ley se apostó por un modelo asistencial centrado en la humanización de los servicios sanitarios y el respeto por la dignidad de la persona y la libertad individual. Con esta premisa, el consentimiento informado se concibe en sus inicios como el acto informativo acerca de la enfermedad, los procedimientos terapéuticos, sus riesgos y beneficios, para obtener la aprobación libre de coacción del paciente⁵⁸. Mas adelante, el consentimiento informado tiende a entenderse no ya como un hecho informativo puntual, sino como un proceso deliberativo a través del cual se produce una relación de reciprocidad entre médico y paciente con el que se pretende que éste adquiera un protagonismo mayor⁵⁹.

El Convenio de Oviedo es un precedente fundamental para la génesis de la actual Ley 41/2002, y así, queda establecido en su exposición de motivos. De hecho, la citada Ley supone la adaptación de las previsiones del Convenio al régimen jurídico español, respondiendo de este modo a la inquietud política y social por la defensa del paciente⁶⁰.

En este contexto, debemos tener en cuenta que, el respeto a las personas incluye por lo menos dos convicciones éticas. La primera, es que todos los

publicado en el ABC, el 25 de marzo de 2010.

⁵⁷ BOE nº 102, de 29 de abril de 1986.

⁵⁸ En estos términos sigue apareciendo en el art. 10 apartado 2, del Código de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial, que data de 1999.

⁵⁹ En esta línea se expresa, GRACIA, P., en el Prólogo a SIMÓN LORDA, P., *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, 2000, pp. 15-18. Así mismo, la evolución del modelo paternalista al modelo deliberativo es explicado por SIMÓN LORDA y JÚDEZ GUTIÉRREZ, “El consentimiento informado”, en *Medicina Clínica*, vol. 117, nº. 3, 2001.

⁶⁰ Piénsese por ejemplo, en todas las leyes autonómicas que precedieron a la Ley: Ley 21/2000, de Cataluña, de 29 de diciembre, sobre derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica; Ley 3/2001, de Galicia, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes,.....

individuos deben ser tratados como agentes autónomos, y la segunda, que todas las personas cuya autonomía está disminuida tienen derecho a ser protegidas. Como consecuencia de ello, el principio de respeto a las personas se divide en dos prerequisites morales distintos: el que reconoce la autonomía, y el que requiere la protección de aquellos cuya autonomía está de algún modo disminuida.

Una persona autónoma es un individuo que tiene capacidad de deliberar sobre sus fines personales y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía significa dar valor a las consideraciones y opciones de las personas autónomas, y abstenerse a la vez de poner obstáculos a sus acciones, a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás. Mostrar falta de respeto a un agente autónomo es repudiar los criterios de aquella persona, es negar a un individuo la libertad de obrar de acuerdo a tales criterios razonados, o privarle de la información que se requiere para formar un juicio meditado, cuando no hay razones que obliguen a obrar de este modo⁶¹. En definitiva, por autonomía entendemos, la capacidad de un individuo o de un grupo a actuar con independencia y según su propio criterio.

Sin embargo, no todo ser humano es capaz de autodeterminación. El poder de autodeterminación madura a lo largo de la vida del individuo, y algunos de estos pierden este poder, completamente o en parte, a causa de una enfermedad, o de circunstancias que restringen severamente su libertad. El respeto por los que no han llegado a la madurez y por los incapacitados puede requerir que se les proteja hasta la madurez o mientras dure la incapacidad⁶².

Para que las personas puedan decidir con libertad es fundamental que tengan el suficiente conocimiento y la necesaria voluntad. Es importante tener presente este concepto al hablar de la relación médico-paciente, ya que no es cualquier relación; es una relación humana establecida entre dos personas; es decir, una persona que está enferma, que sufre y pide ayuda, y otra persona, un médico experto, que debe sanarla, y si no lo consigue, al menos aliviarla, consolarla o acompañarla.

Tradicionalmente, se ha aceptado que la relación médico-paciente es una comunicación vertical entre una persona sin conocimientos médicos, desvalida y pide ayuda a otra, que tiene en sus manos la posibilidad, al menos, de aliviar su sufrimiento si no puede lograr su mejoría. Es decir, el médico, en

⁶¹ Vid. El Informe Belmont, de 18 de abril de 1979. Principios y guías éticas para la protección de los sujetos humanos de investigación. Comisión nacional para la protección de los sujetos humanos de investigación biomédica y del comportamiento.

⁶² Véase en este sentido, TRIVIÑO CABALLERO, R., "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio de 2002", en *IndRET*, julio 2010.

esta visión hipocrática de la medicina, es un ser superior que posee un inmenso poder sobre otro ser que padece, que es el paciente.

Para bien o para mal esta relación tan vertical, con el paso de los años, ha ido variando. En la actualidad podemos apreciar que son muchos los factores que han cambiado, cambian, y seguirán cambiando. En la actualidad, se encuentra seriamente cuestionado el concepto de “beneficencia”, tan propia del juramento hipocrático. El médico ya no es el “benefactor”, sino un “prestador” de servicios de salud. El paciente ha ido adquiriendo progresivamente una mayor autonomía, siendo él quien decide lo que quiere y, si acepta o no, el tratamiento propuesto por el médico.

El principio de autonomía, como pieza clave para el recto entendimiento de la relación médico-paciente, poco a poco ha ido impregnando los diferentes órdenes bioético y jurídico, y en la actualidad ha alcanzado la más alta expresión de las leyes, en la doctrina y en la jurisprudencia.

En la actualidad, de acuerdo con lo establecido en las diferentes normativas, el eje de la relación se construye sobre la autonomía del paciente, quien sobre la base de una información adecuada, de unos datos relevantes, queda en libertad para tomar la decisión que crea más oportuna. Desde esta perspectiva, se toma al paciente como elemento rector de la situación, y el modelo deja de ser vertical, para pasar a ser horizontal, y la información pasa al primer plano y, sirve para que se pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa. Por lo tanto, un aspecto fundamental es el modo de informar. El modelo horizontal necesita de un lenguaje comprensible y accesible para iniciados. La información es fundamental para el consentimiento, para la autodeterminación, para consolidar una voluntad y permitir la libre decisión (consentimiento informado)⁶³.

No sería exacto afirmar que, el principio de autonomía ha desplazado totalmente del ámbito sanitario al principio de beneficencia, porque lo que demuestra la realidad es que existe una interacción entre ambos, aunque con predominio de la libre decisión de los pacientes en la conformación de sus relaciones. Es decir, se ha desplazado el centro de imputación de la relación, que ahora tiene como eje principal al paciente, de manera que, se está colocando como centro del sistema y así viene siendo asumido por las diferentes organizaciones sanitarias autonómicas, que debidamente coordinadas por el Consejo Interterritorial, conforman el Sistema Nacional de Salud⁶⁴.

⁶³ SÁNCHEZ CARO, J., “La relación médico paciente en el siglo XXI”, en *Bioética, Religión y Derecho: Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid*, celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005, Madrid, 2005, pp. 13-50.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 21.

Así pues, el elemento fundamental para que el paciente pueda decidir, es que esté informado previamente a tomar la decisión que crea más oportuna y posteriormente preste su consentimiento. El consentimiento informado, está definido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”⁶⁵.

El paciente, por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana, ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud. Así lo reconoce expresamente el art. 5 del Convenio del Consejo de Europa, para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997.

Por su parte, la Carta Europea de Derechos Humanos regula el consentimiento informado dentro del derecho a la integridad de la persona, después de reconocer a “toda persona el derecho a su integridad física y psíquica”, al disponer que, “en el marco de la medicina y la biología, se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley”⁶⁶.

En definitiva, el derecho consiste en la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física, afectada por una enfermedad, con relación al sometimiento a un tratamiento o actuación médica. Y este derecho a decidir por sí mismo, puede ser ejercido inmediatamente antes de cada intervención médica específica (consentimiento informado) o como una previsión futura, en un momento en que goza de plena capacidad, para el caso en que pierda dicha capacidad de decidir por sí (instrucciones previas).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando se refiere al deber/derecho a la información del paciente para prestar el consentimiento informado lo fundamenta en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), así como, en la dignidad de la persona y en el libre ejercicio de la personalidad, consagrados por el art. 10.1 CE como fundamentos del orden político y de la paz social. Y en concreto, del art. 1.1 CE se deduce, el recono-

⁶⁵ Vid. art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

⁶⁶ Vid. art. 3.2 de la Carta Europea de Derechos Humanos 2000/C 364/01. Hay que señalar que no siempre el consentimiento informado puede ser ejercitado por los propios interesados, titulares originarios del derecho, por falta de capacidad, lo que les hace merecedores de una especial protección, según prevén los arts. 6 y 7 del Convenio de Oviedo de 1997. En este marco normativo general, la Ley 41/2002 regula el contenido y alcance de este derecho del paciente al consentimiento informado, así como las formas en que puede ser ejercido.

cimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo a sus propios intereses y preferencias⁶⁷.

El deber de informar al paciente constituye, pues, un presupuesto del pleno disfrute de esta manifestación del derecho a decidir, sobre la propia salud de los usuarios de los servicios sanitarios, pues, la información proporcionada por el personal sanitario es un requisito imprescindible para que el paciente pueda adoptar la decisión que estime más conveniente para su salud a la luz de la propia concepción de la vida en general. En este sentido, el Tribunal Constitucional señala que: *Para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa y correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación*⁶⁸.

Así mismo, el Tribunal Constitucional reconoce que *siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquella tácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esta disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe*. Ahora bien, en ningún caso puede hablarse de un derecho subjetivo a la propia muerte. El derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. De donde se concluye que, de la misma manera que la autonomía del paciente, en cuanto facultad de decidir acerca de los tratamientos y actuaciones médicas que afecten a su propia vida, constituye un derecho de la persona estrechamente vinculado con los derechos a la integridad física y a la vida, estos mismos derechos marcan los límites de la autonomía del paciente, que nunca será absoluta, de modo que llegue a incluir el derecho a prescindir de la propia vida⁶⁹. Éste, es uno de los límites de la autonomía del paciente que

⁶⁷ Vid. SSTS, 1^a, 12 de enero 2001. RJ 2001/3; 11 de mayo 2001, RJ 2001/6197.

⁶⁸ Vid. STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ. 5.

⁶⁹ En la STC 137/1990, de 19 de julio, (FJ 5^o), se establece que en derecho fundamental a la vida, "no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida".

debe ayudar a interpretar el ejercicio del consentimiento informado y las instrucciones previas: de una parte, el derecho a la integridad física y moral impide que pueda aplicarse a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad o sin contar con ella, salvo que esté justificado constitucionalmente; y de otra, no existe un derecho subjetivo a morir⁷⁰.

En este mismo sentido, se pronuncia la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la STEDH, caso *Pretty v Reino Unido*, de 29 de abril de 2007⁷¹, al interpretar el art. 2 del CEDH en el que se reconoce el derecho de toda persona a la vida, entiende que este derecho no conlleva un aspecto negativo, a saber, el derecho a morir, y que dicho art. 2 CEDH no crea un derecho a la autodeterminación, en el sentido, que se conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida (ap. 39). Y de otra parte, al analizar la posible vulneración del art. 8 que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, el Tribunal, en un razonamiento *obiter dicta*, afirma, que si bien, “el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un final fatal, (...) la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente, si es adulto y sano mentalmente, se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el art. 8.1 del Convenio” (ap. 63).

En el caso de que se trate de un menor de edad, el tratamiento es diferente. Así, el art. 9.4 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente prevé que los menores de 12 años nunca puedan elegir la opción clínica disponible que estimen más conveniente par su salud. Dicha elección debe ser adoptada por sus representantes legales que deben actuar en interés del menor y respetando, en todo caso, sus propias convicciones, de modo que contribuya a su desarrollo integral de conformidad con lo establecido en el art. 6.3 de la Ley Orgánica 1/ 1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Por otra parte, frente a este criterio, el art. 9.3.c) de la Ley reguladora de la autonomía del paciente considera implícitamente que los menores de edades comprendidas entre los 12 y 16 años pueden o no elegir, por sí mismos, el tratamiento médico que estimen más conveniente para su propia salud, en función de su capacidad para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de cada opción clínica

⁷⁰ SANCHO GARGALLO, I., “Tratamiento legal y jurisprudencia del consentimiento informado”, en *InDret Revista electrónica para el análisis del Derecho*, núm. 2 (2004).

⁷¹ La demandante de 43 años, padecía una esclerosis lateral amiotrófica (ELA) y se encontraba paralizada desde el cuello hasta los pies, aunque su intelecto y la capacidad de tomar decisiones se encontraban intactos. A través de su abogado instó del Ministerio Público el compromiso de que no se instruyeran diligencias contra su marido si la ayudaba a morir. Ante la negativa y la desestimación de los recursos judiciales ingleses, acudió al TEDH denunciando la vulneración de los arts. 2, 3, 8, 9 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

disponible⁷². Así mismo, en el caso de menores de edad suficientemente capaces para entender el alcance del tratamiento médico, el Tribunal Constitucional entiende que *debe respetarse su derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal como distinto del derecho a la salud o a la vida y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)*⁷³.

Evidentemente uno de los temas relacionados con la autonomía y la libertad del paciente, es el de la toma de decisiones. Tanto el Proyecto de Ley reguladora de los derechos de las personas ante el proceso final de la vida, como las leyes autonómicas, como hemos señalado anteriormente, tienen como uno de los objetivos principales el hecho de que prevalezcan los derechos del paciente a la hora de recibir determinados tratamientos, pudiendo producirse con ello una ruptura del equilibrio entre los derechos del paciente y los del facultativo, a favor del primero, dotando de mucho mayor peso específico a la voluntad del paciente que, a las recomendaciones del facultativo a la hora de determinar el tratamiento a implantar.

En este sentido, podemos comprobar, como por ejemplo, en el Proyecto de ley estatal, en su art. 1 se establece que el objeto de la ley es *garantizar el pleno respeto de su libre voluntad en la toma de decisiones sanitarias*. En este mismo sentido, el art. 4 asegura a las personas en situación terminal o en agonía “su derecho a decidir libremente sobre las intervenciones y el tratamiento a seguir en dicho proceso, incluidos los cuidados necesarios para evitar el dolor y el sufrimiento”, y el art. 6 más concretamente señala que los pacientes a los que se refiere la norma “tienen derecho a que se respete su decisión sobre la atención sanitaria que se les dispense” y que “podrán rechazar las intervenciones y los tratamientos propuestos por los profesionales sanitarios, aún en los casos en que esta decisión pudiera tener el efecto de acortar su vida o ponerla en peligro inminente”, derecho que se extiende a “la decisión de interrumpir” cualquier intervención o tratamiento según el art. 6.2.

Como podemos comprobar, se superpone la voluntad del paciente a la del médico, pero esto, en sí mismo, no supone ninguna novedad frente a lo ya dispuesto en la Ley 41/2002, que puso punto y final a la supremacía del criterio del médico sobre la voluntad del paciente.

⁷² El Tribunal Constitucional en su STC 141/2000 de 19 de mayo, FJ 15, establece con claridad: *Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúe su capacidad de obrar.*

⁷³ Vid. STC 154/2002 de 18 de julio, FJ 9.

Por otra parte, el art. 15.1 del Proyecto de Ley estatal, establece que: “los profesionales sanitarios están obligados a respetar la voluntad manifestada por el paciente sobre los cuidados y el tratamiento asistencial que desea recibir en el proceso final de su vida” y, a continuación, el apartado 3 del mismo artículo 15, ratifica la absoluta prevalencia de la voluntad del paciente, al prever la exclusión de toda responsabilidad del profesional sanitario si ha cumplido la voluntad del paciente. Es decir, en principio podría pensarse que el médico no tiene ninguna responsabilidad si hace caso al paciente aunque viole la *lex artis*.

Sin embargo, conviene señalar que, de ninguna manera, debe entenderse, que el respeto a la voluntad del paciente tenga que ser absoluto. Si bien es cierto que, sí un paciente propone un tratamiento que vaya en contra de la *lex artis*, es palmario que el médico puede negarse a llevarlo a cabo, justificando su postura. Más aún, en el apartado 3 del artículo 15 del Proyecto incluye expresamente una coletilla en la que se establece que, la voluntad del paciente sólo es imperativa cuando se adecue al ordenamiento jurídico⁷⁴.

Con relación a las leyes autonómicas, señalar que sucede algo parecido. Así, por ejemplo, en los artículos 7 de la ley andaluza y de la ley aragonesa⁷⁵, el derecho a tomar decisiones de las personas que se encuentren en el proceso de muerte, se establece, que en toda intervención será necesario el previo consentimiento libre y voluntario del paciente, pero ese consentimiento será verbal, por regla general, dejándose constancia en la historia clínica.

Este procedimiento, a mi juicio, deja abierta la posibilidad indeseada de que la existencia de ese consentimiento verbal sea una interpretación del personal sanitario, consignado posteriormente y, por lo tanto, indemostrable. En este sentido, sería deseable que las autorizaciones, salvo caso de urgencia vital, fueran siempre previas y por escrito, bien por el paciente o bien por su representante legal.

El contenido del artículo 8 de ambas leyes autonómicas hace referencia al derecho al rechazo y a la retirada de una intervención. El paciente tiene lógicamente el deber de recibir la información veraz, completa y suficiente para tomar una determinación al respecto a su futuro y al curso de su enfermedad. Sin embargo, la vida no es sólo un derecho personal sino que tiene también una dimensión social. No es un derecho personal exclusivamente, es más un

⁷⁴ Dado que nuestra jurisprudencia ha establecido en ocasiones que la *lex artis* es “aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia en todo acto o tratamiento médico”, Vid en este sentido, STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9172); o que una conducta contraria a la *lex artis* crea responsabilidad en el facultativo [STS de 23 de mayo de 2006. (RJ 2006/3535)], es notorio que esa apelación general al ordenamiento, debería interpretarse en el sentido de incluir en ella la *lex artis*.

⁷⁵ Vid., art. 7.4 de la Ley 10/2011 de 24 de marzo de la Comunidad Autónoma de Aragón, y Vid., el art. 7.3 de la Ley 2/2010 de 17 de marzo de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

derecho humano, pero merecedor de protección por todos, el primero, aquel que ostenta responsabilidad pública y que puede con sus decisiones atentar contra este derecho.

Cuando estos artículos establecen que, el enfermo puede rechazar una intervención que el médico le propone y, añade, *aunque ello pueda poner en peligro su vida*, nos está diciendo que por encima de todo primará la autonomía individual o privada, por encima de cualquier otra consideración no ya solamente ética, sino jurídica⁷⁶.

Por otro lado, si dichos artículos establecen: “aunque ello pueda poner en peligro su vida”, eso significa, *a sensu contrario*, que no se está en una situación terminal y, menos aún agónica, que es el supuesto que contemplan las Leyes, sino en un proceso en el que es posible salvaguardar el derecho a la vida, mediante la técnica médica que el profesional proponga.

En definitiva, la autonomía y la libertad del paciente, es uno de los pilares de la sanidad actual y, como consecuencia de ello, ni la libertad de conciencia, ni la competencia médica y su código deontológico pueden justificar una limitación del derecho de autodeterminación del paciente. Desde esta perspectiva, ¿Le es lícito al enfermo pedir cualquier cosa y rechazar la que quiera? Evidentemente, el médico no tiene la obligación de complimentar cualquier deseo del enfermo. Para el paciente supone que no se hará nada sin su consentimiento, pero no tiene derecho a exigir el tratamiento que se le antoje y, por otra parte, también el médico puede declinar tratar a un paciente, por motivos de conciencia.

6. REGULACIÓN DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO Y LA COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA MATERIA

Como hemos podido comprobar en los epígrafes anteriores, la tendencia actual es una mayor protección a la libertad del paciente, sin embargo, desde nuestra perspectiva, ésta tendrá que llegar a un equilibrio en el que, “autonomía” y “prestación” puedan andar de la mano en un equilibrio estable. Por que, ¿quién defiende la autonomía del médico cuando se enfrenta a problemas éticos o bioéticos producidos por la medicina llamada del deseo⁷⁷, o en casos extremos, de la medicina basada en la evidencia?⁷⁸ La pérdida de este equili-

⁷⁶ Recordemos, por ejemplo, los casos que el enfermo rechaza por motivos religiosos una transfusión sanguínea, y que los órganos judiciales deben intervenir para evitar que precisamente ponga en peligro su vida.

⁷⁷ Según esta escuela, el médico tiene que estar disponible para cumplir los deseos del paciente cualquiera que ellos sean, total es un cliente y entre ambos prima una relación comercial.

⁷⁸ Es la aplicación fría de la fisiología, epidemiología o economía en la administración de la salud.

brio entre autonomía y prestación sanitaria, conlleva a perjudicar la relación humana entre dos personas de igual dignidad. El problema, por lo tanto, no es sólo cómo la medicina puede ser eficiente, sino también, cómo no perder su condición humana.

De un tiempo a esta parte, en las sociedades democráticas se producen situaciones, en las que determinados ciudadanos ante un concreto deber jurídico, se les plantea un problema de conciencia que les impide cumplir con el deber jurídico impuesto por la ley y, “lo único que solicitan estos ciudadanos del Estado es una alternativa y, si en algún caso, esa alternativa no existe, que el Estado consciente de que la conciencia sólo rige “el caso límite”, haga gala de la tolerancia. El Estado democrático es el gobierno de la mayoría respetando a las minorías y, la más pequeña de las minorías, la persona, es la que exige el mayor de los respetos. Sin tolerancia no hay Estado democrático, sino dictadura de la mayoría. El poder democrático obliga también al que lo ejerce”⁷⁹.

En definitiva, determinados ciudadanos lo que plantean, es lo que se conoce como objeción de conciencia, es decir, la oposición al cumplimiento de aquellos deberes jurídicos, incompatibles con las más profundas convicciones morales de una persona.

Muchas han sido, en los últimos años las diferentes manifestaciones de objeción de conciencia, que los ciudadanos han planteado⁸⁰, en algunos supuestos, la jurisprudencia ha aceptado las alegaciones formuladas por la persona afectada por la objeción y, en otros casos, no⁸¹.

La libertad de conciencia ampara el fuero interno del individuo, como derecho de defensa frente a las intromisiones de cualquier índole que intentasen violentarse, pero también las manifestaciones externas de la conciencia. La conciencia, el contenido de la conciencia, podrá estar influido por ideas o creencias religiosas, morales, racionales, políticas o de cualquier índole, pero, lo que importa es lo que el individuo percibe como “identidad, o “integridad” de su persona y, más exactamente, de su personalidad. Cualquier comportamiento que afecte a ese núcleo esencial es relevante desde el punto de vista de la libertad de conciencia. En este sentido, no se puede separar la conciencia del obrar conforme a la conciencia. Es ese obrar, el que básicamente interesa al Derecho”⁸².

⁷⁹ GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., Prólogo en ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 32.

⁸⁰ Piénsese en las manifestaciones de objeción de conciencia a los tratamientos médicos, a las prácticas abortivas, al juramento, la objeción fiscal, en el ámbito de las relaciones laborales, a formar parte de un jurado, a formar parte de una mesa electoral,...

⁸¹ Vid. En este sentido un interesante estudio de la jurisprudencia española y de derecho comparado lo podemos encontrar en NAVARRO-VALLS, R- MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid 1997; y NAVARRO VALLS, R., “Conflictos de conciencia y ley”, *Iustel* (2009).

⁸² GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., Prólogo en ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en*

Los ordenamientos constitucionales no suelen citar directamente la objeción de conciencia como un derecho subjetivo que se pueda alegar, “erga omnes”, en sus muy diversas manifestaciones. La Constitución española, no cita expresamente, la objeción de conciencia, sino que solamente se limita a citar alguna de sus modalidades y en concreto la objeción de conciencia al servicio militar.

La posición del Tribunal Constitucional, como es sabido, no ha sido lineal, sino más bien ha ido oscilando y adoptando posturas contradictorias⁸³. Buena prueba de ello son varias sentencias del Alto Tribunal. Así en la STC 15/1982, de 23 de abril, y en la STC 53/1985 de 11 de abril, se establece que, “el derecho a la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad ideológica y religiosa del artículo 16 de la Constitución, con independencia de que se haya dictado o no tal regulación”⁸⁴. Sin embargo, posteriormente el mismo Tribunal Constitucional, en la STC 160/1987, de 2 de octubre, modificó este criterio y consideró la objeción como un derecho autónomo de naturaleza constitucional no fundamental, aunque relacionado con las libertades religiosa e ideológica. Así mismo, en la STC 161/1987, de 27 de octubre⁸⁵, el Alto Tribunal, manifestó que no existe en nuestro ordenamiento jurídico un reconocimiento de la objeción de conciencia con carácter general y, que por ello, no cabe admitir más supuestos de objeción que los reconocidos expresamente en la Constitución o en una ley ordinaria⁸⁶.

la Constitución española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 30.

⁸³ Con relación a la posición del Tribunal Constitucional vid. RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *El factor religioso ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1992, pp. 103-107.

⁸⁴ Como es sabido, esta STC hacía referencia a la objeción de conciencia a las prácticas abortivas, y señalaba: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia [...] existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido fundamental a la libertad ideológica y religiosa, reconocido en el art. 16 de la Constitución y, como este Tribunal ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales” Vid. F. J. 14. En este mismo sentido, se pronuncia el mismo Tribunal Constitucional en su STC 15/1982, de 23 de abril, en la que se dispone: “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que nuestra Constitución reconoce en su artículo 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en la ordenación constitucional española”.

⁸⁵ Vid., el FJ.3 de la STC 161/1987 de 27 de octubre, en el que se establece: “la objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro derecho o en derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de Estado. Lo que pueda ocurrir es que se admita excepcionalmente respecto a un deber concreto”.

⁸⁶ Vid. STC 160/1987, de 27 de octubre.

Este recelo del Tribunal Constitucional a reconocer un derecho general a la objeción de conciencia, puede entenderse, desde la perspectiva de una cierta cautela de la sociedad civil, ante una posible expansión de alegaciones de objeciones de conciencia, como efectivamente ha venido ocurriendo en las últimas décadas, dando lugar a multitud de manifestaciones de objeción de conciencia y, entre ellas, la objeción de conciencia en el ámbito sanitario⁸⁷.

En el derecho español hay tres supuestos de objeción de conciencia reconocidos en el ámbito sanitario. Uno de ellos es la objeción del personal sanitario a intervenir en las prácticas abortivas, supuesto admitido por el Tribunal Constitucional⁸⁸; el segundo es la objeción de conciencia de los farmacéuticos, admitido por el Tribunal Supremo y por alguna legislación autonómica⁸⁹; y el tercero, es la objeción de conciencia al cumplimiento de las instrucciones previas reconocido en la legislación de alguna Comunidad Autónoma. Por el tema que nos ocupa, en esta ocasión nos vamos a detener, aunque sea brevemente, el último supuesto, la objeción de conciencia al cumplimiento de las instrucciones previas y a las decisiones adoptadas en el proceso de muerte.

La objeción de conciencia a las instrucciones previas, consiste en la negativa del personal sanitario al cumplimiento de las cláusulas contenidas en los documentos de instrucciones previas que considere contrarias a su conciencia⁹⁰. En consecuencia, la objeción nace como mecanismo para resolver el conflicto suscitado por el choque entre valores y principios fundamentales: el derecho del sujeto a decidir su conducta de acuerdo a sus convicciones morales (libre desarrollo de la personalidad) y, la obligatoriedad universal de la ley en un sistema democrático.

La regulación normativa de las instrucciones previas en nuestro país surge como consecuencia del Convenio de Oviedo, celebrado en el ámbito del Consejo de Europa, y que es Derecho vigente a partir de 1 de enero de 2000. Posteriormente, distintas Comunidades Autónomas, las han ido regulando

⁸⁷ Sobre esta cuestión vid., entre otros, SÁNCHEZ-CARO, J., ABELLÁN, F., *La relación clínica farmacéutica-paciente. Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, Granada, 2007, p. 13.; TARODO SORIA, S., *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2005, pp. 208 y ss., y GONZÁLEZ VARAS A., "Las objeciones de conciencia de los profesionales de la salud", en Roca, M^a. J. (Coord), *Opciones de conciencia. Propuestas para una Ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 301 y ss.

⁸⁸ STC 53/1985 de 11 de abril.

⁸⁹ STS de 23 de abril de 2005, STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2002; STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2007.

⁹⁰ Sobre la distinta terminología para referirse a las instrucciones previas vid. ZAMARRIEGO MORENO, J. J., "Autonomía prospectiva: instrucciones previas/voluntades anticipadas", AA. VV., *Bioética, Religión y Derecho*, en Fundación Universitaria Española, Madrid, 2005, pp. 55 y ss.

hasta que el Estado promulgó la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en cuyo artículo 11 apartado primero se define tal figura⁹¹.

Por su parte, como hemos señalado anteriormente, la mayoría de las Comunidades Autónomas han promulgado una legislación sobre el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas, y han creado los correspondientes registros. Algunas de estas normas autonómicas, reconocen el derecho de los profesionales sanitarios a formular objeción de conciencia respecto del cumplimiento de instrucciones previas (Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana y Comunidad de las Islas Baleares)⁹².

La Ley 41/2002, dentro del capítulo V titulado específicamente “El respeto de la autonomía del paciente”, tras una amplia regulación del consentimiento informado (arts. 8-10), en su artículo 11 al regular los documentos de instrucciones previas, omitió toda referencia a la objeción de conciencia, siendo que era perfectamente previsible que pudieran aparecer esos supuestos de conflicto entre bienes del facultativo y la voluntad anticipada del paciente, expresada en este tipo de documentos, a la que el tenor literal de la ley otorga un carácter de obligatorio cumplimiento para aquel, con las excepciones previstas en el apartado 3 del mismo artículo⁹³.

Cabe señalar que, a pesar de que las instrucciones previas estén ubicadas a continuación del consentimiento informado, existe una diferencia sustancial entre la voluntad expresada por el paciente en el consentimiento informado y la expresada en un documento de instrucciones previas, aunque ambas sean una manifestación del derecho de autonomía del paciente. En efecto, cuando un paciente firma un documento de consentimiento informado, lo que está manifestando es su acuerdo con la decisión del facultativo en relación con la intervención o terapia que éste considera adecuada para su situación. Si no está de acuerdo con esa decisión, puede no consentir y, rechazar el tratamiento que

⁹¹ El art. 11.1 de la 41/2002 establece: “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”.

⁹² Vid. Ley 3/2005, de 23 de mayo de la Comunidad de Madrid, art. 3.3; Decreto 168/2004, de 10 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Valencia, art. 5.3; Ley 1/2006, de 3 de marzo, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, art. 6.

⁹³ El apartado 3 del artículo 11 de la Ley 41/2002, establece: “No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la “lex artis” ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

se le propone pidiendo el alta voluntaria. Es decir, el consentimiento informado radica en el derecho del paciente de aceptar o no la voluntad del médico.

Por el contrario, en el caso de las instrucciones previas, estamos justamente en el supuesto contrario: es el médico quien debe decidir si acepta o no la voluntad irrevocable del paciente, pero con la peculiaridad de que para éste no se prevé la posibilidad de que pueda unilateralmente no cumplirla, sino que se le exige legalmente que la cumpla. De ahí que la objeción del médico se imponga como una consideración ineludible, cuya omisión en esta parte de la ley resulta del todo injustificable⁹⁴.

Ambas figuras, pivotan sobre perspectivas totalmente diversas en lo relativo al valor fundamental que se pretende proteger y que en ambas, es el mismo: la autonomía moral, pero en un caso, del paciente y en el otro del médico. El consentimiento informado es el instrumento de protección de la autonomía moral del paciente frente al médico, mientras que la objeción es el necesario correlativo instrumento de protección de la autonomía moral del médico frente al paciente⁹⁵.

La ausencia de todas estas consideraciones elementales en el debate público ha provocado la inexplicable realidad de que la mayoría de las Comunidades Autónomas hayan regulado el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas, pero que sólo algunas de esas normas autonómicas reconozcan el derecho de los profesionales sanitarios a formular objeción de conciencia respecto del cumplimiento de las cláusulas contenidas en dichos documentos. Nos encontramos aquí con uno de los muchos casos, donde el principio de igualdad resulta vulnerado, ya que, desde nuestro punto de vista, jurídicamente resulta insostenible que, en unas Comunidades Autónomas se tenga derecho a objetar y en otras no.

Cuando el facultativo plantea objeción de conciencia, en ningún momento esta cuestionando la autonomía del paciente y su derecho a decidir dentro del marco legal establecido, sino que lo que pretende es preservar su juicio de conciencia, tras haber realizado la correspondiente evaluación jurídica, técnica y clínica y, considera que la intervención médica que le exige el documento de instrucciones previas, es incompatible con sus convicciones morales.

6.1. COMPETENCIA PARA REGULAR LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL ÁMBITO SANITARIO

Una cuestión planteada por alguna Comunidad Autónoma, como por ejemplo la de Andalucía, para no regular la objeción de conciencia del perso-

⁹⁴ TALAVERA, P., *Objeción de conciencia y voluntades anticipadas*, en la siguiente dirección de Internet: <<http://www.san.gva.es/cas/prof/bioetica/bioetica/docs>>, p. 5.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 5.

nal sanitario, a la hora de aprobar las leyes autonómicas, fue plantear su falta de competencia sobre dicha materia, aduciendo que la competencia correspondía en exclusiva al Estado.

Pues bien, con relación a la competencia del Estado para poder legislar en materia de objeción de conciencia sanitaria mediante legislación básica, cabe señalar, en primer lugar, que no hay duda de que el Estado, utilizando los títulos competenciales derivados del art. 149.1, 1^a y 16^a CE, puede y debe regular la objeción de conciencia en el ámbito sanitario. Las dos materias a las que se refieren dichos apartados son, de un lado, “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”⁹⁶ y de otro, las “bases de la sanidad”.

El título competencial del art. 149.1.1^a CE lo que contiene es una habilitación para que el Estado establezca unas condiciones (mediante precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes) para el ejercicio de esas competencias autonómicas, con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales⁹⁷.

A su vez, cabe señalar, que la STC 61/1997, de 20 de marzo, ha precisado que: “El art. 149.1.1^o CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, ni tampoco como un título residual, aunque la formación del derecho, en virtud de esta competencia sea limitada, no ya sólo porque no se inscriba en la dinámica de las bases-desarrollo, en la que siempre ha de quedar un espacio normativo para las Comunidades Autónomas, sino más exactamente, porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal formación, como es evidente, no se determina ni se agota su régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la “igualdad de todos los espa-

⁹⁶ Respecto al alcance de la expresión “condiciones básicas” ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2002, de 14 de febrero, reiterando otras anteriores: “La expresión “condiciones básicas” no es sinónima de las locuciones “legislación básica”, “bases” o “normas básicas, por lo que “la competencia “ex” art. 149.1.1^a CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo”, de forma que “el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara: será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

⁹⁷ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria”, en *Derecho y Salud*, V. 16, 1, 2008, p. 139.

ñoles” representa el elemento teológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica el ejercicio de la competencia estatal”.

Con relación a las condiciones básicas del 149.1.1ª, la misma STC 61/1997, afirmó que: “la regulación de las condiciones básicas no puede suponer una formación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro, que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias en la materia, podrán siempre aprobar normas relativas al régimen jurídico de ese derecho (...) será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

Como hemos visto, las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular la objeción de conciencia, en base a su capacidad para legislar sobre derechos y deberes constitucionales al objeto de establecer, en el marco de las condiciones básicas fijadas por el Estado para cada derecho, el régimen jurídico del mismo, de acuerdo con el orden constitucional de competencias⁹⁸.

Desde esta perspectiva, estaríamos en el mismo caso que ocurrió con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, información y documentación clínica⁹⁹. Con anterioridad a esta Ley, que a tenor de su disposición adicional primera tiene la condición de básica de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.1ª y 16º CE, se habían promulgado algunas leyes autonómicas que, anticipándose a la básica del Estado, habían regulado la misma materia. Concretamente, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica; la Ley 3/2001 de 28 de mayo, de Galicia, sobre normas reguladoras del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; y la Ley Foral 11/ 2002, de 6 de mayo, de Navarra, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

Pues bien, ante esta situación, en ningún momento el Estado se planteó impugnar estas leyes autonómicas ante el Tribunal Constitucional por invadir su competencia legislativa o, dicho de otro modo, por haberse adelantado en el tiempo. Y ello, porque si bien, la regulación de desarrollo directo de los derechos fundamentales *stricto sensu* está reservada en exclusiva a la ley orgá-

⁹⁸ Vid. STC 61/1997, de 20 de marzo, y STC 188/2001, de 24 de septiembre.

⁹⁹ Durante el proceso de gestación de esta Ley se planteó la duda de si debía atorgarse el rango de ley orgánica por cuanto incidía en el desarrollo de derechos y libertades fundamentales. Finalmente, siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional plasmado en la Sentencia 10/1987, de 27 de octubre, se entendió que bastaba con la ley ordinaria ya que los numerosos derechos que regula no se constituyen en sí mismos como derechos fundamentales. Lo mismo es predicable del derecho a la objeción de conciencia en el ámbito sanitario.

nica (art. 81.1 CE), y por ende, vedada su regulación a la ley autonómica, la regulación de los derechos constitucionales sin más, por el contrario, está abierta a la ley ordinaria, estatal y autonómica. Y es indiferente que la ley autonómica surja antes que la estatal¹⁰⁰.

En efecto, en relación norma básica-norma autonómica, el Tribunal Constitucional, ha reiterado¹⁰¹, que las Comunidades Autónomas no necesitan esperar a que el Estado dicte la norma básica para disponer de inmediato de sus facultades normativas de desarrollo¹⁰².

Es cierto que no puede darse prevalencia total y absoluta a la ética privada sobre la ética pública, ética pública que se concreta en las normas aprobadas por la mayoría en las sociedades democráticas. La objeción de conciencia, no puede ser ejercitada directamente por cualquier ciudadano y en cualquier ámbito desobedeciendo dicho ordenamiento y sin norma legal que la ampare. Ello, como ha dicho el Tribunal Constitucional, implicaría la negación del Derecho y del Estado. Sin embargo, también el propio Tribunal Constitucional, en su STC 15/1982, de 23 de abril, establece que: “De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor no está por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado...”.

En efecto, el rechazo de un derecho general a la objeción de conciencia y el mantener que sólo es factible cuando esté reconocido por una norma, hace muy difícil la comprensión de su reconocimiento, en el supuesto del aborto, en virtud de su consideración por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental. Además, si se niega la naturaleza de derecho fundamental a la objeción no se concibe cual es la razón por la cual se ha estado admitiendo, en el caso del aborto, que no ha estado expresamente reconocida en norma alguna, hasta la Ley Orgánica 2/2010 y no en otros supuestos¹⁰³.

¹⁰⁰ BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria*, ob. cit. p. 141.

¹⁰¹ Vid. STC 85/1984, de 26 de julio.

¹⁰² BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria*, ob. cit. p. 141. “Aquí cobra especial importancia el llamado efecto desplazamiento, que se produce cuando las leyes autonómicas contradicen la Ley básica estatal. Entonces, en virtud de la cláusula de prevalencia del Derecho estatal, cuando son incompatibles se produce un desplazamiento de la Ley autonómica anterior por la Ley básica estatal posterior. Como ha dicho el Tribunal Constitucional se trata, no de una derogación, sino de una incompetencia sobrevenida (STC 109/2003, de 5 de junio, entre otras)”.

¹⁰³ MARTÍN SANCHEZ, I., *La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios*, en <www.foromedico.es> (consultado el día 22 de abril de 2012).

La Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la persona en el proceso de muerte, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al ser la pionera en esta materia, creo que ha perdido una oportunidad de regular la objeción de conciencia del personal sanitario en aquellos casos que se produzca una colisión entre la norma que reconoce el derecho y aquella que prescribe el deber. Desde esta perspectiva, creo que el motivo que utilizó la Junta de Andalucía para no regularla, no obedece a criterios jurídicos, sino más bien a criterios políticos y, por lo tanto, de tener o no voluntad política de que la Ley regulara la objeción de conciencia, como anteriormente, lo han hecho, algunas de las leyes autonómicas reguladoras de las instrucciones previas.

Desde esta perspectiva, considero necesario, que los conflictos de valores que puedan producirse durante el proceso de una enfermedad en la toma de decisiones relativas a la salud y la muerte, entre el médico y el paciente deben ser regulados teniendo en cuenta no sólo la autonomía y la libertad del paciente, sino también la autonomía, la libertad y la conciencia del personal sanitario, pues no se puede proteger sólo una de las partes en conflicto y desatender la otra, ignorando sus derechos, teniendo en cuenta, o previendo que el paciente siempre tiene la libertad de elegir otro facultativo, sino está de acuerdo con una determinada actuación del que lo está tratando.

Los supuestos más frecuentes y problemáticos, en los que se plantean y plantearán las objeciones de conciencia del personal sanitario, sin duda, son los referentes a las medidas paliativas o cuando la persona solicita que se le suministre todo tipo de analgésicos, incluidos los que acortan la vida, o los supuestos relacionados con las medidas de soporte vital, es decir, cuando el enfermo no quiere que se le prolongue artificialmente la vida o por el contrario quiere que su vida sea mantenida por todos los medios aunque ello suponga un encarnizamiento terapéutico¹⁰⁴.

Por este motivo, resulta imprescindible regular la objeción de conciencia en el ámbito sanitario, para compatibilizar la ética individual con la ética pública, bien sea en el ámbito estatal como ley básica, o en el ámbito autonómico de acuerdo con el orden constitucional de competencias.

El ejercicio de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario implica una colisión de derechos y deberes. De ahí, que al objeto de lograr el necesario equilibrio entre ellos sea preciso regular, mediante una adecuada ponderación de los intereses en conflicto, el contenido del derecho a la objeción de conciencia y los límites a su ejercicio, límites que han de ser proporcionados al fin con ellos perseguido, de manera que, preservado el derecho a la objeción

¹⁰⁴ En este sentido, vid., MARTÍN SÁNCHEZ, I., "La objeción de conciencia", en MARTÍN SÁNCHEZ, I., NAVARRO FLORIA, J. G., (Coords), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, p. 293.

de conciencia, sin embargo, su ejercicio no repercute negativamente sobre las previsiones legales ordenadas a la consecución de las condiciones establecidas constitucionalmente para el desarrollo de la vida individual y comunitaria y, resulte plenamente compatible, con la conciencia social y democrática imperante en cada momento y con una convivencia solidaria entre los ciudadanos.

7. CONSIDERACIONES FINALES

El 25 de enero de 2012, el Consejo de Europa aprobó la Resolución 1859 (2012) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona teniendo en cuenta los deseos anteriormente expresados por los pacientes¹⁰⁵. Sobre la base del artículo 8 de la Convención de Europa de los derechos del hombre, con relación, al derecho de respetar la vida privada, ninguna intervención puede practicarse sobre una persona sin que ella haya dado su consentimiento. Desde esta perspectiva, deriva el principio de autonomía personal y, como consecuencia de ello, todos los pacientes mayores de edad y capaces no deben ser manipulados y, si su voluntad ha sido claramente expresada, ésta debe prevalecer, incluso cuando ello suponga el rechazar un tratamiento.

Sin embargo, en el apartado 7.4 de la Resolución se establece que teniendo siempre presente los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos incurables y de los moribundos, cuando las instrucciones previas sean contrarias a la ley o a las buenas prácticas médicas, dichas instrucciones no serán válidas¹⁰⁶. Es decir, que sin olvidar que el ser humano tiene autonomía y, que puede decidir aquello que para él sea lo mejor en cada momento y, sobre todo, en el supuesto, en el que las personas se enfrentan a situaciones de declive físico y psíquico, en las que el ser humano se ve ante una salud precaria y, a la postre, a la propia muerte, debe respetarse su voluntad, siempre que ésta no sea contraria a la *lex artis*.

Las leyes sobre esta materia que, hasta ahora se han aprobado anteponen la autonomía y la libertad del paciente, ante la libertad del facultativo y, como consecuencia de ello, ni la competencia médica y su código deontológico pueden justificar una limitación del derecho de autodeterminación del paciente. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente y, así se recoge en la Resolución del Consejo de Europa, el médico no tiene la obligación de

¹⁰⁵ Résolution 1859 (2012), Discussion par l'Assemblée le 25 janvier 2012 (6^e séance) (voir Doc. 12804, rapport de la commission des question sociales, de la santé et du développement durable, rapporteur : M. Xuclà i Costa) Texte adopté par l'assemblée le 25 janvier (6^e séance).

¹⁰⁶ Résolution 1859 (2012), 7.4. "Les instructions préalables contenues dans des directives anticipées et/ ou des testaments de vie que sont contraires à la loi ou aux bonnes pratiques ou bien celles qui ne correspondent plus à la situation de fait, telle que l'intéressé € l'avait prévue au moment de la signature du document, no son pas valables".

cumplimentar, cualquier deseo del enfermo. El paciente, tendrá la seguridad que no se hará nada contrario a su voluntad sin que haya prestado previamente su consentimiento, pero ello no le garantiza, a exigir el tratamiento que se le antoje y, mucho menos, si es contrario a la *lex artis*.

Desde nuestro punto de vista, las leyes aprobadas hasta este momento, han perdido la oportunidad de legislar sobre la objeción de conciencia del personal sanitario ante situaciones de conflicto con los deseos del paciente y, en definitiva, ante conflictos de valores que puedan producirse durante el proceso de una enfermedad en la toma de decisiones relativas a la salud y la muerte y, por lo tanto, además de tener en cuenta la libertad y autonomía del paciente, también las leyes deberían haber tenido en cuenta, la autonomía y la libertad del personal sanitario, pues no se puede sólo proteger a una de las partes en conflicto e ignorar los derechos de la otra.