

LA SEDACIÓN TERMINAL

Luis Fernando Barrios Flores

Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

1. Concepto, similitudes y diferencias con otras figuras. 2. Justificación de la intervención sedativa terminal: 2.1. Argumentos legitimadores de la intervención. 2.2. Argumentos desvirtuadores del efecto negativo producido. 3. Tratamiento normativo: 3.1. Impunidad e irresponsabilidad de la sedación paliativa conforme a la *lex artis*. 3.2. Consecuencias de la intervención sin consentimiento. 3.3. Consecuencias de la denegación o insuficiente asistencia: 3.3.1. Penales. 3.3.2. Civiles. 3.3.3. Administrativas. 3.4. Consecuencias de la sedación terminal previa petición de pacientes no terminales. 4. Derecho a la asistencia y requisitos de la intervención sedativa: 4.1. Derecho a la intervención sedativa terminal. 4.2. Cumplimiento de la *lex artis*. 4.3. Consentimiento informado. 4.4. Documentación de actuaciones. 4.5. Salvaguarda de la intimidad. 5. Propuestas *de lege ferenda*.

1. Concepto, similitudes y diferencias con otras figuras.

La Organización Médica Colegial y la Sociedad de Cuidados Paliativos emitieron el 11.1.2002 una *Declaración sobre la atención médica al final de la vida*¹ en la que definieron la sedación como la “disminución deliberada de la conciencia con el objetivo de evitar un sufrimiento insostenible”. Esta medida es “gradual, susceptible de tomarse con la participación del enfermo o, en su defecto, de sus familiares”, pudiendo llegarse a la “sedación completa e irreversible”². Más recientemente, en un comunicado conjunto de la Organización Médica Colegial y de las Sociedades Españolas de Cuidados Paliativos (SECPAL), de Oncología Médica (SEOM), de Geriátrica (SEGG) y Medicina de Emergencias (SEMES) la sedación terminal ha sido conceptualizada como “un procedimiento médico bien definido, aceptable ética y jurídica-

mente y que, debidamente practicada, es una medida recomendable en situaciones de enfermedad terminal y en los últimos días, cuando no hay posibilidades terapéuticas, en situaciones de sufrimiento insoportable, no controlable y en los que se prevé una muerte próxima”³.

Esta actuación clínica –pues sólo en este ámbito me voy a desenvolver en lo que sigue– plantea problemas de diferenciación con otras figuras. Básicamente con la eutanasia directa y con el suicidio asistido. Aunque también puede haber algún tipo de conexión con la retirada de la hidratación/alimentación.

La eutanasia tradicionalmente es concebida como “matar deliberadamente a una persona por benevolencia”⁴. Su etimología (*eu*: bien; *thanatos*: muerte), explica originalmente este sentido. Sin embargo el término ha devenido confuso. Por ejemplo, es común entre nuestra doctrina penal emplear el término “eutanasia” tanto para aquellas conductas en las que el sujeto activo (sanitario) dirige su acción intencionadamente al acortamiento de la vida, como para aquellas otras en las que la conducta médica está orientada a aliviar el sufrimiento del sujeto aunque,

¹ OMC-SECPAL: *Declaración sobre la atención médica al final de la vida*, Madrid, 11.1.2002.

² Para PORTA, J., GUINOVART, E., YLLA-CATALÁ, E., ESTIBALEZ, A., GRIMAU, I., LAFUERZA, A., NABAL, M., SALA, C. y TUCA, A.: “Definición y opiniones acerca de la sedación terminal: estudio multicéntrico catalano-balear”, *Medicina Paliativa*, Vol. 6, núm. 3, 1999, pp 108-115: “Se entiende por sedación terminal la administración deliberada de fármacos para producir una disminución suficientemente profunda y previsiblemente irreversible de la conciencia en un paciente cuya muerte se prevé próxima, con la intención de aliviar un sufrimiento físico y/o psicológico inalcanzable con otras medidas y con el consentimiento explícito, implícito o delegado del paciente”.

³ *Diario El Mundo*, Suplemento “Salud”, núm. 613, 16.4.2005.

⁴ DWORCKIN, Ronald: *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Ariel, Barcelona, 1994, 1ª edic., p. 9. Parecidos términos se utilizan en nuestra doctrina administrativista; así MARTÍN MATEO, Ramón: *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 95, la cataloga como: “anticipación intencional de la muerte de una persona en su propio interés o, al menos, sin perjuicio para ella”.

como efecto secundario, se acorte la vida⁵. No obstante, el sustantivo “eutanasia” viene acompañado en estos casos por el adjetivo correspondiente que marca la diferenciación de conductas. Se habla así de eutanasia “directa” e “indirecta”, distinción que es también común en ámbitos ajenos al derecho⁶. La indirecta supone la administración de calmantes con la intención principal de aliviar los dolores⁷ del enfermo terminal, aunque conociendo que ello pueda traer como consecuencia probable –y hasta necesaria– la anticipación de la muerte. La directa por su parte implica la muerte de la persona como propósito principal⁸.

La distinción entre ambos tipos de eutanasia tiene importantes repercusiones legales –a ellas aludiré más adelante–, al igual que sucede en el plano ético⁹, pese a lo

⁵ JUANATEY DORADO, Carmen: Derecho, suicidio y eutanasia, *Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994*, pp. 378-379 (que hace una detallada clasificación de los tipos y subtipos de eutanasia); ROMEO CASABONA, Carlos María: “El marco jurídico de la eutanasia en el Derecho español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 13, 1987, pp. 191-192; GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico de la muerte y del dolor”, *El Mundo*, 19.4.2005, p. 4.

⁶ REVERTE COMA, José Manuel: Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos, *Edic. Díaz de los Santos, Madrid, 1983*, p. 101.

⁷ En lo sucesivo utilizaré indistintamente los términos “dolor” y “sufrimiento”, aún siendo plenamente consciente de la diferencia entre ambos. Como afirma Lewis, mientras el dolor es una sensación, el sufrimiento es una emoción; LEWIS, C.S.: *The Problem of Pain*, *McMillan Press, New York, 1943*, p. 78. Y es que los cuerpos no sufren, sufren las personas: “El sufrimiento lo experimentan las personas, no simplemente los cuerpos, y tiene su origen en los retos que amenazan a la integridad de la persona como compleja entidad social y psicológica”; CASSELL, Eric J.: *The Nature of Suffering and the Goals of Medicine*, *Oxford University Press, New York, 1991*, pp. 32 y del mismo autor “*The nature of suffering and the goals of medicine*”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 306, 1982, pp. 639-645.

⁸ CASSWELL, Donald G.: “*Rejecting criminal liability for life-shortening palliative care*”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 6, 1990, p. 129.

⁹ La Iglesia Católica es tajante al respecto. Así la citada en PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS: Carta de los Agentes Sanitarios, Ciudad del Vaticano, 1995 se afirma (apartados 147-148): “La piedad suscitada por el dolor y por el sufrimiento hacia enfermos terminales, niños anormales, enfermos mentales, ancianos, personas afectadas por enfermedades incurables, no autoriza ninguna eutanasia directa, activa o pasiva. Aquí no se trata de ayuda prestada a un enfermo, sino del homicidio intencional de una persona humana... las personas no poseen un derecho eutanásico, porque no existe el derecho de disponer arbitrariamente de la propia vida. Ningún agente de la salud,

cual la justificación de una (la indirecta) y la punición de otra (la directa) ha sido sometida a contundentes críticas. Así Álvarez Gálvez¹⁰ considera que la pretendida diferencia en la intención del sujeto activo (médico) –la muerte en la eutanasia directa y la paliación del dolor en el caso de la indirecta– no puede cambiar el juicio moral que merece un comportamiento que provoca un resultado conocido y aceptado. En ambos casos la volición del resultado es intencional, ya que aunque el médico no desee que un determinado resultado acontezca (muerte), sabe que necesariamente sucederá si realiza cierta conducta. Luego, “si con todo, la realiza, entonces conoce y quiere el resultado (aunque no lo *desea*), es decir, éste se causa intencionalmente”. Por lo tanto, “lo que se quiere como consecuencia inevitable o con un grado de probabilidad rayano en la seguridad debe afirmarse como intencional”¹¹.

No obstante, sigue vigente la distinción entre ambos tipos. Y buena muestra de ello la proporciona la citada Declaración de la OMC-SECPAL que considera que el calificativo de eutanasia –se está refiriendo a la directa– “debe incluir exclusivamente la acción u omisión, directa e intencionada, encaminada a provocar la muerte de una persona que padece una enfermedad avanzada o terminal, a petición expresa y reiterada de ésta”, mientras que sugiere dicha Declaración que el término “eutanasia indirecta” debiera ser retirado, por estar mejor definido por el “doble efecto”. Me temo que en este punto la Declaración de la OMC-SECPAL confunde lo que es el resultado (eutanasia), que va unido a la calificación de las intenciones subyacentes (directa-indirecta –intención primordial–), con el mecanismo de legitimación de la segunda (doble efecto). No puede confundirse el resultado de una actuación con una determinada intencionalidad (eutanasia indirecta) con

por consiguiente, puede hacerse tutor ejecutivo de un derecho inexistente”. Pero incluso fuera de la órbita religiosa existen similares pronunciamientos; así la Asociación Médica Mundial en su Declaración sobre la eutanasia elaborada en el curso de la 39ª Asamblea celebrada en Madrid en 1987 señala: “La eutanasia, es decir, el acto de poner fin deliberadamente a la vida de un paciente, tanto a petición del paciente mismo como por solicitud de sus familiares, es inmoral. Esto no impide al médico respetar el deseo de un paciente de permitir que el proceso natural de la muerte siga su curso en la fase final de la enfermedad”.

¹⁰ ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo: La eutanasia voluntaria autónoma, *Dykinson, Madrid, 2002*, pp. 84-86.

¹¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel: Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, *Civitas, Madrid, 1984*, p. 207.

una –sólo una- de las posibles justificaciones éticas de la misma (doble efecto). Para complicar aún más las cosas el término eutanasia indirecta es discutido y algunos prefieren utilizar la expresión de eutanasia terminal o paliativa por considerar que sería más adecuado al contenido actual que se pretende describir¹². En lo sucesivo utilizaré el término sedación terminal¹³, aunque bien entendido que – a los presentes efectos- lo equiparo a la eutanasia indirecta.

Por su parte, el suicidio asistido es la cooperación en la muerte de una persona que no se encuentra próxima a la muerte¹⁴. Cuando la ayuda proviene de un médico se distingue de la eutanasia en que en ésta el facultativo proporciona un modo de suicidarse y, además, en caso de que el paciente se lo pida, actúa como el causante real de la muerte¹⁵. Tiene este procedimiento algunas ventajas, tales como el dominio del paciente sobre la administración de la dosis letal y el sentimiento de mayor aceptación en los médicos que participan –a diferencia de la eutanasia voluntaria activa- solo indirectamente. Entre las desventajas se afirma por los oponentes de este recurso final que viola la moral tradicional y las prohibiciones profesionales contrarias a que se contribuya a la muerte de una persona¹⁶.

El suicidio asistido es un tema polémico sobre el que inciden posiciones ideológicas y sentimientos creenciales. En Estados Unidos el debate sigue abierto tras las sentencias de su Tribunal Supremo que afrontaron la cuestión de la constitucionalidad del mismo¹⁷ y concluyeron remitien-

do la regulación de este tipo de intervenciones a las legislaciones estatales¹⁸, siendo Oregón el Estado pionero en la regulación¹⁹. En Europa, Holanda ha sido el primer país en autorizar el suicidio asistido²⁰, luego seguido de Bélgica en 2002. Diferente es el caso de Suiza donde no está legalizado el suicidio asistido aunque se practica con impunidad gracias al resquicio legal que proporciona el tenor del art. 115 de su Código Penal, según el cual: “Cualquiera que por motivos egoístas instigue al suicidio o preste ayuda será castigado, si el suicidio ha sido consumado o intentado, con prisión de hasta cinco años”. Por tanto no hay pena si la ayuda a morir es totalmente altruista.

Aquí lo que interesa no obstante, es hacer referencia a la posible conexión entre suicidio asistido y sedación paliativa. En Estados Unidos, desde hace tiempo –y el debate continúa²¹–, se achaca a la falta de respuesta a la demanda de atención paliativa la razón principal para peticiones de suicidio asistido²². Incluso el Tribunal Supremo tácitamente vino a reconocer en 1997 que la sedación terminal era una alternativa al suicidio asistido²³. Pero no se han llegado a conclusiones homogéneas. Aunque la Asociación Médica Americana y la Asociación Americana de Enfermeras han puesto de relieve que cuando los pacientes terminales reciben un adecuado tratamiento de su dolor, raramente demandan el suicidio asis-

Derecho penal, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/BOE*, Madrid, 1999, pp. 157 y ss.

¹⁸ GLYNN, Katherine C.: “Turning to State legislatures to legalize physician-assisted suicide for seriously ill, non-terminal patients after *Vacco v. Quill* and *Washington v. Glucksberg*”, *Journal of Law and Policy*, Vol. 6, 1997-1998, pp. 329-362, en especial pp. 348-354.

¹⁹ Está regulada por la *Oregon Death with Dignity Act*, aprobada por referéndum celebrado el 8.11.1994 (51% votos a favor, 49% en contra). Indicar que el pasado año 37 pacientes acudieron a esta medida.

²⁰ Vid. TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La disponibilidad..., op. cit., pp. 280-289 y ANDRUEH, Armando S.: “Ley holandesa de Terminación de la vida a petición propia”. *Nuestra consideración acerca de la eutanasia*, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 2, jul.-dic. 2001, pp. 169-199.

²¹ JAFFE, J.: *The Pharmacologic Basis of Therapeutics*, McMillan, New York, 3ª edic., 1966, p. 247. BRODY, Howard: “Assisted Death. A Compassionate Response to Medical Filure”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 327, 1992, p. 1384 y FOLEY, Kathleen M.: “The Relationship of Pain and Symptom Management to Patient Requests for Physician-Assisted Suicide”, *Journal of Pain & Symptom Management*, Vol. 6, 1991, p. 289.

²² Cfr. CHERNY, Nathan et al.: “The Treatment of Suffering when Patients Request Elective Death”, *Journal of Palliative Care*, Vol. 10, 1994, pp. 71 y ss.; EMANUEL, Ezekiel J.: “Attitudes of Practices of U.S. Oncologists Regarding Euthanasia and Physician-Assisted Suicide”, *Annals International of Medicine*, Vol. 133, 2000, p. 527; OKEN, Rima J.: “Curing healthcare providers’ failure to administer opioids in the treatment of severe pain”, *Cardozo Law Review*, Vol. 23, 2002, p. 1927.

²³ *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997) y *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997).

¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis: El tratamiento jurídico de la eutanasia: una perspectiva comparada, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1996, p. 518 y del mismo autor Comentarios al código penal. Parte especial, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1997, pp. 232-244.

¹³ Que, por otra parte, ha sido igualmente objeto de crítica, por entender que comporta una cosificación de la persona; SOROKIN, P.: “Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos terminales”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 1, 1997, Buenos Aires, pp. 181 y ss.

¹⁴ GAFO, Javier: “El debate ético y legal sobre la eutanasia”, op. cit., p. 91.

¹⁵ GRACIA, Diego: “Eutanasia: estado de la cuestión”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 280.

¹⁶ QUILL, Timothy E., LO, Bernard y BROCK, Dan W.: “Palliative Options of Last Report. A Comparison of Voluntarily Stopping Eating and Drinking Terminal Sedation, Physician-Assisted Suicide, and Voluntary Active Euthanasia”, *Journal of American Medical Association*, Vol. 278, 1997, pp. 2099-2104.

¹⁷ Me refiero a las resoluciones *Washington v. Glucksberg* 117 Sct. 2258 (1997) y *Vacco v. Quill*, 117 Sct. 2293 (1997). No obstante, la primera ocasión en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos abordó la existencia o no de un derecho a morir fue el caso *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 US 251 (1990). Un análisis del “modelo constitucional” norteamericano sobre estas cuestiones en TOMAS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La disponibilidad de la propia vida en el

tido, otros estudios han llegado a la conclusión de que la petición tiene lugar más en base a las perspectivas que el paciente tiene sobre su autonomía y control que a factores tales como el miedo al dolor o a la pérdida de fuentes de financiación de sus cuidados²⁴. Personalmente intuyo que aunque el origen de la demanda de suicidio asistido no sea exclusivamente la falta de atención paliativa, en la práctica es esta una de las motivaciones principales.

La sedación terminal puede ir acompañada de la retirada de alimentación/hidratación. McStay considera que las dos acciones, en contra de lo que opinan algunos, son actos separables que tienen diferentes implicaciones éticas y legales²⁵. De hecho es frecuente que desde posiciones que aceptan la sedación terminal, se rechace sin embargo la retirada de alimentación/hidratación. Tal sucede, a título de ejemplo, con la Iglesia Católica que, en la "Carta de los Agentes Sanitarios" admite la primera medida²⁶, más no la segunda²⁷.

Contra lo que pudiera pensarse la retirada de alimentación puede ser incluso voluntaria ("voluntarily stop eating and drinking")²⁸ en cuyo caso supondría la adopción de la decisión de suspensión de la alimentación/hidratación por parte de un paciente que por lo demás es plenamente capaz de nutrirse. Este proceso puede prolongarse de una a tres semanas, e incluso más, dependiendo

²⁴ CHIN, Arthur E. et al.: "Legalized Physician-Assisted Suicide in Oregon: The First Year's Experience", *New England Journal of Medicine*, Vol. 340, 1999, p. 582.

²⁵ McSTAY, Rob: "Terminal Sedation: Palliative Care for Intractable Pain, Post Glucksberg and Quill", *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 29, núm. 1, 2003, p. 46.

²⁶ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA PASTORAL DE LOS AGENTES SANITARIOS: op. cit. En su apartado 123 recuerda la doctrina ya consolidada de la Iglesia Católica al respecto al afirmar que "cuando 'motivos proporcionados' lo exijan, 'está permitido utilizar con moderación narcóticos que calmarían el dolor, pero también conducirían a una muerte más rápida'". Tal doctrina aparece recogida en: CONGREGACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA FE: Declaración sobre la Eutanasia, 5.5.1980, en AAS 72 (1980), 548; PÍO XII: A una Asamblea Internacional de médicos y cirujanos, 24.2.1957, en AAS 49 (1957) 146 y del mismo pontífice: A los participantes a un Congreso Internacional de neuropsicofarmacología, 9.9.1958, BME 329 y JUAN PABLO II: Encíclica *Evangelium vitae*, n. 65.

²⁷ PONTIFICIO CONSEJO...: op. cit. En su apartado 120 señala textualmente: "La alimentación y la hidratación, aún artificialmente administradas, son parte de los tratamientos normales que siempre se le han de proporcionar al enfermo cuando no resultan gravosos para él: su indebida suspensión significa una verdadera y propia eutanasia".

²⁸ Cfr. BERNAT, J.L., GERT, B. y MOGIELNICKI, R.P.: "Patient refusal of hydration and nutrition", *Archives of Internal Medicine*, Vol. 153, 1993, pp. 2723-2727; PRINTZ, L.A.: "Terminal dehydration, a compassionate treatment", *Archives of Internal Medicine*, Vol. 152, 1992, pp. 697-700 y EDDY, D.M.: "A conversation with my mother", *Journal of American Medical Association*, Vol. 272, 1994, pp. 179-181.

de las condiciones del paciente y de que este tome o no líquidos. Es una opción que tiene algunas ventajas, pues muchos pacientes pierden el apetito en tal estado y, además, es una opción que ética y legalmente plantea menos problemas. Entre los inconvenientes se encuentra el eventual incremento de los sufrimientos de los pacientes que pueden protagonizar sensaciones de hambre y sed. Podría incluso hablarse de una sutil coerción si al paciente no se le oferta regularmente la oportunidad de comer y beber. Por otro lado, no faltan familiares y sanitarios que consideran esta opción moralmente repugnante. Los pacientes, pueden demandar a la vez analgesia y sedación, de ahí su mención en esta publicación. Diferente es el caso de la retirada de alimentación-hidratación en el caso de pacientes en estado vegetativo que remite a consideraciones éticas que exceden con mucho de las pretensiones de estas páginas²⁹.

2.- Justificación de la intervención sedativa terminal:

De forma muy generalizada se justifica la sedación terminal en base a la llamada doctrina del doble efecto. Estimo, no obstante, que pueden diferenciarse dos tipos de argumentaciones: aquellas que sirven de legitimación a la intervención y aquellas otras que desvirtúan el efecto negativo de la misma (anticipación de la muerte). Creo que con tal distinción se consigue una mejor comprensión de la cuestión. Además, respecto a la segunda clase de argumentos creo oportuno dejar constancia de otro tipo de explicaciones distintas del tradicional "doble efecto".

2.1.- Argumentos legitimadores de la intervención.

La sedación terminal recurrentemente se legitima invocando la dignidad de la persona. Con ser ello cierto, tal vez esta apelación deja en un injusto segundo plano dos principios/derechos necesariamente interconectados con la dignidad, la libertad y la igualdad.

La muerte con dolor puede ser entendida o no como un estado/situación de indignidad. Al respecto es oportuno diferenciar dos perspectivas, la interna (sujeto padeciente) y la externa (lo que podría designarse con el término "espectadores" más o menos activos en el drama del sufrir-

²⁹ Recuérdese por ejemplo el reciente caso de Terri Shiavo a la que fue retirado el tubo que la alimentaba artificialmente en marzo pasado, abriendo un importante debate en Estados Unidos.

miento). Desde el punto de vista interno, el individuo doliente puede sentir absolutamente digna una muerte con dolor. Es decir, el paciente puede asumir el proceso terminal sin intervención sedativa terminal, lo que viene a suponer que en el postrer momento de su despedida opta por sufrir lo indecible en base a sus creencias personales, ejerciendo su derecho a expresar a su manera sus sentimientos y emociones³⁰. Bien entendido que esta libre opción es bien distinta de aquellos supuestos en los que el paciente erróneamente considera que el dolor es irremediable. En tales casos lo adecuado es que el equipo médico indague acerca de las razones que llevan a la asunción no creencial del dolor³¹.

Pero también desde esta misma perspectiva interna el paciente puede considerar un grave atentado a su dignidad la muerte entre atroces sufrimientos. Quien padece, quien muere, tiene una única ocasión en su vida de ser dueño de su destino ya marcado. Quien, con el conocimiento de que el final es ineludible y está a las puertas, decide que se le apliquen medios paliativos que pueden, incluso necesariamente, acelerar su muerte puede considerar que es indigno aparecer como objeto de la compasión ajena que no desea o del sufrimiento propio que rechaza. Puede vivir el dolor como destrucción de la autoestima, padecer sentimientos de impotencia, sentirse esclavo de la intervención curativa y tener conciencia de ser una carga para los demás³². El dolor se percibe como algo pleno y actual que domina el momento presente, de ahí que menoscabe la autonomía y las opciones de la mayoría de las personas estén dirigidas a aliviar el dolor actual y prevenir el futuro.

Desde el punto de vista externo, el “espectador” puede igualmente considerar digna o indigna una muerte entre dolores. Desde la perspectiva externa el sentido de dignidad se objetiviza –solo relativamente ya que al mismo tiempo es visión subjetiva ajena, por muy generalizada que esta sea- y se subjetiviza en grado extremo cuando quienes ayudan al paciente lo hacen con el mero propósito de alcanzar sus propios objetivos personales. Compadecer, en el sentido estricto que el término conlleva, en principio puede ser legítimo pero no puede imponerse para alcanzar una gracia personal. Si eso se hiciera, me parece que no es atrevido afirmar que estaríamos contrariando el principio

³⁰ SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: “The Dying Person’s Bill of Rights”, en “The Terminally Ill Patient and the Helping Person”, *American Journal of Nursing*, Vol. 75, enero 1975, p. 99.

³¹ MARONEY, C.L., LITKE, A., FISCHBERG, D., MOORE, C. y MORRISON, R.S.: “Acceptability of severe pain among hospitalized adults”, *Journal for Palliative Medicine*, Vol. 7, núm. 3, 2004, pp. 443-50.

³² OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., p. 1917.

kantiano de que la persona es un fin en sí mismo y no puede ser utilizada como medio³³. El “espectador” del proceso de dolor puede entender, por el contrario, que una muerte entre sufrimientos es indigna. Y actuar en consecuencia, acortando el proceso terminal sin contar con la voluntad del protagonista del mismo. Nuevamente se vulneraría el principio kantiano citado. El “espectador/protagonista” médico puede, en fin, respetar la voluntad del paciente de que se le aplique la sedación terminal.

El problema, como puede verse es ciertamente complejo. Más si cabe ante la indefinición de qué ha de entenderse por “morir con dignidad”. Abundan las declaraciones que apelan a la muerte con dignidad sin mayores especificaciones³⁴.

La clave de una cabal solución pasa por conectar el principio de dignidad con el de autonomía individual, reflejado en el derecho a la libertad. El principio de autonomía supone auto-regulación del individuo que, en sede médica, se produce tras un proceso de deliberación - aspecto característico de todo agente moral³⁵. El principio de autonomía es ajeno a la tradición médica; y de hecho los médicos han tenido fundamental sensibilidad hacia el principio de beneficencia, siéndoles la autonomía prácticamente ajena³⁶. La implantación del modelo de autonomía permite incorporar a la tradición médica (beneficentista-paternalista) la tradición jurídica, en la que ha tenido un papel fundamental, constituyendo una categoría definitoria de la “modernidad”³⁷. En las últimas décadas

³³ KANT, Immanuel: *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 335.

³⁴ Art. 27.2 del Código de Ética y Deontología Médica de 10.9.1999; Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la atención de pacientes con fuertes dolores crónicos en las enfermedades terminales, adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, EE.UU., octubre 1990); SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: op. cit. (si bien este caso en la misma Declaración se incluye el derecho a participar en las decisiones que incumben a los propios cuidados).

³⁵ Cfr. GUILLON, Raanan: *Philosophical medical ethics*, Wiley & Sons, Chichester, 1986 [colección de artículos publicada en el *British Medical Journal*, Vol. 290, 1985, pp. 1117-1119 hasta Vol. 292, 1986, pp. 543-545 y del mismo autor “Defending ‘the four principles’ approach to biomedical ethics”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 21, núm. 6, 1995, pp. 323-324. Igualmente en GUILLON, Raanan y LLOYD, Ann (Eds.): *Principles of health care ethics*, Wiley & Son, Chichester, 1994; GUILLON, R.: “Defending ‘the four principles’ approach to biomedical ethics”, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 21, núm. 6, 1995, pp. 323-324.

³⁶ GRACIA, Diego: *Fundamentos...*, op. cit., p.123.

³⁷ GRACIA, Diego: *Fundamentos...*, op. cit., p.122. Inicialmente la autodeterminación de los individuos la encontramos en la esfera del derecho privado (el contrato como hecho generador de derecho), por lo que es una noción muy restringida; KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 13ª edic., 1975, p. 116. Cfr. FERRI, Luigi: *La autonomía privada*, Comares, Granada, 2001.

ha alcanzado un protagonismo incontestable en sede bioética. De hecho, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ha venido a introducir explícitamente un término que venía siendo usual en los ámbitos filosófico, político e iusprivatístico³⁸ y que estaba latente en anteriores instrumentos normativos sanitarios (Ley General de Sanidad y Convenio de Oviedo).

De este modo, el derecho a morir con dignidad efectivamente es una expresión de la autonomía³⁹, pues “¿cómo se puede fundar un ordenamiento en ‘la dignidad de la persona... [y en]... el libre desarrollo de la personalidad’, sin contar con la autonomía cuya dignidad y personalidad se trata?”⁴⁰.

Y es aquí donde se produce un frecuente obstáculo para el reconocimiento de la autonomía decisional del moribundo. Existe una cierta presunción de incompetencia del mismo, fruto de la injustificada confusión entre autonomía ejecutiva y decisional. Este error, hartamente frecuente cuando de pacientes geriátricos se trata, no es tampoco inusual cuando nos referimos a procesos terminales. Más ha de afirmarse que la disminución de facultades físicas en detrimento de la autonomía ejecutiva no puede justificar –necesariamente– una restricción de la toma de decisiones por parte del paciente⁴¹ que, por otro lado –aunque lamentablemente no con la frecuencia que sería de desear– puede haber hecho uso del mecanismo de las “instrucciones previas” (art. 11 Ley 41/2002). En consecuencia, la competencia⁴² se presume, salvo que se demuestre lo contrario.

Queda por ver la conexión con el fundamental principio de igualdad. En el pensamiento ilustrado: “[t]odo hombre tiene el mismo derecho a la libertad y a la dignidad humana”. Se vincula la dignidad con la libertad y la igualdad. Esta conexión entre dignidad e igualdad, el “derecho a igual consideración y respeto”⁴³ de que habla

Dworkin, fundamenta la idea de universalidad. Los valores que desarrollan la idea de dignidad tienen un carácter general y abstracto con una clara vocación de universalidad: “[d]esde el punto de vista temporal, su validez para todos los tiempos y desde el espacial su extensión a todos los Estados que forman la Comunidad internacional”⁴⁴. La conexión entre dignidad e igualdad se encuentra presente en nuestro ordenamiento constitucional, ya que en él se habla de “dignidad de la persona” (art. 10.1 CE en relación con el 14) y en la legislación ordinaria, así cuando el art. 10.1 de la Ley General de Sanidad afirma que “todos” tienen derecho, en toda intervención terapéutica “[a]l respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical”.

Evidentemente existen diferencias, notorias y radicales, entre enfermos y sanos, e incluso entre diferentes tipos de enfermos, pero en este punto debemos tener presente la clara distinción entre los planos descriptivo y prescriptivo, fáctico y normativo. Las diferencias entre enfermos y sanos pertenecen al orden descriptivo. Sin embargo, el principio de igualdad ha de interpretarse no en clave descriptiva sino prescriptiva/normativa, dado que “existe asimetría entre igualdad y diferencias. ‘Igualdad’ es término normativo: quiere decir que los ‘diferentes’ deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla. ‘Diferencia(s)’ es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad”⁴⁵. Sólo si se acepta esta asimetría de estatuto entre igualdad como norma y diferencias como hechos el principio de igualdad adquiere sentido. Más todos han de gozar de igualdad de trato, en dignidad y libertad. Lo descriptivo justifica el cambio de opciones terapéuticas, el empleo de diferentes instrumentos y sustancias, la intervención de medios humanos dispares. Lo normativo, lo prescriptivo, impone esa igualdad tan inherente al ser humano, con independencia de su enfermedad. Hasta un enfermo terminal goza de derechos y ostenta dignidad, ya que la intervención terapéutica tiene por fin “proporcionar un tratamiento que

³⁸ En esta última esfera el hecho fue resaltado por Kelsen, Hans: Teoría pura del derecho, op. cit., p. 116.

³⁹ ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., p. 413.

⁴⁰ ALONSO OLEA, Manuel y FANELO CASTILLO, Fernando: Comentario... op. cit., p. 25.

⁴¹ BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F.: Principios de Ética Médica, Masson, Barcelona, 1998, 10ª edic., pp. 160-161.

⁴² Sobre el concepto de competencia volveré en páginas siguientes.

⁴³ DWORKIN, Ronald: Los derechos en serio, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 1984, p. 38.

⁴⁴ PECES BARBA: Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 78-79.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi: Derechos y garantías: la ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, p. 79.

permita a dichos pacientes poner fin a sus vidas con dignidad y motivación”⁴⁶. El enfermo terminal, en fin, tiene derecho a ser tratado “como un ser humano vivo hasta el momento de [su] muerte”⁴⁷. Ello implica, por supuesto, reconocer “un acceso equitativo a los cuidados paliativos a todas las personas moribundas o en fase terminal” (Recomendación 1418 (1999), de 25 de junio de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, apdo. 9.A.II).

El dolor y la muerte es algo muy personal. Como afirma Gracia: “todo hombre es, en principio, propietario y responsable de su muerte. Siempre se muere solo. Por eso, la muerte es la cuestión personal por antonomasia”⁴⁸. Los demás no deben inmiscuirse. A lo sumo solidarizarse. A nadie se le puede imponer morir antes, pero a nadie se le debe obligar a vivir cuando la vida se acaba. El Estado y la sociedad que han regulado la vida del sujeto desde que nace, cuando menos ha de otorgar a ese sujeto el poder dar por resuelto el “contrato social”. Ello no es óbice para que el individuo, en el postrer momento de su despedida pueda optar por sufrir lo indecible, por ganar con ello aquello que sus propias creencias puedan comportarle. Es su decisión, que hay que respetar.

El sentido de la dignidad pues, considero que ha de ser un último reconocimiento de la sociedad al sujeto padeciente y una manifestación de la solidaridad con dicho sufrimiento. Por tanto, “[e]l derecho a una muerte digna implica que el paciente pueda manifestar cómo desea morir”⁴⁹. En este sentido es loable que la Recomendación 1418 (1999), inste a los Estados miembros a “respetar y proteger la dignidad de los enfermos terminales o moribundos en todos los aspectos”, lo que incluye el reconocimiento de los “cuidados paliativos integrales”, “protegiendo el derecho de las personas en fase terminal o moribundas a la autodeterminación” (Apdo. 9.B).

Reconocida la libre opción del sujeto decisor -el paciente- ningún obstáculo existe para reconocer la aplica-

ción de la sedación terminal. Ya que el facultativo tiene derecho a hacer todo lo necesario para aliviar el dolor y el sufrimiento, incluso si con las medidas adoptadas puede incidentalmente acortar la vida⁵⁰ y es moralmente correcto⁵¹ e, incluso se apunta que “permitir que el paciente experimente un dolor insoportable, o un sufrimiento intolerable, es una práctica médica inmoral”⁵². Esto es así porque “uno de los más importantes objetivos de la medicina es conseguir que las personas enfermas sin esperanza de cura puedan morir con tanta comodidad, control y dignidad como les sea posible”⁵³. Piénsese que Francis Bacon (1561-1626), en los albores de la modernidad consideraba “ser oficio del médico no sólo restaurar la salud, sino mitigar el dolor y los sufrimientos, y no sólo cuando esa mitigación pueda conducir a la recuperación, sino cuando pueda lograrse con ella un tránsito suave y fácil; pues no es pequeña bendición esa eutanasia que César Augusto deseaba para sí, y que fue especialmente notada en la muerte de Antonino Pío, que fue a modo y semejanza de un adormecimiento dulce y placentero... Mas los médicos, al contrario, tienen casi por ley y religión el seguir con el paciente después de desahuciado, mientras que, a mi juicio, debieran a la vez estudiar el modo y poner los medios de facilitar y aliviar los dolores y agonías de la muerte”⁵⁴.

La sedación terminal está justificada en numerosos instrumentos internacionales. Baste, por todos, la Recomendación 1418 (1999), que considera que los Estados tienen obligación de “[a]segurar que la persona en fase terminal o moribunda recibirá un adecuado tratamiento del dolor (a menos que el interesado se niegue) y cuidados paliativos, incluso si tal tratamiento tiene como efecto

⁴⁶ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la atención de pacientes con fuertes dolores crónicos en las enfermedades terminales, adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial, Rancho Mirage, California, EE.UU., octubre 1990).

⁴⁷ GÓMEZ SANCHO, M.: *Control de síntomas en el enfermo con cáncer terminal*, Asta Médica, Madrid, 1992.

⁴⁸ GRACIA, Diego: “Historia de la eutanasia”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 84.

⁴⁹ URRACA MARTÍNEZ, Salvador: “Concepto y contexto”, en URRACA, Salvador (Ed.): *Eutanasia: un debate abierto*, Edit. Noesis, Madrid, 1996, p. 56.

⁵⁰ WILLIAMS, G.: *The sanctity of life and the criminal law*, Farber & Farber, London, 1958, p. 289.

⁵¹ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: “The Physician’s Responsibility Toward Hopelessly Ill Patients”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 320, Núm. 13, 1989, p. 844.

⁵² GÓMEZ SANCHO, Marcos: *Medicina paliativa. La respuesta a una necesidad*, Arán, Madrid, 1998, p. 228; cfr. WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., pp. 844-849.

⁵³ QUILL, Timothy E., CASSEL, Christine K. y MEIER, Diane E.: “Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide”, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 327, núm. 19, pp. 1380-1384; en español “Atención al enfermo terminal. Criterios clínicos propuestos para la asistencia médica al suicidio”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, II Época, agosto 1993, núm. 17, p. 33 [33-41].

⁵⁴ BACON, Francis: *El avance del saber*, Alianza Universidad, Madrid, 1988, p. 124.

secundario el acortamiento de la vida” (Apartado VII). Pero es más, existe una generalizada base ética humanista aplicable al cuidado médico que reconoce, *prima facie*, un derecho a la libertad desde la innecesariedad del dolor⁵⁵, lo cual concuerda con una percepción social bastante generalizada, ya que “[l]a sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación”⁵⁶.

La legitimidad de la sedación terminal puede reconducirse a los siguientes argumentos: a) El derecho a una muerte digna tiene diferentes interpretaciones; b) el principio de autonomía residencia en el paciente la interpretación éticamente sostenible en una sociedad multicreencial, c) ejercida libremente la opción acerca de la aplicación/no aplicación de sedación terminal, la sociedad y el Estado han de proporcionar la asistencia en términos de igualdad no negando al paciente terminal prestaciones reconocidas en el sistema de salud.

2.2.- Argumentos desvirtuadores del efecto negativo producido.

Como anuncié anteriormente existen algunos argumentos que pretenden desvirtuar el efecto negativo fundamental⁵⁷ que provoca la sedación paliativa (la muerte anticipada). Se ha acudido para ello a construcciones clásicas (“doble efecto”), aunque debo dejar constancia de otras nuevas, posiblemente más sólidas.

Conforme al principio del doble efecto, siempre que⁵⁸: a) el acto que crea un riesgo de consecuencias adversas sea “bueno” o, cuando menos neutral, b) quien actúe pretenda el “buen” efecto y no el “malo”, aunque este último pueda preverse, c) el efecto “malo” constituya un medio para alcanzar el “bueno” y d) el efecto “bueno” sea más relevante que el efecto “malo”, la actuación que busca como propósito el “buen” efecto es éticamente admisible.

Es esta una construcción muy antigua, que goza de amplio predicamento incluso para aquellos sectores que

rechazan por razones de principios la provocación/anticipación de la muerte y que se ha visto reconocida en sede deontológica y jurisprudencial. En efecto, sus orígenes se remontan a Tomás de Aquino. La Iglesia Católica la viene explícitamente reconociendo desde 1957⁵⁹, como ya habido ocasión de mencionar. Además está asumida en importantes declaraciones deontológicas implícitamente (Código de Ética Médica de la Asociación Médica Americana, Declaración de la Asociación Americana de Asociaciones de Enfermería⁶⁰ y art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica español de 10.9.1999) o incluso explícitamente (la mencionada Declaración de la OMC-SECPAL). No en nuestro país, pero sí allende nuestras fronteras, la jurisprudencia –especialmente anglosajona– acude a ella frecuentemente. Así, en el Reino Unido, en el caso *R. v. Adams* (1957)⁶¹, se trató de la acusación contra el Dr. John Bodkin Adams, tras descubrirse que había tratado a pacientes ancianos a su cuidado, que habían fallecido tras suministrárseles elevadas dosis de analgésicos narcóticos. Entonces, el Lord Justice Devlin afirmó que un médico “está en su derecho de hacer todo lo que sea adecuado y necesario para aliviar el dolor y el sufrimiento, aunque tales medidas puedan colateralmente acortar la vida”⁶². Y en Estados Unidos, en el caso *Glucksberg*, el magistrado O'Connor –en posición que compartió Breyer– expresó la legitimidad de la doctrina del doble efecto⁶³. Las ventajas de esta justificación han sido resaltadas por lo demás por la doctrina norteamericana⁶⁴.

Evidentemente la asunción de esta doctrina ha tenido que superar, en el plano médico y hasta jurídico, propuestas radicales que negaban la legitimidad de cualquier anticipación de la muerte. Piénsese que, por ejemplo Mendizábal hace ocho décadas, llegaba a afirmar que “vale más un soplo de vida del hombre que todos los inconvenientes apuntados [dolores insoportables]”: en el

⁵⁵ EDWARDS, Rem B.: “Pain and the Ethics of Pain Management”, Soc. Science & Med, Vol. 18, 1984, p. 527.

⁵⁶ QUERALT, J.J.: “Eutanasia versus auxilio al suicidio”, JANO, Vol. XXXIX, núm. 920, p. 51.

⁵⁷ La pérdida de conciencia sería otro de los efectos negativos. Parece asumida por la Declaración de la OMC-SECPAL de 2002.

⁵⁸ McSTAY, Rob: “Terminal Sedation: Palliative Care for Intractable Pain, Post Glucksberg and Quill”, American Journal of Law & Medicine, Vol. 29, núm. 1, 2003, p. 53.

⁵⁹ PÍO XII: A una Asamblea Internacional de médicos y cirujanos, 24.2.1957, en AAS 49 (1957) 146 y declaraciones posteriores citadas en nota 24.

⁶⁰ AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION: Code of Medical Ethics, 1996, 40 y AMERICAN NURSES ASSOCIATION: Compendium of Position Statements on the Nurse’s Role in End-of-Life Decisions, 1992, 7.

⁶¹ R. v. Adams [1957] Crim. L.R. 365.

⁶² DEVLIN, P.: *Easing the Passing: The Trial of Dr. John Bodkin Adams*, Faber & Faber, London, 1986, p. 71.

⁶³ Washington v. Glucksberg, 96-110 (USSC 1997).

⁶⁴ McSTAY, Rob: “Terminal Sedation...”, op. cit., p. 54-55.

orden espiritual pueden ser de gran mérito los padecimientos; en el social, un ejemplo de religiosidad; en el jurídico, una ocasión de reparar o de cumplir una obligación”⁶⁵.

Pero, como ya anunciaba el “doble efecto” no es el único argumento legitimador de la sedación terminal. Existe por un lado el recurso a la ponderación de beneficios. Se afirma en este sentido que la actuación médica no siempre provoca un “beneficio absoluto”, sino a veces un mero “beneficio relativo” o “neto”. En la medicina paliativa en pacientes terminales debe ponderarse el perjuicio-beneficio (acortamiento de la vida-anticipación de la muerte/paliación de dolores insoportables). E incluso se puede decir, que en la ponderación de bienes afectados, tiene menos valor el riesgo del acortamiento de la vida frente a la efectiva y necesaria mitigación del dolor ⁶⁶.

Cabe incluso acudir a la argumentación basada en la existencia de un conflicto de deberes ⁶⁷. Los médicos tienen deberes frente a la sociedad, frente a la profesión y frente a su paciente. Frente a este tiene obligaciones de confidencialidad, de eludir daños y respetar su autonomía, entre otros. También el deber de preservar y prolongar la vida -si ello es posible- y de aliviar el sufrimiento. El problema se plantea cuando estos dos últimos deberes entran en conflicto. En realidad el incumplimiento de cualquiera de ellos podría generar responsabilidad. En la práctica, los mayores problemas -y las eventuales responsabilidades- surgen cuando existen dudas sobre la prestación del consentimiento del paciente a la administración de cuidados paliativos que pueden anticipar la muerte. Esta justificación tiene la ventaja de eludir las dificultades de prueba acerca de la intención, propias del principio del doble efecto. Enfrentado el médico a la disyuntiva de emplear remedios paliativos que, a la vez, puedan adelantar el óbito, corresponde al profesional hacer una valoración sobre los valores y creencias del paciente y una evaluación razonable más que de la “calidad de vida”⁶⁸, de la “calidad de muerte”⁶⁹.

⁶⁵ MENDIZÁBAL, Luis: Tratado de Derecho Natural, Imprenta de Julio Cosano, Madrid, T. II, 1921, p. 845.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 8ª edic., p. 75.

⁶⁷ NUC CETELLI, Susana y SEAY, Gary: “Relieving pain and Foreseeing death: a Paradox about accountability blame”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 28, 2000, pp. 22-23.

⁶⁸ JONSEN, A.R., SIEGLER, M. y WINS LADE, W.J.: *Clinical Ethics*, Mc-Graw-Hill, New York, 3ª edic., 1992, distinguen entre calidad de vida disminuida (situaciones de déficit físico o mental, que todavía permiten una vida humana apropiada), calidad de vida mínima (situaciones irreversibles de sufrimiento intolerable para el sujeto, de frustra-

Por mi parte indicar que con la intervención sedativa terminal no se acorta la vida, simplemente se abrevia la muerte. Aunque la muerte legalmente tenga unos parámetros de delimitación ⁷⁰, en estadios terminales lo que hay realmente es un “proceso de muerte” que, iniciado, es ya imparable a la luz de la ciencia actual. La cuestión por tanto es determinar cuánto dura ese proceso de muerte. Aquí habría que emplear las palabras de Séneca a Lucilio: “La muerte no viene toda a la vez; la que se nos lleva es la última muerte”⁷¹. Hablar de provocación de la muerte me parece muy atrevido; como mucho podría decirse que se anticipa lo que ya existe, lo que ya está presente de forma irremediable.

Pudiera pensarse que la sedación paliativa terminal es un invento de la modernidad. No es así. Por ejemplo, en un conocido pasaje de la *Utopía* de Tomás Moro ⁷²

*ción definitiva de las expectativas vitales) y calidad de vida bajo mínimos (situaciones de ausencia irreversible de una mínima capacidad de conciencia y de relación con otros seres --así, estados vegetativos permanentes-). En el caso del enfermo terminal estaríamos hablando de “calidad de vida mínima”. Existen numerosos modelos de medición de la calidad de vida: cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Miguel: “Calidad de vida en enfermos terminales y eutanasia”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia: un debate abierto, Edit. Noesis, Madrid, 1996, pp. 363-364 y GILL, T.M. y FEINSTEIN, A.R.: “A Critical Appraisal of the Quality of Quality-of-Life Measurements”, *Journal of American Medical Association*, Vol. 272, 1994, pp. 619-626.*

⁶⁹ BUISÁN ESPELETA, Lydia: “Actitud médica ante el paciente que fallece en el hospital”, *Quadern CAPS*, otoño 1995, núm. 23, pp. 88-89.

⁷⁰ El ya generalizado diagnóstico de muerte cerebral corresponde a la definición hecha por la Harvard Ad Hoc Committee on the Definition of Death; AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH: “A Definition of Irreversible Coma”, *Journal of American Medical Association*, núm. 20, 1968, p. 337. Cfr. SANTAMARÍA, Joan: “Diagnóstico de la muerte cerebral”, *Quadern CAPS*, núm. 20, 1994, pp. 6-24; ENGELHARDT, Hugo Tristram: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, pp. 259-273, y ANDORNO, Roberto: *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 148-152. En nuestro ordenamiento positivo la regulación moderna del tema se encuentra en el art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos y en el art. 10 del R.D. 426/1980, de 22 de febrero primero y en el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, que sustituye al anterior. En su art. 3.4 define el diagnóstico de la muerte afirmando: “el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basará en el cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de las funciones encefálicas, conforme establece el art. 10”.

Llama la atención Fernández Bermejo sobre el hecho de que una simple norma reglamentaria “ha dejado establecido nada menos que el momento final de la vida humana y, con ello, el de extinción del derecho consagrado en el art. 15 de la Constitución”. FERNÁNDEZ BERMEJO, Mariano: “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (I)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 132, 13.1.1994, p. 3.

⁷¹ SÉNECA, Lucio Anneo: *Cartas morales a Lucilio*, Libro III, Carta XXIV, *Orbis*, Barcelona, 1984, Vol. I, p. 66.

⁷² MORO, Tomás: *Utopía*, *Orbis*, Barcelona, 1984, pp. 162-163.

disponemos de una sólida defensa de la sedación paliativa. Moro diferencia entre los que “están afectados de enfermedades incurables” a los que se les conforta y reciben “toda clase de ayudas que pueden existir” y aquellos otros que padecen una enfermedad “llena de continuo sufrimiento y angustia”. A estos últimos se les exhorta “a no consentir más esa pestilente y dolorosa enfermedad”. Los procedimientos que describe Tomás Moro son conocidos en la modernidad: la retirada (voluntaria) de alimentación/hidratación (“ponen fin a sus vidas voluntariamente de hambre”) y la sedación terminal (“o bien mueren durante el sueño sin ninguna sensación de agonía”). Mas obsérvese, y esto es fundamental, que existe una defensa a ultranza de la autonomía individual, pues los utopienses: “no obligan a nadie a morir contra su voluntad ni dejan de usar la misma diligencia y cuidado con él, aunque creen que ésta es una muerte honorable”.

3.- Tratamiento normativo:

3.1.- Impunidad e irresponsabilidad de la sedación paliativa conforme a la *lex artis*.

Doctrinal, legal y jurisprudencialmente existe un cierto consenso en que la sedación terminal es impune penalmente y no comporta responsabilidad civil/administrativa.

La doctrina comparte mayoritariamente la opinión de que la sedación terminal no es punible siempre que haya sido aplicada correctamente⁷³. Se acude al recurrente argumento de que en estos casos no estaría en la intencionalidad del autor el acortamiento de la vida, sino únicamente el alivio del sufrimiento⁷⁴. Eso sí, se exige que el médico se ajuste a los deberes de cuidado objetivo, cumpla las exigencias de la indicación terapéutica y respete la *lex artis*⁷⁵, lo que es tanto como decir que el tratamiento es necesario, idóneo y tiene preferencia frente a otros por ser el más eficaz y, además, se sigue el procedimiento o mé-

todo adecuado para la aplicación de la medida indicada. Si se combate el dolor dentro de los cauces de la prudencia el eventual –o inevitable- adelanto de la muerte no constituirá un hecho típico culposo punible⁷⁶.

A la vista de nuestra actual regulación penal, el argumento más utilizado para fundamentar la conclusión de impunidad deviene del hecho de que carecería de sentido que el legislador hubiera optado por privilegiar con una atenuación de la pena los comportamientos directos y activos y no lo hubiera hecho con los omisivos⁷⁷ e indirectos. La interpretación más razonable sería, no que la eutanasia indirecta queda excluida de la atenuación del 143.4 CP, sino que dicha conducta es atípica y por ello impune. A mayor abundamiento indicar que en los debates parlamentarios no se mencionó en absoluto la ilicitud de los comportamientos indirectos⁷⁸. Es más, como afirma Gimbernat, la actuación que se lleve a cabo con la “anuencia” del paciente no plantea mayor problema ya que tanto del tenor del art. 143.4 CP 1995, como de los arts. 12.2.g y 13.2.f de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, “la atención paliativa a los enfermos terminales” es una conducta conforme a Derecho.

En el plano jurisprudencial, a falta de resoluciones que hayan abordado la cuestión en nuestro país, tenemos el referente de los países anglosajones, en los que se establece una clara diferencia entre aquellos casos en los que el empleo de los analgésicos tiene una pretensión meramente paliativa, de aquellos otros en los que el fin prima-

⁷³ ROMEO CASABONA, Carlos María: “La eutanasia en el derecho comparado y en el código penal español”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 225.

⁷⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María: El Derecho y la Bioética..., op. cit., pp. 429-431; VALLE MUÑIZ, José M.: Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 705.

⁷⁵ El cumplimiento de la *lex artis* constituye un elemento clave, como lo ponen de relieve TORÍO LÓPEZ, Ángel: “¿Tipificación de la eutanasia en el Código penal?. Indicaciones provisionales” en “Libro Homenaje a J. Antonio Sainz Cantero”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 1987, pp. 231-232.

⁷⁶ A esta conclusión de impunidad se suman, entre otros: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Edit. Cera, Madrid, 1991, 2ª edic., p. 96 y TORÍO LÓPEZ, Ángel: “Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos”, en FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín (Dir.): Estudios Penales y Criminológicos IV, Santiago de Compostela, 1981, p. 193.

⁷⁷ Dejo en el futuro de lado estos ya que exceden del campo del presente estudio. Cfr. al respecto en relación a la desconexión de mecanismos artificiales de sostenimiento de la vida TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 110-123. No obstante indicar que cuando concurren situaciones de analgesia y omisión de actuaciones (alimentación, respiración asistida) en realidad estamos en presencia de dos conductas independientes.

⁷⁸ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación al suicidio..., op. cit., pp. 108-109. En el mismo sentido: GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel (Dir.): Curso de Derecho penal español. Parte especial, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 97-98 y GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora: La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 219-221.

rio es acabar con la vida del paciente⁷⁹. En los primeros tampoco se percibe como punible la intervención paliativa. Me remito a las consideraciones que hice al efecto sobre el caso *R. v. Adams* en el Reino Unido.

3.2.- Consecuencias de la intervención sin consentimiento.

En el caso de que la sedación terminal fue aplicada en contra de la voluntad del paciente, y aunque debiera respectarse dicha voluntad, Gimbernat entiende que en tales supuestos no existiría sin embargo un delito de homicidio, ya que –en la peculiar interpretación de este autor en este punto– “la falta del consentimiento del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia indirecta –impune– en una directa –la única que está tipificada como delito en el Código Penal–, sino que esa responsabilidad será una de carácter administrativo-sancionadora, civil, profesional o estatutaria”⁸⁰.

No comparto tal opinión. En principio existiría una situación francamente absurda: el médico que cause la muerte a petición del paciente comete delito del 143.4 CP, pero si la causa sin petición del paciente no comete ningún delito. Evidentemente, por imperativo del principio de tipicidad, la conducta del médico que causa la muerte sin petición del paciente no puede incardinarse en el tipo del 143.4 CP que sólo trata de la causación de la muerte previa petición. Pero a todas luces si se castiga ocasionar la muerte previa petición no parece muy coherente que una conducta más grave, la causación sin previa petición o incluso más, en contra de la voluntad del paciente, pueda quedar impune.

Con cierto atrevimiento, por mi condición de no penalista, sugiero que dicha conducta sí es subsumible en algún otro tipo del Código Penal. Lamentablemente no existe en nuestro ordenamiento el tipo del “tratamiento médico arbitrario”, perdiendo el legislador de 1995 una buena ocasión de incorporar una figura, existente en otros países (parágrafo 110 del Código Penal Austríaco o art. 158.1 del Código Penal Portugués) y que resolvería razo-

⁷⁹ En la jurisprudencia, en el Reino Unido: *Re J.* [1991] *Fam.* 33; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland* [1993] *A.C.* 789; y *R. (Pretty) v. the D.P.P.* [2001] *U.K.H.L.* 61. En Canadá: *Rodriguez v. Attorney General of Canada*, [1994] 2 *L.R.C.* 136 y *R. v. Latimer*, [2001] 1 *S.C.R.* 3. En Estados Unidos: *Vacco v. Quill*, 521 *U.S.* 793 (1997) y *Washington v. Glucksberg*, 521 *U.S.* 702 (1997). En la doctrina: *HODGSON, John*: “Rights of the terminally ill patient”, *Annals of Health Law*, Vol. 5, 1996, pp. 190-191, que reconoce la influencia que el caso *Airedale NHS Trust v. Bland* ha tenido en esta materia.

⁸⁰ GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico...”, op. cit., p. 5.

nable casos como este⁸¹. Efectivamente se echa en falta un tipo penal que proteja la autodeterminación del paciente⁸².

A falta de tal norma penal corresponde indagar si algún tipo de nuestro Código Penal puede ser aplicable a conductas como la administración involuntaria de sedación terminal. Existen penalistas que –precisamente ante la ausencia del tipo de tratamiento médico arbitrario– acuden al delito de coacciones (art. 172 CP). Con tal figura penal se protege al individuo frente al ataque inespecífico o indiferenciado menos grave y significativo contra la libertad⁸³. Viene a ser este delito una especie de tipo de recogida de todos los atentados de la libertad que no encajen en otros preceptos penales más específicos⁸⁴.

El delito de coacciones, en nuestro ordenamiento, es una forma delictiva en la que la lesión del bien jurídico requiere la violenta imposición de un comportamiento contra la voluntad del sujeto⁸⁵. Aunque la doctrina entiende de diverso modo qué ha de entenderse por violencia, al menos existe coincidencia en que la misma es necesaria tanto en la modalidad de impedir como en la de compeler un determinado comportamiento. Como consecuencia de lo anterior sólo existirá lesión cuando realmente haya oposición por parte del sujeto concernido, ya que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido (la libertad) hace atípica la conducta, según opinión de la doctrina mayoritaria⁸⁶; como señala la STS 18.10.1979 el consentimiento “destipifica el hecho, porque demuestra la inexistencia de una contradicción de voluntades, que

⁸¹ JORGE BARREIRO, Agustín: “La imprudencia profesional del médico en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 132.

⁸² ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *La Ley*, 1990-3, p. 872.

⁸³ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Delitos contra la libertad. Amenazas y coacciones”, en *BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dtor)*: Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 73.

⁸⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial)*. Vol. III, *Delitos contra la libertad y la seguridad, honestidad, honor y estado civil*, CEURA, Madrid, 1989, p. 100; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho Penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones*, Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, p. 252; MAQUEDA ABREU, M.L.: *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Edit. Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 20; TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica del delito de coacción”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, p. 19; ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, *La Ley*, 1990-3, p. 866.

⁸⁵ MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, p. 131.

⁸⁶ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., pp. 867, 869-870.

constituye la *ratio essendi* del delito”. En consecuencia, si el paciente por sí, o a través de los mecanismos de sustitución previstos por la norma sanitaria (9.3 Ley 41/2002), consiente la sedación terminal, ninguna incriminación es posible.

Puede plantearse asimismo que exista consentimiento pero éste se encuentre viciado. En general parece haber acuerdo en que el consentimiento viciado es ineficaz⁸⁷; aunque en lo relativo a considerar que la conducta engañosa ha de obtener un reproche penal, no existe tal unanimidad. Unos aprecian la existencia de delito de coacciones⁸⁸, otros la niegan reconduciendo la conducta ilícita a la vía civil⁸⁹ y no faltan quienes sin afirmar la existencia de delito admitan que en algún supuesto puede subsumirse la conducta descrita en el mismo⁹⁰.

La concurrencia de “violencia” es lo que plantea más dificultades a la hora de incardinar un tratamiento involuntario ilícito –en el caso que aquí se trata, la sedación terminal– en el tipo del art. 172 CP. Los términos del precepto son taxativos, vienen referidos a aquel “que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”. La violencia es esencial al tipo; es más, nótese que la diferencia entre el delito del 172 CP y la falta de coacciones del 620.2º CP no reside en la concurrencia o no de violencia, sino en la intensidad de la misma⁹¹.

La doctrina española aún debate cómo ha de interpretarse el elemento típico de la violencia en el delito de coacciones⁹². Por lo que respecta a la jurisprudencia, es

⁸⁷ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico”, Cuadernos de Política Criminal, 1983, p. 33 y ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), Bosch, Barcelona, 1981, pp. 347 y ss.

⁸⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el Derecho Penal..., op. cit., p. 288.

⁸⁹ TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica...”, op. cit., p. 37.

⁹⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Vol. III..., op. cit., p. 161: “no puede tener eficacia eximente el que se haya obtenido mediante coacción, amenaza, engaño o error”; JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 17 y 33.

⁹¹ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 867. Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, Bosch, Barcelona, 1978, p. 251 y ss; MAQUEDA ABREU, M.L.: Los delitos contra la libertad..., op. cit., pp. 37-38 y MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., p. 145.

⁹² Cfr. HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, Bosch, Barcelona, 1978, p. 88 y ss y MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., pp. 130 y ss. Sobre la interpretación de la violencia como elemento normativo Vid. MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código Penal”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1977, pp. 274 y ss y GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: Dere-

apreciable una evolución que, partiendo de la originaria concepción de la violencia como *vis corpori afflicta* ha llegado a una completa volatilización de este concepto hasta llegar a considerar como coacción supuestos en los que, aún produciéndose un menoscabo de la libertad, no existía violencia alguna⁹³, lo que ha merecido críticas doctrinales al entender que “una extensión de tal índole resulta inaceptable”⁹⁴, aunque no falten autores que consideren que “lo esencial en la violencia ya no es el empleo de fuerza física, sino sólo la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa”⁹⁵.

Por mi parte entiendo que la imposición de un tratamiento médico contra la voluntad del paciente –salvo que exista una circunstancia que excluya la antijuricidad de la acción o incluso la misma tipicidad de la conducta– constituye un delito de coacciones⁹⁶. Los dos clásicos supuestos en los que cabe tratamiento médico sin necesidad de que concurra el consentimiento del paciente son la concurrencia del estado de necesidad y la existencia de un precepto legal que prescriba dicho tratamiento⁹⁷. A mi entender en el caso de la sedación terminal no existe ni lo uno ni lo otro. No hay estado de necesidad, ya que no hay necesidad de intervenir contrariando la voluntad de un sujeto que decide en el legítimo ejercicio de su autodeterminación⁹⁸ y tampoco existe prescripción legal de intervenir ya que, “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” (art. 2.2 Ley 41/2002, desarrollado en el art. 8) y –siempre que no concurren los supuestos 9.2 Ley 41/2002, que estimo que no concurren siempre que el paciente conserve su competencia o haya dejado instrucciones al efecto cuando era competente– sobre el paciente recae la decisión final. Como afirmara

cho penal y protección de la libertad de obrar de la persona. El delito de coacciones, Estudios Penales, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 265 y ss.

⁹³ Cfr. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, Cuadernos de Política Criminal, 1984, p. 148 y ss.

⁹⁴ ASUA BATARRITA, A. y DE LA MATA BARRANCO, N.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 868.

⁹⁵ MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., p. 278.

⁹⁶ ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., pp. 865-866.

⁹⁷ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 18 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María: El Médico y el Derecho penal, op. cit., pp. 382 y ss.

⁹⁸ La apreciación de si existe una situación de estado de necesidad exige una ponderación de bienes en conflicto; ROLDÁN BARBERO, H.: “Estado de necesidad y colisión de intereses”, Cuadernos de Política Criminal, 1983, pp. 514 y ss. Y tal ponderación, en principio, corresponde al paciente.

Mill: “La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”⁹⁹.

Pues bien, a la vista de que no existe circunstancia que excluya la antijuricidad para la imposición de una sedación terminal, puede aceptarse que lo característico de la violencia es el “enfrentamiento a la actuación de otra persona”¹⁰⁰. Es cierto que algunos tratadistas consideran que no puede llegarse a una tesis expansiva del concepto de violencia¹⁰¹ porque ello ampliaría “el campo de intervención penal (o protección penal) más allá de lo estrictamente previsto por la ley, eludiendo la explícita exigencia de ese particular desvalor de acción requerido en la descripción típica”¹⁰², pero no faltan autores cuyos planteamientos me parecen más asumibles en la esfera sanitaria en la que nos movemos, que consideran que “lo esencial en la violencia ya no es el empleo de fuerza física, sino sólo la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa”¹⁰³. De hecho es patente el amplio concepto que se maneja en derecho español¹⁰⁴.

En fin, comparto con Asúa y De la Mata la idea de que “no corresponde al Derecho Penal la sanción de todo desprecio o menoscabo de la libertad de obrar del sujeto, sino sólo en aquellos casos en los que la relevancia y significación social del ataque justifique el recurso al Derecho punitivo, quedando todos los demás ataques a la libertad en el ámbito del ilícito civil”¹⁰⁵. Y precisamente por ello, que en el caso de enfermos terminales se contra-

ría su voluntad de que no les sea administrada sedación terminal entiendo que tiene suficiente “relevancia y significación social” y tal acción posee tal “particular desvalor” como para reclamar la intervención del ordenamiento punitivo. Es ya no sólo una relevancia social lo que está en juego, sino también una clara relevancia individual, pues al fin y al cabo estamos hablando de la última decisión, del último ejercicio de autodeterminación de un ser humano. En consecuencia, si no se quiere convertir al ciudadano en un mero instrumento del Estado o de fines privados, lo que no es de acogida en una sociedad libre y democrática, la intervención médica sin consentimiento justificado integraría dicho delito de coacciones¹⁰⁶.

Alternativamente al tipo de coacciones, a la vista de que “por trato degradante puede entenderse cualquier atentado a la dignidad de la persona y especialmente su utilización como medio” y teniendo en cuenta que tiene lugar “la lesión de la integridad moral cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir su conducta como propia”¹⁰⁷, una intervención no querida en el propio cuerpo pudiera incluirse dentro de la tipificación que prevé el art. 173 CP: “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”. De hecho el sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona física, pues otra cosa es que si concurriera la condición de funcionario público entraría en juego la agravante genérica del art. 22.7 CP. Y el sujeto pasivo la persona física que sufre el trato degradante, y un enfermo sin duda reúne tal condición. La conducta típica, por su parte, es aquella dirigida a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, estando ejecutada de tal forma que dé lugar a un sentimiento de vejación o humillación que, en todo caso, ha de producir como resultado un menoscabo grave en la integridad moral de la víctima¹⁰⁸.

Dos sentencias del Tribunal Supremo nos ilustran sobradamente cómo el concepto jurisprudencial de “integridad moral” permitiría la aplicación a la intervención no consentida del delito tipificado en el citado art. 173 CP. La primera es la STS, 2ª, 2.11.2004, EDJ 2004/197346

⁹⁹ MILL, John Stuart: Sobre la libertad, (Trad. DE AZCÁRATE, Pablo), Alianza, Madrid, 1984, p. 65.

¹⁰⁰ MAQUEDA ABREU, M.L.: “Comentario a la STS de 4 de octubre de 1982”, La Ley, 1983-2, p. 181.

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Derecho penal y protección...*, op. cit., p. 273.

¹⁰² ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 868. Cfr. MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., p. 139 y TORÍO LÓPEZ, A.: “La estructura típica...”, op. cit., pp. 23-24.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago: “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., p. 278. Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: “Delitos contra la libertad”, op. cit., p. 77.

¹⁰⁴ JORGE BARREIRO, A.: “La relevancia jurídico-penal...”, op. cit., pp. 17 y ss. y del mismo autor La imprudencia punible..., op. cit. p. 81 y bibliografía allí citada.

¹⁰⁵ ASUA, Adela y DE LA MATA, Norberto J.: “El delito de coacciones...”, op. cit., p. 869. En apoyo de esta tesis: BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Vol. III, op. cit., p. 108; HIGUERA GUIMERA, J.F.: El delito de coacciones, op. cit., pp. 110 y ss.; MIRA BENAVENT, J.: “El concepto de violencia...”, op. cit., pp. 168 y ss.

¹⁰⁶ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual, *Libr. Bosch, Barcelona, 1998, p. 404.*

¹⁰⁷ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: “Artículo 173”, en VIVES ANTÓN, Tomás S. (Coord.): Comentarios al Código Penal de 1995, *Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, Vol. I, pp. 896-897.*

¹⁰⁸ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: op. cit., p. 440.

que señala: “Si bien es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral, no lo es menos que las referencias normativas residenciadas en legislaciones extranjeras, Convenios, Convenciones y Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos (los Europeos de 1950 y 1987 de las Naciones Unidas de 1984 y la Universal de 1948) y en el art. 15 CE permiten, a nuestro entender, acotar un quebranto para la seguridad jurídica y para el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta -como manifestación directa de la dignidad humana- comprende todas las facetas de la personalidad como las de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutada por funcionario público abusando de su cargo que, sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad, causa humillación quebranto degradante de tales componentes personales a través de dichos efectos y con finalidades distintas de las comprendidas en el art. 174, presuponga, fuerce o competa al agredido o sufridor de aquellos a actuar en una determinada dirección contra su voluntad o conciencia, encajaría en el precepto cuestionado, dado que, aunque lo sea con carácter residual, en el mismo se tipifica un delito especial impropio, implícitamente definido en las determinaciones precedentes y concurrente en el supuesto enjuiciado, dadas las circunstancias”. La segunda, STS, 2ª, 3.10.2001, EDJ 2001/31992 aclara más si cabe el tema al aludir al ataque a la capacidad de autodeterminación: “El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la ‘integridad moral’ y proscribire con carácter general los ‘tratos degradantes’. La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”.

Sería por tanto la aplicación de este tipo penal una fórmula alternativa al delito de coacciones que sugiero con todas mis reservas, habida cuenta de desbordar el ámbito de mi especialidad. Ahora bien, lo usual será que en el ámbito médico el trato degradante se ejecute a través de medios o resultados o la conducta tenga finalidades que

formen parte de otros tipos delictivos que tutelen distintos bienes jurídicos; y tal es el caso de las coacciones¹⁰⁹. En tal supuesto estaríamos en presencia de un concurso ideal que, entiendo, ha de resolverse a favor del tipo delictivo distinto al trato degradante. En el ámbito de que aquí trato, se resolvería pues apreciando un delito de coacciones.

3.3.- Consecuencias de la denegación o insuficiente asistencia.

En estados terminales pueden tener lugar conductas omisivas del personal sanitario. O, en otras palabras, que se deniegue al paciente - o a los sustitutos legalmente determinados (9.3 Ley 41/2002)- la paliación suficiente del dolor -cuyo último grado lo constituirá, llegado el caso, la sedación paliativa-. En tales supuestos la conducta del médico puede conllevar responsabilidad penal y civil; y quien dice civil, dice patrimonial, que al fin y al cabo no deja de ser la peculiar responsabilidad de las administraciones públicas y de sus funcionarios¹¹⁰.

3.3.1.- Penales.

La omisión de sedación puede dar lugar a dos tipos de delitos omisivos: la omisión de asistencia sanitaria y las lesiones en comisión por omisión.

El primero de ellos aparece por vez primera en nuestro ordenamiento penal en el Código de 1995, el cual castiga la conducta del profesional que “estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria... cuando de la denegación... se derive riesgo grave para la salud de las personas” (art. 196 CP). Hasta ahora viene aconteciendo un hecho ciertamente paradójico: mientras los médicos pueden ser perseguidos criminalmente por inadecuada prescripción de fármacos, no se cataloga como *malpraxis* el inadecuado tratamiento del dolor¹¹¹. Más nada impide que en el futuro puedan prosperar acciones en este último sentido. Como luego veremos en vía civil, fuera de nuestro país se ha iniciado tímidamente el proceso en esta línea.

¹⁰⁹ FERRERO HIDALGO, Fernando y RAMOS REGO, Mª Ángeles: op. cit., p. 444.

¹¹⁰ La responsabilidad patrimonial del Estado “no deja de ser civil, si bien presente principios propios y matices particulares”; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, p. 281. Por lo que cabría hablar de “responsabilidad civil del Estado”; MARTÍN REBOLLO, Luis: “Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Vol. III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2806.

¹¹¹ MAYER, Gilah R.: “Why an elder abuse case...”, op. cit., p. 315.

La incriminación de la conducta descrita protege la vida y salud humanas en relación con el ejercicio de una determinada profesión¹¹², castigando la conducta de aquellos sanitarios que, al tener obligación de prestar asistencia, adquieren una posición de garantes de personas que tienen a su cuidado/tratamiento. Es decir, necesariamente, al concurrir el requisito de “estar obligado a ello”, en el sujeto activo ha de concurrir la condición de “profesional”, por lo que “estamos ante un delito especial propio, al no existir un delito común correlativo que pueda ser cometido por los particulares”¹¹³. Por tal razón debe partirse de “la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico”¹¹⁴.

Lo que se castiga es la denegación de asistencia, dentro de cuyo concepto indiscutiblemente se encuentran los cuidados paliativos¹¹⁵. Pero de esa denegación ha de derivarse “riesgo grave para la salud”¹¹⁶. Puede parecer contradictorio que la denegación de sedación terminal que, de hecho, va a anticipar la muerte, pueda poner en riesgo la “salud”. Pero la contradicción es sólo aparente ya que por “salud”, según la conocida definición de la Constitución de 1947 de la OMS, se entiende “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad o dolencia”. Y la “eliminación o mitigación” de graves sufrimientos comporta la supresión o atenuación del estado de carencia de bienestar físico o psíquico por medio de la aplicación de un tratamiento orientado de modo directo a liberar o aliviar graves sufrimientos¹¹⁷. Luego el dolor físico o, más ampliamente el

sufrimiento, supone un menoscabo del bienestar personal. Por grave riesgo para la salud ha de entenderse pues, por supuesto la vida pero también un empeoramiento del “estado de salud”¹¹⁸, como el ocasionado por el dolor. Efectuada la ponderación cantidad de vida/calidad de muerte no existe ninguna causa de justificación para permitir el sufrimiento innecesario, y de hecho, si nos encontramos ante un supuesto de no tratamiento del dolor sería una negligencia médica que podría ser castigada penalmente, se ha llegado a afirmar¹¹⁹, en posición que comparto. En el mismo sentido, fuera de nuestras fronteras, Rich defiende que un inadecuado tratamiento del dolor puede generar responsabilidad profesional en el médico interviniente por *malpraxis*¹²⁰.

Otra conducta omisiva que pudiera ser punible viene referida al delito de lesiones en comisión por omisión. Gimbernat –por ejemplo- cataloga como delito de lesiones la denegación de asistencia paliativa. En este tipo de casos –afirma- si es el paciente quien pide la intervención médica y esta no tiene lugar, el médico sería responsable de “lesiones por omisión” y ello porque “el facultativo que se ha hecho cargo del tratamiento de un paciente no sólo responde de un delito de *acción* si, por negligencia, mata *positivamente* al enfermo... o le menoscaba su integridad física..., sino que, por ser garante de la vida y de la salud de quien se ha confiado en sus manos, también responde por un delito de omisión (impropia) en el caso de que se abstenga de aplicar las medidas terapéuticas adecuadas que habrían evitado la muerte (...) o las lesiones padecidas (...)”. Pues bien, “el dolor constituye un menoscabo de la salud –que es el bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad física-, por lo que si el médico-garante no le aplica cuidados paliativos y permite, en contra de la voluntad del enfermo, que éste continúe con sus padecimientos, será responsable de unas lesiones por omisión que en este caso no serían imprudentes, sino intencionales”. No puede acogerse el facultativo –continúa diciendo Gimbernat- a la justificación de que no quiere provocar la probable anticipación de la muerte del paciente, ya que –como quedó dicho- tanto del tenor del art. 143.4 CP 1995, como de los arts. 12.2.g y 13.2.f de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, “la

¹¹² GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos..., op. cit., pp. 302-303.

¹¹³ FARALDO CABANA, Patricia: Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico, en “Lecciones de Derecho sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, p. 539. En contra de esta opinión se manifiesta MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M.: La omisión de socorro del profesional sanitario, *Actualidad Penal*, 16 nov. 1997, quien siguiendo la opinión de PORTILLA CONTRERAS, lo califica de “especial impropio”. Estos autores citados por FARALDO CABANA, Patricia: Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico, en “Lecciones de Derecho sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, op. cit.

¹¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER: Delitos impropios de omisión, *Buenos Aires*, 1983, 2ª edic., p. 143 y ss.

¹¹⁵ Y ello desde antiguo; STOOSS, Carl: Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Verlag Otto von Liebmann, Berlín, 1898, pp. 3-5. Citado por ROMEO CASABONA, Carlos María: El médico y el derecho penal, op. cit., pp. 3-4.

¹¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco: Derecho Penal. Parte Especial, 1996, op. cit., pp. 285-286.

¹¹⁷ NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel: Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Tecnos, Madrid, 1999, p. 143. Que recoge la definición de la “Propuesta Alternativa al Tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”,

en Una alternativa al tratamiento de la disponibilidad de la propia vida elaborada por el Grupo de Estudios de Política Criminal, Alicante, 1993, pp. 22-23. Se recoge en la revista Jueces para la Democracia, núm. 2, 1993.

¹¹⁸ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos..., op. cit., p. 311.

¹¹⁹ MORALES SANTOS, Angel: “Derechos de los enfermos terminales”, op. cit., p. 275.

¹²⁰ RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., pp. 41-43.

atención paliativa a los enfermos terminales” es una conducta conforme a Derecho y, en consecuencia, “un comportamiento penalmente ilícito (lesiones por omisión) no puede estar justificado por la negativa del autor a ejecutar otro comportamiento que el ordenamiento jurídico aprueba: la aplicación de medidas paliativas”¹²¹.

Efectivamente, la atención paliativa está incluida dentro de las prestaciones de nuestro sistema sanitario, gozando de amplio reconocimiento ético y legal, por lo que el personal sanitario que atiende (asume por tanto el tratamiento¹²²) a este tipo de pacientes (y que adquiere así la condición de “garante”¹²³) tiene una obligación jurídica de actuar. En el caso de la medicina pública, tal deber tiene naturaleza legal, pues conforme a lo dispuesto en el art. 19.b) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud: “El personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a: “Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables”. En el caso de la medicina privada, por devenir tal obligación de los términos del contrato entre médico y paciente (1101 CC). Si no lo hiciera, incumple una “específica obligación legal o contractual de actuar”, por lo cual la omisión “al infringir un especial deber jurídico del autor” equivale a su causación (11 CP).

Una vez que se determine que, efectivamente, el sanitario asume en un caso determinado la posición de garante, la imputación del resultado lesivo que se produzca (muerte o lesiones) sólo tendrá lugar cuando la omisión equivalga a la causación activa del resultado¹²⁴. Esta equivalencia es descrita por Silva como la existencia de una barrera de contención del riesgo específico que amenaza al paciente de forma tal que la retirada de dicha barrera provoca la conversión del riesgo eventual en cierto resul-

tado¹²⁵. Al hablar de muerte o lesiones es preciso hacer dos matizaciones. El resultado de muerte, como consecuencia de la aplicación de remedios paliativos legítimos en su modo y forma de administración naturalmente remite a otras consideraciones que se ya se han venido efectuando. Pero, el resultado de lesiones debe concretarse. El Código Penal habla de lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental (147 CP). A la vista del amplio concepto de salud propuesto por la OMS, que goza de general consideración, es más que aceptable que la conducta omisiva que hace posible la perduración innecesaria del dolor es una transgresión de la norma penal vigente.

Puede en fin suceder que se haya producido una denegación de asistencia (paliativa) y, como consecuencia de ello, se haya permitido un dolor innecesario. En tal caso estaríamos en un “concurso de normas” (196 y 147 en relación con el art. 11 CP), siendo “aplicables los correspondientes tipos dolosos o imprudentes de homicidio o de lesiones, respecto de los cuales los de denegación de asistencia sanitaria o de abandono de los servicios sanitarios aparecen como tácitamente subsidiarios, tal y como, por lo demás, ocurre siempre que un *delito de peligro concreto* acaba por desembocar en un *delito de lesión* del mismo objeto de protección”¹²⁶. Se aplicaría en tales casos pues el 147 CP.

3.3.2.- Civiles.

La posibilidad de que en nuestro país se presenten demandas civiles frente a conductas omisivas del tratamiento del dolor no es descabellada. Reconoce la STS 1ª, 31.5.2000, EDJ 2000/15178, “que el daño moral constituye una noción dificultosa (S. 22 mayo 1995, EDJ 1995/2454), relativa e imprecisa (SS. 14 diciembre 1996, EDJ 1996/9131 y 5 octubre 1998 EDJ 1998/25076)”. Pero es evidente que, aunque no deba pensarse en una generalización de la posibilidad indemnizatoria, existe “una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del ‘pretium doloris’ y los ataques a los derechos de la personalidad (S. 19 octubre de 1998)”. “La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o

¹²¹ GIMBERNAT, Enrique: “El problema jurídico de la muerte y del dolor”, op. cit., p. 4.

¹²² SCHÜNEMANN: Grund and Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Gotinga, 1971, p. 340. Citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., p. 128.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, op. cit., pp. 125-129.

¹²⁴ FARALDO CABANA, Patricia: “Omisión del deber de socorro...”, op. cit., p. 530.

¹²⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal del médico por omisión”, La Ley, 1987, I, pp. 958-959.

¹²⁶ HUERTA TOCILDO, Susana: Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 105.

padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995 EDJ 1995/2454; 19 octubre 1996, EDJ 1996/8164, 27 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990, EDJ 1990/7963), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995, EDJ 1995/2454), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998, EDJ 1998/572), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999, EDJ 1999/13412)". No hay duda pues que existe fundamento más que sobrado para plantear una demanda civil por una actuación profesional omisiva en el ámbito que aquí tratamos.

Entre los grupos de casos que versan sobre denegación de recursos médicos existe uno referido a conductas en las que el elemento común es "la no realización de todo el tratamiento que precisaba el enfermo en el caso concreto"¹²⁷. Habida cuenta que dentro del concepto de tratamiento se encuentra la intervención analgésica-paliativa, qué duda cabe que los supuestos de no tratamiento o de insuficiente tratamiento del dolor tienen perfecta cabida a la hora de argumentar una demanda de responsabilidad civil. Son supuestos estos últimos en los que se incurre en responsabilidad ya que "cuando la gente considera obligado el socorro, el no prestarlo representa una infracción al deber de solidaridad y buena fe"¹²⁸. Sucede entonces que, con independencia de la responsabilidad penal, el médico "debe responder de la omisión producida en una situación en que existía para él un previo deber de obrar, bien de naturaleza negocial, bien de naturaleza legal, pues si se hubiera realizado la acción omitida se habría evitado el resultado dañoso"¹²⁹, el dolor.

La posibilidad de fundamentar este tipo de demandas ya no es una novedad en Estados Unidos. Dos casos son ilustrativos de ello. En *Henry James v. Hillhaven Corp.*¹³⁰, la familia de Henry James presentó una demanda de esta clase. James, era un anciano que padecía un cáncer de próstata al que se le había prescrito morfina para el control

de su dolor. Al ingresar en un establecimiento de North Carolina una enfermera diagnosticó que Mr. James era un "adicto a la morfina", razón por la cual sólo se le suministró un tranquilizante, sin contar para este cambio de pauta de medicación con ningún facultativo. La familia de Mr. James demandó a la enfermera y al establecimiento en el que aquel estuvo ingresado hasta su muerte por no proveer la morfina prescrita, lo que había causado un sufrimiento significativo e innecesario y una profunda angustia psíquica, lo cual constituiría un "trato inhumano"¹³¹. A lo largo del juicio informes del National Institute of Health y de una enfermera especialista en la materia confirmaron lo apropiado de controlar el dolor de enfermos terminales. El jurado estableció una condena a indemnizar con 7.5 millones de dólares, estableciendo además el pago de otros 7.5 millones por "punitive damages" (daños punitivos o ejemplares).

Más recientemente el caso *Bergman* ha alcanzado amplia resonancia en los medios de comunicación de aquel país¹³² y produjo reacciones por parte de los poderes públicos¹³³. En la resolución del caso *Bergman v. Chin*¹³⁴ se afirma que el infratratamiento (oligoanalgesia) del dolor de un paciente anciano constituye un abuso y aporta nuevas luces en material de responsabilidad médica por indebido tratamiento del dolor. William Bergman, de 85 años de edad era un californiano enfermo de cáncer de pulmón. Fue ingresado en el Eden Medical Center aquejado de dolores insufribles. Permaneció cinco días en el

¹³¹ Cfr. sobre el tema SHAPIRO, Robyn S.: "Liability Issues in the Management of Pain", Pain & Sympt. Mgmt., Vol. 9, 1994, pp. 9-10.

¹³² Así se puso de manifiesto en los más importantes medios de comunicación; OKIE, Susan: "Calif. Jury Finds Doctor Negligent in Managing Pain", Washington Post, 15.6.2001, p. A2.

¹³³ Aunque el caso se dirimió en el ámbito estatal alcanzó gran repercusión a nivel nacional. Además provocó importantes reacciones. Así la Compasión in Dying Federation remitió el 6 de marzo de 2000 un documento dirigido a todas las Oficinas Sanitarias Estatales en las que, aún reconociendo que se habían efectuado algunas avances en el tratamiento del dolor de enfermos terminales, ponía de relieve a la vez, la persistencia de casos inadecuadamente tratados. Sugería en tal sentido la adopción de un amplio conjunto de medidas. La influencia del caso fue tal que las autoridades estatales californianas reformaron el Código de Negocios y Profesiones, concretamente en su sección 2234, a la que se incorporó el 21 de febrero de 2001 un apartado h) que calificó de comportamiento no profesional el fallo en la adecuada prescripción, ordenación, administración o dispensación de sustancias, incluídos los analgésicos opioides, para el control del dolor, que de acuerdo con el conocimiento científico se describe como adecuado clínicamente y llevado a cabo según los protocolos correspondientes.

¹³⁴ *Bergman v. Chin*, No H205732.1 (Cal. App. Dep't Super. Ct. Feb. 16, 1999). Sobre el caso cfr. MAYER, Gilah R.: "Comment. Why an elder abuse case is a stride in the direction of civil culpability for physicians who undertreat patients suffering from terminal pain. (Bergman v. Chin, No. H205732-1, Cal. Super. Ct. June 13, 2001.)", New England Law Review, Vol. 37, 2003, pp. 313-350.

¹²⁷ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: "Apuntes sobre la responsabilidad civil del facultativo por denegación de asistencia sanitaria", La Ley, núm. 6226, 7.4.2005, pp. 1-5.

¹²⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L.: Elementos de Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones, Vol. 2. Contratos y cuasicontrato. Delito y cuasidelito, Edit. Dykinson, Madrid, 1999, p. 466.

¹²⁹ QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: "Apuntes...", op. cit., p. 2.

¹³⁰ *Henry James v. Hillhaven Corp.*, No. 89 CVS 64 (N.C. Super. Ct. Jan. 15, 1991).

establecimiento, asistido por el Dr. Wing Chin. Durante su estancia el personal de enfermería calificó el grado de sus dolores en el nivel más alto. Fue remitido a su domicilio en estado agónico, consiguiendo su familia que un facultativo le prescribiera sedación, aliviando su sufrimiento, y falleciendo al día siguiente.

Tras el fallecimiento la familia presentó el 7 de abril de 1998 una reclamación la Medical Board of California, organismo que concluyó tras el oportuno expediente, que el cuidado del dolor de Mr. Bergman había sido inadecuado, aunque no consideró oportuno tomar ninguna medida disciplinaria frente al Dr. Chin. Ante tal respuesta los familiares presentaron demanda en el tribunal del Estado de California por malapaxis médica y abuso de un anciano, esto último con fundamento en la *California's Elder Abuse and Adult Civil Protection Act*. El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, pero el Tribunal Supremo de California entendió que el tratamiento inadecuado del paciente constituía un abuso en la persona de un anciano, según la ley californiana.

Un jurado reconoció a los familiares del señor Bergman una indemnización de 1.5 millones de dólares, en concepto de daños y perjuicios. El juez más tarde redujo la indemnización a 250.000 dólares aplicando la regulación sobre negligencia médica del Estado que limita a esta cantidad los daños por negligencia médica pública – aunque curiosamente el caso no se planteó como tal-. Posteriormente una decisión en abril de 2002 incrementó la indemnización hasta 375.000 dólares, en base al interés público subyacente.

3.3.3. Administrativas.

Lo dicho respecto a la responsabilidad civil por una insuficiente o inexistente asistencia paliativa es trasladable al ámbito administrativo, aunque lógicamente con los matices procedimentales y teniendo en cuenta los principios rectores propios de esta sede. Brevemente indicar¹³⁵ que en la sanidad pública, el particular ha de exigir directamente a la Administración la correspondiente indemnización por el daño y perjuicio causado por el personal sanitario de la misma (145.1 LRJPAC). Dejado patente, de forma sobrada, que la no paliación del dolor constituye un daño, quedaría abierta la vía de una pretensión resarcitoria. En este caso entiendo que no cabe hablar de un funcionamiento normal de la Administración sanitaria si

se deniega o se presta deficientemente la asistencia paliativa, ya que la misma, como ha quedado expresado, forma parte del conjunto de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. El incumplimiento pues de los deberes asistenciales del personal sanitario, al margen de que efectivamente sea –que lo es– un comportamiento culpable/negligente, y dado que la responsabilidad administrativa tiene un cariz objetivo, genera una obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Estamos hablando de una lesión ya que, aunque tradicionalmente el *pretium doloris* ha venido referido al dolor por la pérdida de un ser querido, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha aludido a “sufrimientos físicos y psíquicos”, “dolor psico-físico”, “daños de todo tipo, tanto los personales como los propios del dolor físico”, “lesiones físicas o mentales y los sufrimientos causados por el acto u omisión resarcibles”, ...¹³⁶. Nada impide pues que el propio dolor pueda comprenderse en el concepto de lesión. Esta distinción entre el tradicional “daño moral” y su variante más específica de “dolor físico” es percible asimismo en la STS 12.2.1991, Az. 1221.

Estamos igualmente hablando de un daño antijurídico, efectivo, evaluable económicamente e individualizado (139.2 LRJPAC). Antijurídico no porque la conducta omisiva que provoca el daño sea ilegal (también lo es) sino porque el paciente no tiene obligación de soportar el mismo. Efectivo, ya que hablamos de daño real, y no eventual, futuro o posible, siempre que la falta de prestación asistencial facilite la presencia del dolor. Evaluable patrimonialmente, con todas las dificultades que ello comporta, ya que atendiendo a una apreciación racional y a los principios de proporcionalidad, equidad y ponderación razonable de las circunstancias del caso puede mensurarse¹³⁷. E individualizado, pues es evidente que existe persona determinada que sufre innecesariamente.

Aunque es verdad que existen daños propios de la enfermedad y daños generados por la actuación de la Administración sanitaria¹³⁸, en los casos de que tratamos

¹³⁵ Por lo demás remito a mi monografía BARRIOS FLORES, Luis Fernando: Marco jurídico de la analgesia (Especial referencia al paciente oncológico), *You & Us*, Madrid, 2005, en prensa. Apartado 4.2.1.

¹³⁶ SSTS 23.2.1988, 4.4.1989, 17.6.1991, citadas por MARCOS OYARZUN, Fco. Javier: op. cit., p. 103.

¹³⁷ MARCOS OYARZUN, Fco. Javier: Reparación integral del daño. El daño moral, *Bayer Hnos.*, Barcelona, 2002, pp. 130-131.

¹³⁸ VILLAR ROJAS, Francisco José: La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites, *Praxis*, Barcelona, 1996, p. 151.

concorre un daño que, aunque inicialmente tiene su origen en la enfermedad, es salvable por medio de la ciencia médica, precisamente a la cual acude el paciente. Son daños, que como señala Villar Rojas, aún producidos por la enfermedad, son evitables con un tratamiento médico.

Tras la reclamación administrativa, y en el supuesto de que la Administración haya tenido que indemnizar como consecuencia de la actuación de sus empleados, corresponde a aquella exigir a los mismos la correspondiente responsabilidad, siempre que hayan actuado por dolo, o culpa o negligencia graves (145.2 LRJPAC). Personalmente entiendo evidente que la falta de las prestaciones ordinarias que requiere la atención sanitaria, aunque sea paliativa, constituye una actuación, cuando menos, culposa y negligente. Y habrá de procederse en consecuencia, aunque bien sabemos que la Administración tradicionalmente no quiere abrir esta caja de Pandora.

3.4.- Consecuencias de la sedación terminal previa petición de pacientes no terminales.

En ocasiones la intervención médica no tiene por primordial finalidad la paliación del dolor sino poner término a una vida. Si esta intervención se hace previa petición del paciente estamos en presencia del tipo descrito en el art. 143.4 CP que castiga la conducta de quien “causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”.

Frente a posiciones anteriores que postulaban la apreciación de la eximente de “estado de necesidad” para legitimar actuaciones que provocaban la muerte en un contexto eutanásico, hoy no hay duda que el legislador ha optado por la vía de la atenuación de la responsabilidad. Para que se produzca la misma se requiere la concurrencia de dos condiciones¹³⁹ :

1.- Que la persona sufra una determinada enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que sufra “graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”. Son estados alternativos, pues cada uno por sí solo permite la aplicación de la atenuación. Respecto al primer supuesto indicar que no se habla de “fase terminal” sino de enfermedad que conduzca “necesariamente” a la

¹³⁹ Para lo que sigue, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen: La cooperación..., op. cit., pp. 124-128.

muerte, concepto indeterminado éste que requerirá de su apreciación por el órgano judicial auxiliado por los pertinentes informes periciales médicos. Y respecto al segundo indicar que se habla de padecimientos y no de dolor; incluyéndose pues el sufrimiento tanto físico como psicológico.

2.- Que el paciente lleve a cabo una petición expresa, seria e inequívoca para la intervención médica. Que sea expresa la petición no requiere necesariamente una forma escrita, bastaría la verbal. Pero evidentemente no bastaría una voluntad tácita o presunta. Que sea seria indica que debe ser el resultado de una reflexión no condicionada por episódicos estados de ánimo, precisándose que el paciente estuviera suficientemente informado de la gravedad y pronóstico de la enfermedad. Y al requerir un carácter inequívoco de la petición quiere expresarse que la voluntad de morir ha de deducirse sin albergar duda alguna, lo que demanda la concurrencia de unos términos claros y precisos.

El problema, como puede suponerse, está en si es posible o no una sedación terminal, previa petición del paciente, sin incurrir en el tipo delictivo del 143.4 CP. Personalmente entiendo que es plenamente posible siempre y cuando dicha sedación terminal se lleve a cabo de acuerdo a la *lex artis*, es decir se haga en persona idónea (enfermo terminal en última fase o agónico), tras una gradual intervención paliativa (de la que la sedación terminal no es sino la última intervención) y por los medios usualmente utilizados por la ciencia médica. Me remito, por tanto, a lo que luego diré en relación al cumplimiento de la *lex artis* (apartado 4.4.).

4.- Derecho a la asistencia y requisitos de la intervención sedativa:

4.1.- Derecho a la intervención sedativa terminal.

El cuidado paliativo debería ser un recurso presente en todas las etapas de una enfermedad¹⁴⁰, disponible para todos los pacientes, en cualquier situación crónica o terminal¹⁴¹. Y ello porque constituye un derecho del paciente

¹⁴⁰ Ya que “es incorrecto asociar lo paliativo exclusivamente al enfermo terminal”, pues la paliación de síntomas y secuelas antecede a tal estado; GONZÁLEZ BARÓN, M.: “Concepto de Medicina Paliativa...”, op. cit., p. 5.

¹⁴¹ OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., p. 1920. En el mismo sentido: ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL-SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Declaración..., op.cit.

y no un privilegio recibir cuidado paliativo competente y humanitario¹⁴². Efectivamente, como tal derecho se encuentra incluido entre el conjunto de prestaciones del sistema nacional de salud. El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud encomienda a la atención primaria “[l]a atención domiciliaria a pacientes inmovilizados y terminales (Anexo I, 2.2º.f.3º.e), y a la asistencia hospitalaria “la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento” (Apartado I, 3.3º.b). Por su parte la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud señala entre las prestaciones de la atención primaria y de la especializada “la atención paliativa a enfermos terminales” (arts. 12.2.g y 13.2.g, respectivamente).

Sin embargo, son notables las deficiencias que existen en el panorama de la medicina paliativa. En el país de referencia en derecho sanitario, Estados Unidos, la denegación de la sedación terminal es una práctica bastante generalizada¹⁴³, lo que ha llevado a la doctrina a una reflexión –que viene de antiguo- sobre las causas de tal carencia¹⁴⁴. Las principales explicaciones se centran en la falta de educación y conocimiento de los profesionales en el tratamiento del dolor¹⁴⁵, la persistencia del fenómeno conocido como “opiofobia” y del miedo a la sanción con motivo de la prescripción; incluso en aquellas latitudes tiene relevancia un problema adicional, el derivado de las

fuentes de financiación¹⁴⁶. Pero muy especialmente la falta de suficiente atención al dolor tiene que ver con una cultura médica en la que la personalidad del paciente no tiene la relevancia debida. La amenaza de muerte de un enfermo grave o terminal puede reconducirse o “deconstruirse” a un conjunto de parámetros biomédicos: estabilización de la presión sanguínea, pulso y respiración¹⁴⁷. Ello explica la distinción entre “dolor real”, commensurable objetivamente y “dolor-no real”, de origen psicogénico. Lo cual es consecuencia de la primacía del modelo curativo sobre el paliativo¹⁴⁸.

Todos los esfuerzos son pocos para potenciar la aún deficiente atención paliativa, porque no debe olvidarse que, por una parte, “[e]l test de un sistema sanitario debería ser su adecuación frente al sufrimiento”, como afirma Cassell al inicio de su conocida monografía¹⁴⁹; y por otra, los pacientes -incluso moribundos- tienen derecho a igual acceso al cuidado que los demás, por la plena vigencia del bioético principio de justicia¹⁵⁰ y por obvios imperativos constitucionales en nuestro caso (14 CE).

En nuestro país se perciben en este sentido dos importantes carencias: la una material –falta de suficientes unidades del dolor-, la otra normativa. Respecto a la primera indicar que, obviamente, no se ha cumplido la Recomendación 1418 (1999), que instaba a los Estados miembros a “garantizar que al menos los grandes hospitales cuenten con unidades especializadas en cuidados paliativos y hospicios, en los que la medicina paliativa pueda desarrollarse como parte integral del tratamiento médico” (Apdo. A.X). Respecto a lo segundo, lamentablemente son escasas las regulaciones autonómicas que dedican alguna atención al enfermo terminal. Es el caso del art. 35.b de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria que establece el derecho a: “Recibir los tratamientos paliativos y aliviar el dolor, facilitándoselos en el entorno más adecuado, aun cuando dichos tratamientos pudieran suponer algún riesgo de acelerar el *exitus*”. Otras regulaciones no aluden a la

¹⁴² ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., p. 29.

¹⁴³ ZERZAN, Judy, STEARNS, Sally y HANSON, Laura: “Access to Palliative Care and Hospice in Nursing Homes”, Journal of de American Medical Association, Vol. 284, núm. 19, 2000, p. 2489; MEISEL, A, SNYDER, L. y QUILL, T.E.: “Seven Barriers to End-of-Life Care-Myths, Realities, and Grains of Truth”, Journal of de American Medical Association, Vol. 284, núm. 19, 2000, p. 2495.

¹⁴⁴ Vid. por ejemplo: MARKS, Richard M. y SACHAR, Edwards J.: “Undertreatment of Medical Inpatients with Narcotic Analgesics”, Annals Internal of Medicine, Vol. 78, 1973, pp. 173-181 y FAGERHAUGH, Shizuko Y. y STRAUSS, Anselm: Politics of Pain Management: Staff-Patient Interaction, Wesley Publishing Company, Menlo Park, California, 1977, p. 273; NYE, David J. et al.: “The Causes of the Medical Malpractice Crisis: An Analysis of Claims Data and Insurance Company Finances”, Georgetown Law Journal, Vol. 76, 1988, pp. 1495 y ss.; SAKS, Michael J.: “In Search of the ‘Lawsuit Crisis’”, Law, Medicine & Health Care, Vol. 14, 1986, pp. 77 y ss.; RICH, Ben A.: “A Legacy of Silence: Bioethics and the Culture of Pain”, Journal of Medical Humanities, Vol. 18, 1997, pp. 233 y ss.

¹⁴⁵ Entrevista al Dr. John Bonica: Newsletter of the Nacional Comité on the Treatment of Intractable Pain, núm. 2, 1979, p. 3. Afirmación que aún en hoy día puede sostenerse; RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., p. 14. Carencias formativas a las que también se alude en la ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL-SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Declaración..., op. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Ampliamente sobre estos factores: OKEN, Rima J.: “Curing...”, op. cit., pp. 1932-1947. Referente a los problemas adicionales, vid. nota 83 de la p. 1932.

¹⁴⁷ MORRIS, David B.: The Culture of Pain, University of California Press, Berkeley, 1991, p. 237.

¹⁴⁸ RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., p. 62.

¹⁴⁹ CASSELL, Eric J.: The Nature of Suffering..., op. cit.

¹⁵⁰ ASTUDILLO, Wilson, MENDINUETA, Carmen y ASTUDILLO, Edgar: Cuidados..., op. cit., pp. 411-413.

posibilidad de fallecimiento. Es el caso del art. 8.b de la ley castellano-leonesa 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, que habla del derecho al “adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos” y el art. 6.6.b de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja que menciona el derecho “a recibir los tratamientos paliativos, en particular el del dolor”.

4.2.- Cumplimiento de la *lex artis*.

Puede definirse la *lex artis* como la “regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamentación y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica”¹⁵¹. O en otros términos, es la “norma de conducta, que exige al médico un buen comportamiento profesional, [y] se define como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital y, en su caso, de las influencias y otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) para calificar dicho acto conforme o no conforme con la técnica normal requerida, derivando de ello la posible responsabilidad de su autor por el resultado de su intervención o acto médico”¹⁵².

La *lex artis*, tradicionalmente ha estado integrada por “reglas no escritas ni codificadas pero que son deducibles mediante la observación de lo que es el modo natural o normal de proceder de un profesional razonablemente competente y diligente o cuidadoso”¹⁵³. En el momento actual cada vez es más frecuente la codificación de buena parte de tales reglas. Bien entendido que, como señala Alberto Jorge Barreiro “la regla más correcta de *lex artis* no tiene por qué coincidir necesariamente con la aceptada mayoritariamente por los profesionales”¹⁵⁴. Con todo, la actuación facultativa conforme a una *lex artis* codificada

introduce un factor de seguridad jurídica nada desdeñable, aunque por supuesto la actuación médica concreta será – en su caso- calificada por los tribunales. Como señala la SAP Toledo, Sección Penal, 16.12.1999, EDJ 1999/41849: “En los últimos años asistimos a un aumento creciente de la actividad de protocolización de numerosos actos médicos. Se trata con ello de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria. No cabe duda que la aportación al proceso de estos protocolos actualizados constituye una enorme ayuda para el Juzgador en su tarea de individualización de la *lex artis ad hoc* aplicable al supuesto concreto, introduciendo, de otra parte, elementos de certeza, seguridad y confianza entre la propia clase médica”¹⁵⁵.

Es lugar común en la doctrina referirse a la *lex artis* de la actividad médico-quirúrgica curativa¹⁵⁶. Pero qué duda cabe que la medicina paliativa está sometida asimismo a la *lex artis*. Basten unas breves notas que pretendan aportar algunos elementos para la determinación de la *lex artis* sedativa.

En primer lugar, es menester que concurra la indicación terapéutica para la sedación. Ello requiere que estemos ante un enfermo terminal. A diferencia de la enfermedad incurable avanzada, en la que existe un diverso grado de afectación de autonomía y calidad de vida, la enfermedad terminal se define como “enfermedad avanzada en fase evolutiva e irreversible con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses, en un contexto de fragilidad progresiva”¹⁵⁷ cuyo último estadio es la situación de agonía, es decir “la que precede a la muerte cuando ésta se produce de forma gra-

¹⁵¹ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino: “Perfil general del Derecho médico”, Anuario de Filosofía del Derecho, T. XII, Madrid, 1995, p. 45.

¹⁵² GARCÍA CARIDAD, José Antonio: La responsabilidad civil del médico (Recensión de Miguel JUANE SÁNCHEZ), en “Lecciones de Derecho Sanitario”, Servicio de Publicaciones, Universidad de A Coruña, 1999, p. 336.

¹⁵³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: “Aplicación de un sistema de protocolos en la práctica de pruebas preoperatorias”, Derecho y Salud, Vol. 3, núm. 1, 1995, p. 44.

¹⁵⁴ JORGE BARREIRO, Alberto: Jurisprudencia Penal y *Lex Artis*, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 74.

¹⁵⁵ Téngase no obstante presente que en la práctica judicial la determinación de la *lex artis* adecuada al caso se lleva a cabo mediante valoración de los informes periciales médicos; JORGE BARREIRO, Alberto: Jurisprudencia Penal y *Lex Artis*, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 75 y ss.

¹⁵⁶ JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Madrid, 1990, p. 72.

¹⁵⁷ OMC-SECPAL: Declaración sobre la atención médica al final de la vida, Madrid, 11.1.2002. Cfr. SANZ ORTIZ, J., GÓMEZ BATISTE, X., GÓMEZ SANCHO, M. y NUÑEZ OLARTE, J.M.: Cuidados Paliativos. Recomendaciones de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL), Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1993, p. 10 y <http://www.secpal.com/guiacp/index.php>.

dual, y en la que existe deterioro físico intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida en horas o días”. Más concretamente, como enfermedad terminal podría calificarse aquella en la que la esperanza de vida es no superior a dos meses¹⁵⁸, existiendo algunos instrumentos razonables de medición de la respuesta a los agentes terapéuticos desde hace tiempo¹⁵⁹. En consecuencia, por enfermo terminal –el agónico sería el último estadio de la enfermedad- cabe entender “el afectado por unas condiciones incurables, que en razonable opinión facultativa producirán la muerte”¹⁶⁰. Y ahí radica precisamente la diferencia entre el enfermo terminal y el incurable; en este último no es posible una predicción de muerte a corto plazo¹⁶¹. En el caso de enfermos agónicos o terminales constatados es válida la sedación paliativa –cumpliéndose los requerimientos que luego se dirán-, pues la muerte es inminente en el primer caso y muy cercana en el segundo¹⁶². Obviamente se aplicará con el primordial fin de evitar sufrimientos no queridos, no asumidos por el paciente.

En segundo lugar, se requiere que se utilice una técnica comúnmente admitida. Y en este sentido juegan un importante papel los documentos de consenso, los protocolos de actuación compartidos por la comunidad científica tarea que, obviamente, desborda las pretensiones de estas páginas¹⁶³.

En tercer lugar, es preciso que el proceso sedativo sea gradual. Como señala el Documento de la OMC-SECPAL es esta la nota característica que diferencia la sedación terminal del empleo del coctel lítico. El enfermo

terminal no puede ser restaurado a otro grado de salud que no sea el del confort subjetivo¹⁶⁴. “En la evaluación de las cargas y las ventajas de tratamiento... el médico tiene que formular un plan de cuidado flexible y ajustable, la sastreía del tratamiento a las necesidades de cambio del paciente y a los progresos de enfermedad¹⁶⁵”. Aunque el último grado de medicación pueda comportar la muerte.

Efectivamente, habida cuenta de que en la ponderación entre el alivio del dolor o la causación de la muerte, debe prevalecer lo primero, es moralmente correcto un incremento en la dosis de fármacos, aunque la administración de tal medicación puede contribuir a la aparición de depresión respiratoria, alteración de la presión arterial, pérdida de conciencia o incluso la muerte, ya que el fin primario del médico es el alivio del sufrimiento, será esta finalidad la que marque la pauta de medicación¹⁶⁶.

4.3.- Consentimiento informado.

Tal como señala el art. 2.2 Ley 41/2002 “[t]oda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios” y dicho consentimiento “debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada”. Se consagra de este modo el llamado “consentimiento informado”, que aparece por vez primera en el ámbito norteamericano¹⁶⁷, y que se define en el art. 3 de la misma ley como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

No hay duda pues de que si la intervención sedativa es una actuación sanitaria requerirá el otorgamiento del “consentimiento informado”. El problema básico en esta sede es determinar si es imprescindible en los pacientes terminales y cuál ha de ser la forma del mismo. A tal efecto debemos diferenciar dos actuaciones distintas – aunque en la práctica frecuentemente aparezcan unidas: la información previa y el consentimiento propiamente di-

¹⁵⁸ GONZÁLEZ BARÓN, M., JALÓN, J.J. y FELIU, J.: “Definición del enfermo terminal y preterminal”, en GONZÁLEZ BARÓN, M., ORDÓÑEZ, A., FELIU, J., ZAMORA, P. y ESPINOSA, E.: Tratado de Medicina Paliativa y tratamiento de soporte en el enfermo con cáncer, Edit. Médica Panamericana, Madrid, 1995, p. 1086.

¹⁵⁹ KARNOFSKY, D.A., BURCHENAL, J.H.: Evaluation of chemotherapeutic agents, Columbia University Press, New York, 1948.

¹⁶⁰ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., pp. 141-142.

¹⁶¹ SUÁREZ ÁLVAREZ, José Rafael: “Decisiones conflictivas en la unidad de cuidados intensivos: ¿Eutanasia y distanasia o asistencia integral en la agonía”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 466 [461-475].

¹⁶² BUISÁN ESPELETA, Lydia: “Actitud médica ante el paciente que fallece en el hospital”, Quadern CAPS, otoño 1995, núm. 23, p. 88.

¹⁶³ Pueden verse algunas orientaciones de la SECPAL al respecto en: <http://www.unav.es/cdb/secpal4.html>. Asimismo en <http://www.segg.es/segg/html/loUltimo/protocoloClinicoSedacionTerminal.htm>.

¹⁶⁴ SUÁREZ ÁLVAREZ, José Rafael: “Decisiones conflictivas en la unidad de cuidados intensivos: ¿Eutanasia y distanasia o asistencia integral en la agonía”, en URRACA, Salvador (Ed.): Eutanasia hoy. Un debate abierto, Editorial Noesis, Madrid, 1996, p. 466 [461-475].

¹⁶⁵ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., p. 846.

¹⁶⁶ WANZER, S.H., FEDERMAN, D.D., ADELSTEIN, C.K., CASSEL, C.K., CASSEM, E.H., CRANFORD, R.E. HOOK, E.W., LO, B., MOERTEL, C.G., SAFAR, P., STONE y otros: op. cit., p. 844.

¹⁶⁷ Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P.2d 170 (Cal. App. 1957).

información previa y el consentimiento propiamente dicho.

Respecto a lo primero, la información, “como regla general se proporcionará verbalmente” y comprenderá “como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”. La información, previa al consentimiento, en el enfermo terminal ha de observar algunos requisitos:

1. Ha de ser en todo momento personalizada, ya que “las necesidades de cada paciente deben ser la sola medida de la información en cada momento”, pues “la muerte, y nuestra convivencia con ella, con su presencia, es tan personal que exige una individualización”¹⁶⁸. En este sentido existe un consenso generalizado en que la información al paciente terminal ha de ser personal, realizada sin prisas, en lugar adecuado y en un clima de intimidad¹⁶⁹.
2. Es un proceso gradual y no un acto médico aislado o repetido¹⁷⁰. Frente al modelo puntual (*event model*), que entiende la toma de decisiones médicas como un acto separado, generalmente de corta duración, ha de regir el modelo procesual (*process model*) que está construido sobre la perspectiva de una participación activa del paciente en el proceso de toma de decisiones¹⁷¹. Lo fundamental en el proceso de información al enfermo terminal es darle la oportunidad de que vaya “metabolizando” la idea de muerte, creando un espacio que irá llenando con preguntas. Son estas, las preguntas, las que el médico debe esperar, e incluso, limitarse a ellas, contestando lo más francamente posible¹⁷².

¹⁶⁸ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información como ayuda al enfermo con una enfermedad mortal”, *Quadern CAPS*, otoño 1995, núm. 23, pp. 45-46.

¹⁶⁹ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, en MONTALAR SALCEDO, Joaquín (Ed.): Aspectos legales en oncología médica, *Nova Sidonia Oncología*, Madrid, 2000, p. 106.

¹⁷⁰ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

¹⁷¹ APPELBAUM, Paul S., LIDZ, Charles W. y MEISEL, Alan: Dos modelos para la aplicación del consentimiento informado en *COUCEIRO, Azucena* (Ed.): *Bioética para clínicos*, op. cit., pp. 151-162.

¹⁷² BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

3. El paciente es el auténtico “capitán del barco”¹⁷³, pues al estar en presencia de bienes jurídicos personalísimos¹⁷⁴, como principio general, no tienen acogida ni el consentimiento de la familia ni el de un tercero¹⁷⁵. Por ello, en principio, el proceso de información debe ser indicado y dirigido por el paciente¹⁷⁶, quien actúa como regulador de la cantidad de información que desea recibir¹⁷⁷. El grado de información está en proporción a las necesidades del enfermo, debiendo ser la información progresiva, informándose al paciente de lo que quiere saber, asimilar y soportar¹⁷⁸.
4. Todo lo anterior implica, necesariamente, la veracidad de la información facilitada. No puede sostenerse la afirmación de Royo-Villanova, cuando afirmaba el engaño como pauta adecuada de información al enfermo terminal: “le haremos creer siempre [al enfermo] que sus torturas acabarán y que recuperará la salud”¹⁷⁹. Mentir sobre el diagnóstico tiene efectos perversos, ya que el paciente al no saber lo que sucede se crea falsas expectativas que, al decaer, provocarán desconfianza hacia el médico¹⁸⁰.
5. Evidentemente este proceso informativo plantea un fundamental problema: la comunicación. Lo cual tiene tres dimensiones: la

¹⁷³ ENGELHARDT, Hugo Tristram: Los fundamentos..., op. cit., p. 396. Y ello a pesar de la incidencia, que existe, del llamado “equipo sanitario” en este ámbito; op. cit., pp. 395-399.

¹⁷⁴ JORGE BARREIRO, A.: La imprudencia punible..., op. cit., p. 84 y del mismo autor: “Derecho a la información...”, op. cit., p. 149. La SAP Ávila, 3.4.1998 señaló que “para llevar a cabo la actividad médico-quirúrgica, [será preciso el] consentimiento que deberá prestar el interesado, teniendo en cuenta la naturaleza personalísima del bien jurídico en juego”.

¹⁷⁵ ANNAS, George J.: *The Right of Patients*, op. cit., p. 90.

¹⁷⁶ BROGGI TRIAS, M.A.: “La información...”, op. cit., p. 45.

¹⁷⁷ LEÓN CORREA, Francisco Javier: “Bioética de la atención de enfermería al enfermo terminal”, *Nova*, Vol. 1, núm. 1, p. 30. Cfr. CENTENO, C. y NUÑEZ OLARTE, J.M.: “Revelación del diagnóstico a enfermos oncológicos en situación Terminal”, *Cuadernos de Bioética*, núm. 2, 1996, pp. 156-163.

¹⁷⁸ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, op. cit., p. 106.

¹⁷⁹ ROYO-VILLANOVA MORALES, Ricardo: *el derecho a morir sin dolor (El problema de la eutanasia)*, Yagües, Madrid, 1929.

¹⁸⁰ MONTALAR SALCEDO, Joaquín: “Consideraciones al final de la vida”, op. cit., p. 106.

relación entre médico y paciente, la calidad de la formación médica y la técnica de comunicación. Respecto a lo primero es fundamental que se instaure una auténtica “amistad médica” postulada dentro y fuera de nuestras fronteras¹⁸¹ y cuyo ideal sería la relación “cuasi-diádica” de Laín¹⁸². Respecto a lo segundo, la formación médica demanda determinadas cualidades personales complementarias del saber técnico, como los valores y las actitudes de compasión, empatía y altruismo¹⁸³. Respecto a lo tercero, la formación de los sanitarios españoles a nivel de técnicas de comunicación debe mejorarse notablemente.

La segunda cuestión a dilucidar es si es preceptivo o no el consentimiento informado en el caso de los pacientes terminales. Entiendo que sí. No hay razón lícita que lo impida. Como señala Rutledge¹⁸⁴, al igual que el paciente no terminal que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales tiene derecho a que se le informe de las alternativas terapéuticas, el paciente terminal debería asimismo ser informado de la naturaleza de su enfermedad, de las alternativas existentes, dándose así la oportunidad de aceptar o rechazar los remedios extraordinarios de la medicina moderna. Y quien dice eso en relación con el empleo o no de remedios extraordinarios, lo puede igualmente afirmar en el caso de los cuidados paliativos. El consentimiento informado es aplicable del mismo modo a este tipo de cuidados, y deberán seguirse las mismas reglas en atención a la condición del paciente¹⁸⁵. Es decir, en el supuesto de adultos competentes, estos tendrán derecho a aceptar o no la aplicación de tratamientos paliativos¹⁸⁶. Si se tratara de pacientes incompetentes, habrán de respetarse los deseos del paciente al tiempo de ser com-

petente, si estos fueran conocidos¹⁸⁷. En el caso de menores competentes debe reconocérseles el derecho a expresar por sí mismos la administración de tratamientos paliativos entendiéndose, a estos efectos como competente, aquel menor que tiene capacidad¹⁸⁸ para entender la naturaleza de la intervención propuesta. Si el menor no fuera competente, corresponderá la decisión a sus padres o al tutor, aunque si no actuaran en interés del menor, los tribunales deberían adoptar la oportuna decisión¹⁸⁹. Evidentemente son muy frecuentes los cuadros de demencia en la fase final de la enfermedad; en tal caso, naturalmente correspondería a los familiares o allegados la decisión. Pero en este sentido, parece recomendable que los pacientes prevean esta etapa final mediante la redacción de un documento de “instrucciones previas”, instrumento aún escasamente implantado en nuestro país. Convendría que el paciente, con suficiente antelación reciba información del médico acerca de la posibilidad de redactar tal tipo de documento. Ese sería un buen momento también para que indicara si desea o no ser informado, pues como quedó dicho también tiene también este último derecho (art. 4.1 Ley 41/2002)¹⁹⁰.

Queda el asunto, sin duda relevante, de la forma de expresión del consentimiento. El consentimiento “será verbal por regla general”, no obstante lo cual la Ley 41/2002 establece que deberá prestarse por escrito en determinados casos: “intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente” (art. 8.2). Como habrá de

¹⁸¹ LAÍN ENTRALGO, Pedro: La relación médico-enfermo, Alianza, Madrid, 1983, y del mismo autor Antropología médica, Salvat, Barcelona, 1984, pp. 364-367 y PELLEGRINO, Edmund D. y THOMASMA, David C.: A Philosophical Basis of Medical Practice, Oxford University Press, Nueva York, 1981, pp. 64-66 y de los mismos autores For the Patient's Good, Oxford University Press, Nueva York, 1988.

¹⁸² LAÍN ENTRALGO, Pedro: La relación médico-enfermo, Alianza, Madrid, 1983, p. 23.

¹⁸³ RICH, Ben A.: “A prescription...”, op. cit., p. 17.

¹⁸⁴ RUTLEDGE, Thomas A.: “Informed Consent for the Terminal Patient”, Baylor Law Review, Vol. 27, 1975, pp. 118-119.

¹⁸⁵ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., pp. 142-143.

¹⁸⁶ Para el caso de Canadá: Reibl v. Hughes [1980] 2 S.C.R. 880.

¹⁸⁷ Cfr. al respecto: ANNAS, George: “Reconciling Quinlan and Saikewicz: Decision Making for the Terminally Ill Incompetent”, en DOUDERA, E.: Legal and Ethical aspects of treating critically and terminally ill patients, 1982, pp. 28-62; RHODEN: “Litigating Life and Death”, Harvard Law Review, Vol. 102, 1988, p. 375; SMITH: “All's Well That Ends Well: Towards a Policy of Assisted Rational Suicide or Merely Enlightened Self-Determination?”, U.C. Davis Law Review, Vol. 22, 1989, pp. 384-408; CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., p. 142.

¹⁸⁸ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., p. 142. Así lo han señalado para el caso de Canadá las sentencias de los casos: Johnston v. Wellesley Hospital [1970], 17 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C.); Re L.D.K.; C.A.S. Metro Toronto v. K [1985], 48 R.F.L. (2d) 164 (Ont. Prov. Ct.).

¹⁸⁹ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit., pp. 142-143. Cfr. la sentencia canadiense en el caso Re Superintendent of Family and Child Service and Dawson [1983], 145 D.L.R. (ed) 610 (B.C.S.C.).

¹⁹⁰ Ampliamente sobre el empleo de las instrucciones previas en analgesia: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: Marco jurídico de la analgesia... op. cit., apartado 2.4.3.

suponerse el nudo gordiano del asunto consiste en la interpretación sobre si la sedación terminal forma o no parte del grupo de excepciones a la regla general de consentimiento verbal del precitado precepto.

Es patente, y no necesita mayor demostración, que no estamos en presencia ni de una intervención quirúrgica, ni de un procedimiento diagnóstico, ni tan siquiera de una terapia invasiva. El propio término “terapia”, respecto a esto último, descarta la intervención paliativa, aunque mantengo algunas reservas al respecto¹⁹¹. La cuestión final está en englobar o no en la última de las excepciones del mentado art. 8.2 Ley 41/2002 la sedación terminal.

En este sentido deben acotarse dos términos: “riesgo” y “salud”. Respecto a lo primero, tal vez sea oportuno hacer una necesaria distinción entre “peligro” y “riesgo”. Como afirma Luhmann, el primero es un daño provocado externamente, independientemente de procesos decisorios; el segundo es un daño atribuible a una decisión¹⁹². En la sedación terminal tenemos ante nosotros ¿peligros o riesgos?. La muerte inminente que va a tener lugar por obra de la naturaleza no es una “exposición a un casual daño o

pérdida”¹⁹³. En este contexto referirse a “riesgo” de muerte como consecuencia de la intervención sedativa en puridad es una entelequia. Existe una consecuencia previsible que pretende evitar un daño inevitable: el dolor, el sufrimiento. En la ponderación entre la prolongación doliente de la vida o el acortamiento de la muerte está el dilema. Ni más ni menos. Al paciente corresponde decidir.

Respecto al término “salud”, páginas atrás ya indiqué el amplio concepto del mismo. Entonces, volviendo sobre nuestros pasos ¿ha de ser verbal o escrito el consentimiento del paciente terminal a la sedación del mismo nombre?. Por mi parte considero que, hoy por hoy, parece oportuno que sea escrito por dos tipos de consideraciones:

- a) Porque ante la indefinición del art. 8.2 Ley 41/2002, y la inseguridad que ello comporta, será más conveniente dejar constancia de una intervención que, eventualmente, puede generar reclamaciones de diverso tipo; ello sería el ejercicio de una razonable medicina defensiva.
- b) Porque, se quiera o no, y a pesar de la falta de explicitación de la ley, lo cierto es que estamos refiriéndonos a una de las intervenciones sanitarias más relevantes. Más o menos compleja en lo técnico, pero absolutamente relevante en lo humano. Es el final de un ser humano. Y ello con independencia de la mención al “riesgo” que lleva a cabo el art. 8.2 Ley 41/2002, precepto lamentablemente sólo pensado para el ejercicio de una medicina curativa y no para el de la paliativa.

4.4.- Documentación de actuaciones.

La Ley 41/2002 establece en su art. 2.6 que “[t]odo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. La documentación se erige pues en una obligación del profesional, pero también de los centros sanitarios a los que se encomienda el deber de conservación (17.1 Ley 41/2002) y custodia de la misma (19 Ley 41/2002). Siendo muy heterogénea dicha documentación se ha establecido un instrumento integrador de la misma, la historia clínica (14.1 Ley 41/2002).

¹⁹¹ Se utiliza el término “terapia” pienso que por inercia. La medicina paliativa ha sido tradicionalmente relegada por la preeminencia del modelo curativo, y ello tiene una explicación filosófica. La medicina moderna se modela de acuerdo al dualismo cartesiano de mente y cuerpo (Cfr. al respecto: EDWARDS, Paul (Ed.): *The Encyclopedia of Philosophy, The McMillan Company and the Free Press, New York, 1967, pp. 336-345*) y se dedica a la atención de la enfermedad corporal, cuando lo característico del dolor es ser un fenómeno de la conciencia y el sufrimiento una experiencia de personas y no de cuerpos (CASSELL, Eric J.: *The Nature of Suffering...*, op. cit.). Esta falta de atención es patente tanto a nivel académico (RICH, Ben A.: “A prescription for the pain: the emerging standard of care for pain management”, *William Mitchell Law Review*, Vol. 26, 2000, p. 17; ONESCHUK, Doreen et al.: “An International Survey of Undergraduate Medical Education in Palliative Medicine”, *Journal of pain and symptom management*, Vol. 20, pp. 174 y ss. y PARIS, Paul M.: “No Pain, No Pain”, *The American journal of emergency medicine*, Vol. 7, 1989, p. 660) como en la práctica asistencial. Una adecuada formación de los facultativos en el tratamiento del dolor puede ser una de las principales vías para modificar las actitudes reticentes de los médicos frente a la actuación paliativa (FURROW, Barry R.: “Pain Management and Provider Liability: No More Excuses”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 29, 2001, p. 43), porque parece indudable que uno de los factores que incide negativamente en la calidad de los cuidados paliativos prestados es la escasa formación y entrenamiento de los facultativos en el manejo del dolor (Entrevista al Dr. John Bonica: *Newsletter of the Nacional Comité on the Treatment of Intractable Pain*, núm. 2, 1979, p. 3. Afirmación que aún en hoy día puede sostenerse; RICH, Ben A.: “A prescription...” , op. cit., p. 14).

¹⁹² LUHMANN, Niklas: *Sociología del riesgo*, trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, México, 1992, pp. 64-65. Citado por PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel: *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica. El consentimiento informado*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 5, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1997, p. 109.

¹⁹³ MORGAN: *Probing the Question of Technology-Induced Risk*, *IEEE Spectrum*, nov. 1981, p. 59.

De la información –aunque se preste de forma verbal, que al fin y al cabo es la regla general- se dejará constancia en la historia clínica (14.1 Ley 41/2002), al igual que sucede con el consentimiento informado (15.2.i Ley 41/2002). Adviértase que estoy diferenciando dos actuaciones –información y consentimiento- porque en realidad tienen entidad diferente. Pese a lo cual de ordinario, cuando se utiliza un documento protocolizado de consentimiento informado –que por tanto tiene carácter escrito- el otorgamiento del consentimiento viene precedido usualmente por un detalle más o menos amplio de la información facilitada al paciente.

La protocolización de actuaciones en el ámbito sanitario es una práctica cada vez más generalizada, aunque la naturaleza de los protocolos obedece a causas y tiene contenidos bien distintos. Básicamente cabe diferenciar entre los protocolos de actuación (que contienen la *lex artis* de una intervención clínica) y los protocolos de consentimiento informado (que reflejan, documentalmente, el acto de voluntad que proviene del paciente, previamente informado).

Los protocolos de actuación son efectivamente expresión de la *lex scientiae*¹⁹⁴, son una positivación de la *lex artis*¹⁹⁵. Son pautas profesionales de conducta, reglas o normas técnicas relevantes en el orden profesional¹⁹⁶. Mediante los mismos “se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria”¹⁹⁷. Pues bien, habida cuenta que la sedación es un procedimiento médico que requiere formación técnica, habilidades y recursos, pudiera ser recomendable el empleo de un protocolo que debería incluir un procedimiento diagnóstico y el fundamento de la indicación de sedación, la pauta terapéutica ajustada

¹⁹⁴ Así lo considera Gracia y así lo asume ALONSO PÉREZ, Mariano: *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”)*, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 45.

¹⁹⁵ CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 394.*

¹⁹⁶ GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, p. 274.

¹⁹⁷ JORGE BARREIRO, Alberto: *Jurisprudencia Penal y Lex Artis, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 76.*

al paciente, el proceso de información y consentimiento y la valoración de la respuesta al tratamiento¹⁹⁸. Obsérvese que en el protocolo de actuación se incluye el consentimiento¹⁹⁹, por la inercia de seguir considerando el consentimiento informado parte de la *lex artis*, posición que aunque no asumo, reconozco sigue siendo la mayoría²⁰⁰.

Bien sea de forma independiente o como sub-protocolo del protocolo general de actuaciones (práctica bastante extendida), el consentimiento informado debe documentarse. Con independencia de que la información sea escrita o verbal, y del consentimiento puede predicarse otro tanto –salvo los supuestos enumerados en el art. 8.2 Ley 41/2002, la regla general es su carácter verbal-, es preciso documentar lo actuado. Ya no solo porque así lo exige la citada Ley 41/2002 sino porque tal documentación es fundamental ante un eventual proceso²⁰¹.

Indicar en fin que existe una específica mención a un “documento tipo” que se pondrá a disposición de los usuarios y que incluirá la posibilidad de llevar a cabo la “peti-

¹⁹⁸ CASARES, Miguel: “Sobre la sedación terminal”, *Diario Médico*, 16.3.2005, p. 14.

¹⁹⁹ Lo mismo hace la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, al afirmar: “Cuando se indica la sedación, se recomienda constatar en la historia clínica los motivos, el proceso en la toma de decisiones (incluido el consentimiento) y la monitorización de los resultados. Ello constituye la mejor garantía ética” (Conclusión 4); SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS: Aspectos éticos de la sedación en cuidados paliativos, Documento aprobado por el Comité Directivo de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos en Barcelona el día 26 de Enero del 2002. Texto íntegro disponible en la URL: <http://www.unav.es/cdb/secpal4.html>

²⁰⁰ En la doctrina es mayoritaria la opinión de que el consentimiento informado es presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* médica. Así JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible...*, op. cit., 72; ALONSO PÉREZ, Mariano: op. cit., p. 52; entre otros muchos. Igual posición mantiene nuestra jurisprudencia. Entre otras muchas: De la Sala Primera del Tribunal Supremo SS. 24.5.1995, EDJ 1995/3361; 2.10.1997, EDJ 1997/7985; 27.4.2001, EDJ 2001/6466 y 10.4.2003, EDJ 2003/9854. De la Sala Segunda SS. 3.10.1997, EDJ 1997/6352 y 26.2.2001, EDJ 2001/2750. De la Sala Tercera S. 26.2.2004, EDJ 2004/7534. Por mi parte opino que es más correcto diferenciar tres esferas de obligaciones médicas: la ética, la jurídica y la técnica. Será a esta última donde correspondería ubicar la *lex artis*, por tener esta la naturaleza de la regla técnica kantiana (KANT, Immanuel: *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres, Espasa-Calpe, 14ª edic., Madrid, 1999, p. 84. El consentimiento informado es inequívocamente una regla jurídica.*

²⁰¹ Cfr. JORGE BARREIRO, Alberto: *Jurisprudencia Penal y Lex Artis, en Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 76-77 y GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, p. 274.*

ción de sedación y/o analgesia en los casos terminales” en el art. 34.3 Ley 7/2002 de Cantabria.

4.5.- Salvaguarda de la intimidad.

Naturalmente que el paciente terminal, como cualquier otro habida cuenta del igual trato normativo que merece, tiene derecho “a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley” (7.1 Ley 41/2002).

Aquí interesa, sin embargo, que detengamos nuestra atención en las peculiaridades que representa la intimidad del enfermo terminal, ya que éste pertenece a uno de los grupos con mayor riesgo de vulneración de su intimidad y confidencialidad. Voy a detenerme sólo en dos dimensiones de este problema en el tipo de enfermo que aquí se trata: la imagen y la intimidad en el momento final.

La intimidad abarca la “propia imagen” del paciente, una imagen que puede ser dañada por la actividad sanitaria. Nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que “[e]l derecho a la propia imagen,... forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos” (STC 117/1994, 25 de abril, FJ 3º). La reproducción de la imagen del paciente terminal sin su consentimiento es ética y legalmente rechazable. Dos resoluciones jurisprudenciales, una norteamericana y otra española, ilustran este aserto.

En el caso *Berthiaume v. Pratt*²⁰² el Tribunal Supremo de Maine se trató de un supuesto en el que un cirujano tomó numerosas fotografías de la evolución letal de un paciente con cáncer de laringe, llegando a recoger varias imágenes hasta el día antes del fallecimiento. Existían evidencias de que el paciente hizo movimientos de cabeza a fin de eludir los registros fotográficos y su esposa había indicado al facultativo que no era deseo de su marido ser fotografiado. Aunque en primera instancia el médico obtuvo un pronunciamiento favorable, el Tribunal Supremo de Maine revocó esta resolución y consideró que la acción del médico constituía una grave violación del derecho a la intimidad del paciente afirmando que, en ausencia de consentimiento expreso, actuar respecto al paciente en la forma descrita podría constituir una agresión y una vulneración del “right to be let alone”. La reproducción de las características faciales o personales del paciente no puede llevarse a cabo sin su autorización.

En nuestro país la imagen del dolor como atentatoria al derecho a la intimidad estuvo plasmada en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, que abordó un caso de honda repercusión mediática, la difusión de las imágenes del torero Francisco Rivera “Paquirri” en la plaza de toros de Pozoblanco, herido mortalmente. En realidad, este pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, estuvo referido al honor e intimidad familiar –al morir el torero, y extinguirse su personalidad, no cabía hablar de titularidad de un derecho en su persona-, pero en él se hicieron manifestaciones muy interesantes para el tema que nos ocupa, del tipo de: “en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero” (FJ 7º).

La segunda de las cuestiones a las que quiero referirme es la relativa a la intimidad en el momento final. Lamentablemente pocas son las regulaciones que aluden a dicho proceso. En un medio, generalmente hostil a la intimidad de la persona, es razonable que el acompañamiento familiar se considere en algunas normativas como un derecho relacionado con la misma. Tal es el caso de la Ley 7/2002 de Cantabria que afirma que la efectividad del derecho a la intimidad se manifiesta garantizando el derecho de que el paciente pueda “solicitar la presencia de familiares o personas vinculadas a él, en todo momento” (art. 36.1.c). Esta preocupación por la presencia familiar de la ley cántabra también se recoge en el momento final y letal de la enfermedad al reconocerse al enfermo afectado por un proceso en fase terminal el derecho a “morir acompañado de las personas que designe, especialmente de sus familiares o allegados” (art. 35.c). Igual previsión se contiene en el art. 8.c de la Ley 8/2003, de Castilla y León y en el art. 6.6.c de la Ley 2/2002 de La Rioja que enfatiza aún más en el número 7 del mismo precepto al indicar que: “En toda circunstancia el paciente tiene derecho a vivir el proceso de su muerte con dignidad y a que sus familiares y personas próximas le acompañen en la intimidad y reciban el trato apropiado al momento”.. Además, es necesario -afirma Gómez Sancho- que cuando haya de sedarse a un enfermo, éste se encuentre en una habitación

²⁰² *Berthiaume v. Pratt*, 365 A.2d 792, 796-797 (Me. 1976).

individual, confortable y acompañado de sus seres queridos²⁰³. El derecho de contar con una habitación individual, si así se desea, aparece recogido en el art. 8.d de la ley castellano-leonesa citada. Y el derecho a recibir los tratamientos paliativos “en el entorno más adecuado” se reconoce en el art. 6.6.b de la ley riojana y en el art. 35.b de la ley cántabra. El déficit en la normativa estatal –absoluto- y en las regulaciones autonómicas –pues sólo en algunas se afronta la cuestión- es, en consecuencia, patente.

Es correcto invitar a familiares y amigos a acompañar al enfermo terminal o moribundo [Consejo de Europa, Rec 1418 (1999), apdo. A.III], como es adecuado regular la participación de acompañantes benéficos en el momento final como se ha hecho en Francia (art. 10 Ley 99/477, de 9 de junio), porque intimidad no tiene que significar necesariamente soledad. Esta sólo existirá si ésa ha sido la voluntad del paciente. Existe un postulado ético que reclama el reconocimiento del “derecho a no morir solo”²⁰⁴. Ya que “si bien es cierto que no podemos vivir nuestra propia muerte, sí vivimos nuestro proceso de morir”²⁰⁵. Y en tal proceso podemos y queremos en ocasiones estar con los nuestros o en compañía de terceros aceptados.

5.- Propuestas de lege ferenda.

El panorama legal de la sedación terminal en nuestro país, desde luego no es óptimo. La ley fundamental en esta materia, por lógica hubiera sido la 41/2002, ya que en ella se regula a nivel estatal la autonomía del paciente y el proceso de información y documentación. Sin embargo, ninguna mención existe a la sedación terminal, lo cual entiendo que no es sino consecuencia de la tradicional inercia de considerar que sólo es digna de atención la medicina curativa, con endémico olvido de la paliativa. Es en ese cuerpo legal donde, a mi entender, debiera introducirse un precepto dedicado específicamente a la sedación terminal, dejando diáfano el marco legal de la misma, las garantías del paciente y la seguridad jurídica del médico. Esta preocupación por disponer de un marco jurídico claro

para llevar a cabo estas prácticas se ha materializado en algún país –el caso de Australia es paradigmático-, mientras que en otros se detecta la preocupación por el tema²⁰⁶. Porque hasta ahora el mundo del derecho ha permanecido notablemente ajeno a esta fundamental tarea de la medicina; lo cual no ha de extrañar si incluso “la que podemos llamar ‘filosofía oficial’, se ha desentendido de la cuestión de la muerte”²⁰⁷.

Entiendo que algunas de las posiciones que aquí se defienden sean discutibles, como discutible y problemático es todo cuanto rodea la despedida de la vida. Estas páginas son una modesta aportación a un debate que debe abrirse y a una regulación que debe hacerse. El paciente terminal merece ese debate y esa atención legal y no sólo él sino también los profesionales sanitarios que se enfrentan cada día a la aparición de la vida, al accidente, a la enfermedad y también a la muerte previsible e inevitable. Uno y otros deben gozar de seguridad jurídica; el primero como última asistencia de esa sociedad a la que ha pertenecido, los segundos para poder ejercer su ministerio en un clima de serenidad y de profesionalidad no exento de humanidad.

Al margen de lo anterior es necesario implantar una auténtica red asistencial de cuidados paliativos. El ejemplo normativo francés puede servirnos posiblemente de referencia. En Francia, con objeto de acomodar la legislación nacional a las recomendaciones del Consejo de Europa²⁰⁸ fue aprobada la Ley 99-477, de 9 de junio, para la garantía del acceso a los cuidados paliativos²⁰⁹. La ley introduce diversos preceptos en el Código de la Salud Pública. Así modifica el 710.3.1 CSP mandando a los establecimientos sanitarios –públicos y privados- para que se doten de medios para atender el dolor de los pacientes que acojan, asegurándoles los cuidados paliativos que su estado requiera. Y en el mismo sentido la modificación del 312.4° CSP.

En fin, junto al aspecto legal de referencia básica (Ley 41/2002) y material asistencial (creación de los pertinentes dispositivos asistenciales) me parece necesario que el enfermo terminal goce de un ambiente adecuado para morir. Las escasas normativas autonómicas sobre

²⁰³ Entrevista al Dr. Marcos Gómez Sancho, Diario Médico, 16.3.2005, p. 14.

²⁰⁴ SOUTHWESTERN MICHIGAN INSERVICE EDUCATION COUNCIL: op. cit. En el mismo sentido GÓMEZ SANCHO, M.: Control de síntomas..., op. cit.

²⁰⁵ ROMÁN MAESTRE, Begoña: “La muerte como hecho y el trato humano al moribundo como deber”, Cuadern CAPS, núm. 23, 1995, p. 13.

²⁰⁶ CASSWELL, Donald G.: “Rejecting criminal...”, op. cit. p. 140.

²⁰⁷ MARÍAS, Julián: La justicia social y otras justicias, Espasa-Calpe, Madrid, 1979, p. 74.

²⁰⁸ Recomendación 1418 (1999), adoptada el 25 de junio de 1999.

²⁰⁹ Loi n° 99-477 du 10 juin 1999, visant à garantir le droit à l'accès aux soins palliatifs (J.O. 10.6.99)

esta materia no son suficientes. Considero que tanto el catálogo de prestaciones del sistema nacional de salud, como las respectivas carteras de servicios (arts. 7-8 Ley 16/2003) deben incorporar en toda su plenitud una regulación de los procesos asistenciales de enfermos terminales. Sólo así se garantizará la efectiva igualdad asistencial de los enfermos terminales.

Como afirmara Fray Luis de León, la muerte nos iguala a todos:

*“Que bien tienes, ¡o Sexto!, ya entendido
que la muerte amarilla va igualmente
a la choça del pobre desvalido
y al alcázar real del rey potente”²¹⁰.*

Es lógico que así sea ya que “la naturaleza con voto manifiesto ha decretado la muerte a todos los mortales desde el mismo día de su nacimiento”²¹¹. Y el Derecho debe tomar conciencia de este dato irrefutable. La asistencia sanitaria debe llegar a todo ciudadano, incluso cuando se despide de su condición de tal.

²¹⁰ FRAY LUIS DE LEÓN: Oda IV, Lib. I, en *Poesías Completas*, Edit. Castalia, Madrid, 2001, p. 256.

²¹¹ GORGIAS: Elogio a Helena, 93, en *PROTÁGORAS y GORGIAS: Fragmentos y testimonios*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 167.