

RESPECTO A LA LIBERTAD DEL PACIENTE. LA EUTANASIA Y LAS LEGISLACIONES SANITARIAS AUTONÓMICAS*.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ
Catedrático Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

I.- La libertad, en el sentido de posibilidad de disponer de la integridad física personal y de la propia vida, frente al poder coactivo del Estado (prohibiendo u ordenando), es desde hace tiempo objeto preferente de mi sensibilidad como jurista¹.

Reflexionar sobre esta cuestión aquí, tiene una doble explicación. **Por un lado**, la reciente STC 154/2002, 18 julio, que resuelve recurso de amparo frente a la STS de 27 de julio de 1997 que condenaba a dos Testigos de Jehová por delito de homicidio en comisión por omisión, por no persuadir a su hijo de trece años para que admitiese una transfusión de sangre. **Por otro**, la certeza de que ésta es también inquietud particular de Enrique Bacigalupo², en cuyo Homenaje tengo la enorme satisfacción de participar en correspondencia y retribución por lo recibido

* El presente texto fue mi contribución al Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Enrique Bacigalupo Zapater.

¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «La intervención médica contra la voluntad del paciente», Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1980, pp. 491 ss; «Agresión médica y consentimiento del paciente», CPC, 1985, pp. 127 ss; «Testigos de Jehová y transfusión de sangre», Revista de Medicina y Humanidades, N° 1114/1995; «El deber ético de respetar la voluntad ajena en el Derecho penal», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2 (1998), pp. 269 ss.

² BACIGALUPO, E., «El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física», Poder Judicial, número especial XII, pp. 147 ss.

en tantos años de amistad y camaradería en el complejo discurrir en este reino de la investigación y la enseñanza universitarias. Enrique Bacigalupo, reconocido internacionalmente, es, sin duda alguna, un referente obligado en la Ciencia del Derecho penal y sus obras son fuente de conocimiento del estado científico actual y vanguardia creadora de paradigmas.

II.- Tuve la satisfacción de llevar la defensa, **ante** la Audiencia **Provincial** de Huesca, de los padres de un menor de trece años de edad, todos Testigos de Jehová, a quienes acusaba el Ministerio Fiscal de homicidio en la modalidad de comisión por omisión, por negarse a persuadir a su hijo para que, en contra de las convicciones religiosas hasta entonces inculcadas por ellos, admitiera la transfusión de sangre que ordenaba el Juez y aconsejaban los médicos. Según la acusación, el niño habría fallecido a consecuencia de tal omisión.

La Audiencia **Provincial** de Huesca absolvió³. El Tribunal Supremo, sin embargo, casó la sentencia, y condenó **por un delito de homicidio en comisión por omisión, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de obcecación**, a dos años y seis meses de prisión a cada uno. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado y declaró que *la exigencia a los padres de persuadir al menor para que permitiera la transfusión, contradice su derecho a la libertad religiosa*.

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de la posición de garante, ni de la eficacia de la voluntad del menor, ni siquiera de la colisión entre los derechos fundamentales de la vida y la libertad religiosa, sino de hacer algunas reflexiones sobre el respeto a la voluntad ajena **en** relación a la propia vida*.

³ SAP de Huesca de 20 de noviembre 1996.

* Cualquier reflexión a este respecto exige la previa lectura de los hechos probados en la sentencia de Huesca que hacen suyos tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional.

Hechos probados: «Los acusados Pedro Alegre Tomás, agricultor y su esposa Lina Vallés Rausa, ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciados en el encabezamiento de esta resolución, en el mes de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro venían residiendo en Ballobar (Huesca) junto con su hijo Marcos Alegre Vallés, quien entonces tenía trece años de edad. Pues bien, el menor Marcos tuvo una caída con su bicicleta el día tres de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, ocasionándose lesiones en una pierna, sin aparente importancia. Tres días después, el día seis, sangró por la nariz, siendo visto, a petición de sus padres, por un ATS que no le dio tampoco más importancia; y el jueves día ocho lo hizo más intensamente, poniéndose pálido, por lo que su madre lo llevó a la Policlínica que sanitariamente les correspondía, la de Fraga (Huesca), donde aconsejaron el traslado del menor al hospital Arnau de Llérida, traslado que ambos acusados hicieron con su hijo ese mismo jueves, llegando a dicho

centro alrededor de las nueve o las diez de la noche. Los médicos del centro, tras las pruebas que estimaron pertinentes detectaron que el menor se encontraba en una situación con alto riesgo hemorrágico prescribiendo para neutralizarla una transfusión de seis centímetros cúbicos de plaquetas, manifestando entonces los padres del menor, los dos acusados, educadamente, que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre y que, en consecuencia, se oponían a la misma rogando que al menor le fuera aplicado algún tratamiento alternativo distinto a la transfusión, siendo informados por los médicos de que no conocían ningún otro tratamiento, por lo que entonces solicitaron los acusados el alta de su hijo para ser llevado a otro centro donde se le pudiera aplicar un tratamiento alternativo, petición de alta a la que no accedió el centro hospitalario por considerar que con ella peligraba la vida del menor, el cual también procesaba activamente la misma religión que sus progenitores rechazando, por ello, consciente y seriamente, la realización de una transfusión en su persona. Así las cosas, el centro hospitalario, en lugar de acceder al alta voluntaria solicitada por los acusados, por considerar que peligraba la vida del menor si no era transfundido, solicitó a las cuatro horas y treinta minutos del día nueve autorización al Juzgado de guardia el cual, a las cinco de la madrugada del citado día nueve de septiembre, autorizó la práctica de la transfusión para el caso de que fuera imprescindible para salvar la vida del menor, como así sucedía, pues la misma era médicamente imprescindible para lograr a corto plazo la recuperación del menor, neutralizando el alto riesgo hemorrágico existente, y poder así continuar con las pruebas precisas para diagnosticar la enfermedad padecida y aplicar en consecuencia el tratamiento precedente.— Una vez dada la autorización judicial para la transfusión, los dos acusados acataron la decisión del Juzgado, que les fue notificada, de modo que no hicieron nada para impedir que dicha decisión se ejecutara, aceptándola como una voluntad que les era impuesta en contra de la suya y de sus convicciones religiosas; es más, los acusados quedaron completamente al margen en los acontecimientos que seguidamente se desarrollaron. Haciendo uso de la autorización judicial los médicos se dispusieron a realizar la transfusión, pero el menor, de trece años de edad, sin intervención alguna de sus padres, la rechazó con auténtico terror, reaccionando agitada y violentamente en un estado de gran excitación que los médicos estimaron muy contraproducente, pues podía precipitar una hemorragia cerebral. Por esa razón, los médicos desistieron de la realización de la transfusión procurando repetidas veces, no obstante, convencer al menor para que la consintiera, cosa que no lograron. Al ver que no podía convencer al menor, el personal sanitario pidió a los acusados que trataran de convencer al niño los cuales, aunque deseaban la curación de su hijo, acompañados por otras personas de su misma religión, no accedieron a ello pues, como su hijo, consideraban que la Biblia, que Dios, no autorizaba la práctica de una transfusión de sangre aunque estuviera en peligro la vida. Así las cosas, no logrando convencer al menor, el caso es que los médicos desecharon la posibilidad de realizar la transfusión mediante la utilización de algún procedimiento anestésico por no considerarlo en ese momento ético ni médicamente correcto, por los riesgos que habría comportado, después de consultarlo telefónicamente con el Juzgado de guardia, considerando que no tenían ningún otro tratamiento alternativo para aplicar, en la mañana del día nueve, viernes, a la concesión del alta voluntaria para que el menor pudiera ser llevado a otro centro en busca del repetido tratamiento alternativo, permaneciendo no obstante el niño en el hospital Arnau de Lérida unas horas más pues los padres, los acusados, pedían la historia clínica para poder presentarla en un nuevo centro, no siéndoles entregada hasta alrededor de las catorce horas; procediendo los dos acusados, ayudados por personas de su misma religión, a buscar al que consideraban uno de los mejores especialistas en la materia, siendo su deseo que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico. No obstante, por causas que se ignoran, probablemente por

considerar el centro hospitalario que entregada la historia clínica la presencia del menor dentro del centro ya no tenía ningún objeto si no le podían aplicar la transfusión que el niño precisaba, por la tarde del día nueve de septiembre, viernes, los acusados llevaron a su hijo a su domicilio, continuando con las gestiones para localizar al nuevo especialista, concertando finalmente con él unan cita para el lunes día doce de septiembre, de mil novecientos noventa y cuatro, en el Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D'Hebrón de Barcelona, al que, siendo aproximadamente las diez de la mañana, se trasladaron los acusados acompañando a su hijo. Una vez en dicho Hospital el niño fue reconocido en consulta siéndole diagnosticado un síndrome de pancetopenia grave debido a una aplaxia medular o a infiltración leucémica, considerando urgente nuevamente la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia y anemia y proceder, a continuación, a realizar las pruebas diagnósticas pertinentes para determinar la causa de la pancetopenia e iniciar luego su tratamiento. Los acusados y el mismo menor, nuevamente, manifestaron que sus convicciones religiosas les impedían aceptar una transfusión, firmando ambos acusados un escrito en dicho sentido, redactado en una hoja con el membrete del Hospital Universitario Materno-infantil del Vall D'Hebrón. Así las cosas, como quiera que en este centro nadie creyó procedente pedir una nueva autorización judicial para efectuar la transfusión, ni intentar nuevamente realizarla haciendo uso de la autorización judicial emitida por el Juzgado de Lérida, ni intentar tampoco efectuarla por propia decisión de los mismos médicos adoptada, en defensa de la vida, por encima de la determinación tomada, por motivos religiosos, por el paciente y sus padres pues el caso es que los acusados, los padres del menor, acompañados por personas de su misma religión, pensando que pecaban si pedían o aprobaban la transfusión, como quiera que deseaban la salvación de su hijo, al que querían con toda la intensidad que es usual en los progenitores, antes de llevar al menor a su domicilio se trasladaron con él al Hospital General de Cataluña, centro privado cuyos servicios habrían de ser directamente sufragados por los acusados, en el que nuevamente, con todo acierto, reiteraron los médicos la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados y por su hijo, por sus convicciones religiosas, por considerarla pecado, sin que nadie en este centro tomara nuevamente la determinación de realizar la transfusión contra la voluntad del menor y de sus padres, por su propia decisión o usando la autorización del Juez de Lérida, que conocían en el centro, o solicitando una nueva autorización al Juzgado que correspondiera de la ciudad de Barcelona, por lo que los acusados, no conociendo ya otro centro al que acudir, emprendieron con su hijo el camino de regreso a su domicilio, al que llegaron sobre la una de la madrugada del martes día trece de septiembre donde permanecieron durante todo ese día, sin más asistencia que las visitas del médico titular de Ballobar quien, por su parte, consideró que nada nuevo podía aportar que no estuviera ya en los informes hospitalarios, no estimando pertinente ordenar el ingreso hospitalario pues el menor, quien permanecía consciente, ya provenía de un ingreso de esa naturaleza, según pensó el médico titular de la localidad, por lo que así permaneció el niño hasta que el miércoles día catorce de septiembre el Juzgado de Instrucción de Fraga (Huesca), en cuyo partido se encuentra Ballobar (Huesca), tras recibir un escrito del Ayuntamiento de esta última localidad informando sobre la situación del menor, acompañado con un informe emitido por el médico titular ese mismo día catorce (en el que se constataba que el menor empeoraba progresivamente por anemia aguda posthemorrágica, que requería con urgencia hemoderivados), tras oír telefónicamente al Ministerio Fiscal, dispuso mediante Auto de ese mismo día catorce, autorizar la entrada en el domicilio del menor para que el mismo recibiera la asistencia médica que precisaba, en los términos que el facultativo y el forense del Juzgado consideraran pertinente, es decir, para que fuera transfundido, personándose seguidamente la comisión judicial en el domicilio del menor, cuando éste

III.- En efecto, el Tribunal Constitucional dispone que 1) «la exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión... contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa» y, por tanto, «la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa» del art. 16.1 de la CE; y 2) tal exigencia «va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor», por lo que «la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias». En definitiva, *el deber de asistencia que les incumbe como padres no puede incluir, porque lo impide el derecho fundamental a la libertad religiosa, persuadir al menor para que desista de su oposición a la transfusión.*

A mi juicio, es de claridad meridiana que, persuadir al menor para que, en contra de sus convicciones religiosas inculcadas por los padres, permita la transfusión, no forma parte del contenido del deber de garante en virtud del derecho de libertad religiosa.

No son de la misma opinión el Ministerio Fiscal y el Tribunal Supremo quienes hacen algunas consideraciones confusas sobre el derecho fundamental **a la libertad religiosa**. En primer lugar, invocan la Constitución, la Ley de la libertad religiosa y los Convenios y Tratados internacionales, donde se determina que los límites del citado derecho fun-

estaba ya con un gran deterioro psicofísico (respondiendo de forma vaga e incoordinada a estímulos externos), procediendo los acusados, una vez más, después de declarar sus convicciones religiosas, a acatar la voluntad del Juzgado, siendo el propio padre del menor quien, tras manifestar su deseo de no luchar contra la Ley, lo bajó a la ambulancia, en la que el niño, acompañado por la fuerza pública, fue conducido al Hospital de Barbastro, donde llegó en coma profundo, totalmente inconsciente, procediéndose a la realización de la transfusión ordenada judicialmente, sin contar con la voluntad de los acusados quienes, como siempre, no intentaron en ningún momento impedirle una vez había sido ordenada por una voluntad ajena a ellos, siendo luego el niño trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, al que llegó hacia las veintitrés horas y treinta minutos del día catorce de septiembre, con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día quince de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones que precisaba habría tenido a corto y a medio plazo una alta posibilidad de supervivencia y, a largo plazo, tal cosa dependía ya de la concreta enfermedad que el mismo padecía, que no pudo ser diagnosticada, pudiendo llegar a tener, con el pertinente tratamiento apoyado por varias transfusiones sucesivas, una esperanza de curación definitiva de entre el sesenta al ochenta por ciento, si la enfermedad sufrida era una leucemia aguda linfoblástica, que es la enfermedad que, con más probabilidad, padecía el hijo de los acusados, pero sólo a título de probabilidad pues, al no hacerse en su momento las transfusiones, ni siquiera hubo ocasión para acometer las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida por poder, aunque con menor probabilidad, también podía tratarse de una leucemia aguda en la que, al largo plazo, el pronóstico ya sería más sombrío.»

damental son la seguridad, la salud y la moralidad pública. A continuación, y estando, por tanto, en juego la vida del menor, en rápido silogismo, concluyen que desaparece el derecho a la libertad religiosa subsistiendo el deber de persuadir al menor de permitir la transfusión.

El **Tribunal Constitucional**, por el contrario, llega a conclusiones distintas mediante un razonamiento que integra las características particulares del caso. Sobre la base de que «el contenido de los deberes de garante... (no se puede configurar)... haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente, del derecho a la libertad religiosa», el TC, para concluir que el deber de persuadir al menor desaparece por el derecho a la libertad religiosa, llama la atención sobre las siguientes circunstancias particulares: a) «no queda acreditada la *probable eficacia* de la actuación suasoria de los padres»; b) no queda acreditado que «no hubiese otras *alternativas* menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión» c) la esperada acción suasoria sobre el hijo «era *contraria* a sus *convicciones religiosas*» y «contradictoria con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida»; d) la transfusión era contraria a la *voluntad del menor* claramente manifestada y e) los padres «no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron desde el primer momento la decisión judicial» de modo que sus actuaciones no fueron obstáculo «para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercitada la acción tutelar del poder público».

En estas circunstancias, entender subsistente un deber de persuasión del menor contradice su derecho a la libertad religiosa.

IV. Conviene hacer algunas consideraciones sobre los hechos probados.

1. En primer lugar, es *dudosa* la **relación de causalidad** entre la pretendida omisión de los padres y el resultado de muerte. Téngase en cuenta que no pudieron realizarse las pruebas pertinentes para diagnosticar la concreta enfermedad padecida, por la oposición del menor a la transfusión y la renuncia de los médicos a intentarla por ser mayores los riesgos de un resultado fatal. La sentencia de la AP se limitó a declarar probada «una alta posibilidad de supervivencia» a corto y medio plazo si el menor hubiera recibido a tiempo las transfusiones. Sin embargo, a largo plazo dependía de la enfermedad no diagnosticada. Aunque en este punto es confuso el relato de hechos probados, parece deducirse que, de ser una leucemia aguda linfoblástica, la probabilidad de supervivencia sería del sesenta al ochenta por ciento, pero el pronóstico ya sería más sombrío de tratarse de una leucemia aguda (*sic*).

Esta vaga descripción del pronóstico de la enfermedad sobre la que iba a incidir la transfusión, ha de unirse a la dificultad de que la acción esperada (la persuasión) tuviera alguna idoneidad sobre la voluntad del menor.

Una postrera consideración ha de hacerse sobre la *actuación de los padres* que «lejos de permanecer pasivos, hasta donde alcanzaba su entendimiento y cultura, se desvivieron por encontrar un tratamiento adecuado para su hijo, peregrinando en sesiones agotadoras por varios hospitales».

Pues bien, es imposible en este contexto responder afirmativamente al interrogante sobre si la muerte del menor hubiera desaparecido de colocar mentalmente la acción esperada y no realizada, es decir, la acción de intentar persuadir al menor de aceptar la transfusión. Las mismas dudas debemos de sustentar en la cuestión fundamental de la **imputación objetiva** en el sentido de comprobar si el riesgo de la omisión se ha concretado o no en el resultado.

2. En segundo lugar, es dudosa la concurrencia del elemento subjetivo imprescindible para la responsabilidad, aunque el Tribunal Supremo hiciera esfuerzos para acreditar la presencia de un absurdo **dolo eventual**.

El TS parte de la base, no enteramente respetuosa con los hechos probados, de que la negativa de los padres a la transfusión impedía que se pudiera prestar a su hijo el único tratamiento médico que podía salvar su vida. Y añade: «el conocimiento y conciencia del máximo grado de probabilidad de que realmente se produjera la muerte de su hijo supone tanto como aceptarla, al rechazar la única alternativa salvadora que existía aunque les estuviera prohibida por sus convicciones religiosas, rechazo que mantuvieron cuando la vida de su hijo aún podía ser salvada».

Realmente no puede sostenerse que los acusados «aceptaran» la muerte de su hijo cuando en muy pocas horas desfilaron por tres hospitales, en tres ciudades distintas, costeándose los gastos de ambulancia, tratando de convencer a los distintos médicos de que existía un tratamiento alternativo tal y como les habían informado en sus centros religiosos.

Por otra parte, la existencia de riesgos —que aunque mínimos no son despreciables— de que con la transfusión se *contagien* enfermedades, no permite concluir que con la negativa a la transfusión, solicitando tratamiento alternativo, se esté «aceptando» la muerte.

Por último, para que esa actitud de «aceptar» tenga relevancia a efectos del dolo eventual, ha de entenderse en el sentido de aprobar el resultado *a consecuencia del propio comportamiento*, y de ningún modo de los hechos probados se deriva esa consecuencia.

3. En tercer lugar, la **patria potestad** y el consiguiente deber de garantía habían sido ya asumidos por los poderes públicos.

No lo entiende así el MF para quien «los padres nunca abandonaron el dominio de la situación que les correspondía por la patria potestad que tenían atribuida haciendo siempre su voluntad y no entregaron dicho dominio ni a la autoridad judicial ni a los médicos». A mí, por el contrario, me parece evidente que los padres perdieron la patria potestad por la simple razón de que una autoridad pública, en defensa de los intereses del menor sustituye a los padres ante los médicos que le atienden. De las palabras del MF y del TS pareciera que la patria potestad es algo que uno asume o se desprende a voluntad como si se tratara de un simple derecho subjetivo u obligación de Derecho privado. En puridad, es una institución inherente a los derechos de la personalidad que no se rige por el principio de la autonomía de la voluntad.

Esta idea aparece con claridad en la Sentencia de la AP recordando que los padres pueden «ser privados de su patria potestad o autoridad familiar por el Estado en defensa de los intereses del menor» añadiendo que los acusados «siempre acataron la decisión del Estado, al que los acusados dieron repetidamente, prácticamente de modo permanente, la efectiva posibilidad de intervenir sustituyéndoles, sin hacer los acusados absolutamente nada por impedir o dificultar siquiera, las decisiones tomadas por sus jueces o sus instituciones médicas, acatando respetuosamente sus injerencias cuantas veces se creyó la sociedad, o el Estado, con el derecho, o con la obligación, de intervenir para sustituir su voluntad, la de los acusados y la del propio menor».

4. En cuarto lugar, es imprescindible dar un valor a la **opinión del menor**.

Nuestro Ordenamiento jurídico otorga consecuencias jurídicas a la voluntad del menor que demuestre suficiente juicio, por ejemplo cuando consiente una relación sexual después de los doce años (art. 181 Cp). Según la AP es indiscutible que los menores tienen derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión, no sólo porque lo dispone al art. 16 de la CE sino también el art. 6º de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor y lo confirma el TC invocando la expresión «toda persona» que menciona el art.2.1 de la Ley de libertad religiosa.

5. En quinto lugar, los mismos discursos lógicos inculpatórios que se han hecho contra los padres podrían haberse hecho hacia los **médicos** que conceden o exigen el *alta* del menor, aunque con idéntica ausencia de fundamento.

Señala oportunamente la sentencia de la AP, como uno más de los muchos juicios acertados que contiene, que «todos ellos, padres, tutores, médicos y jueces (actuaron) en la creencia de estar obrando legítimamente, cada uno de ellos, desde sus respectivas posiciones». Porque, efectivamente, ningún comportamiento tiene relevancia penal. Ni la pacífica actitud de los padres que señalan que su religión no les permite la transfusión ni tratan de convencer a su hijo de otra cosa, ni la actitud de los médicos que en la urgencia se dirigen al juez y no actúan hasta que les llega la resolución judicial y desisten, luego, de la transfusión por la actitud violenta del menor-paciente, ni la resolución judicial que ordena se haga la transfusión si los médicos lo consideran necesario para salvar la vida del menor. **En cuanto a la concurrencia en el médico de un deber jurídico de actuar o deber de garantizar que la muerte del paciente no se produzca, lo que daría lugar a responder de la muerte en comisión por omisión, resulta claro que tanto la Ley como la relación contractual que une al médico con el paciente, como su propia actuación mediante la intervención quirúrgica constituyen origen del nacimiento de aquel deber. Ahora bien, tal deber no puede extenderse hasta el punto de obligar a poner de nuevo en peligro, aunque sea remoto, la salud del sujeto (transfusión de sangre, colocación de válvula artificial en el corazón, amputación de un miembro canceroso, aborto) contra su expresa voluntad. Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico**⁴. Todos obran en la creencia de hacerlo legítimamente. Ninguno de estos comportamientos hubiera merecido la apertura de un procedimiento acusatorio, incluyendo el de los padres que fueron absueltos por la AP y amparados por el TC.

Pero hay un aspecto que a mí me ha llamado la atención y que dará lugar a algunas reflexiones en el apartado siguiente. Obsérvese que estamos ante un paciente grave que por negarse al tratamiento es obligado a abandonar el Hospital. El relato de hechos probados es algo confuso **también** en este punto porque no se juzgaba la actitud de los médicos, pero de él puede fácilmente deducirse que el primer Hospital (Arnau de Vilanova) arroja al paciente literalmente a la calle un viernes por la tarde. Aunque el alta que le conceden dicen ser *voluntaria*, lo cierto es que el deseo de los acusados, aunque «llevaron a su hijo a su domicilio» era «*que el niño hubiera permanecido hospitalizado hasta localizar al nuevo especialista médico*».

⁴ BACIGALUPO, E., "El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física", p. 154.

El lunes se dirigen al Hospital Vall d'Hebron donde le reconocen «en consulta» y pese a la gravedad del enfermo no le ingresan por la negativa a la transfusión ocurriendo lo mismo en el Hospital General de Cataluña. En ninguno de los dos Centros intentaron hacer la transfusión contra la voluntad del menor pese a conocer la orden judicial ni requirieron nueva resolución del Juez correspondiente al domicilio del centro.

No es posible admitir que la negativa a un tratamiento implique la expulsión del Hospital de un enfermo grave. Ciertamente los médicos quieren excluir la responsabilidad de que se muera un enfermo a su cuidado por no proporcionarle el tratamiento adecuado. Pero, evidentemente, la solución no puede ser la de enviar al enfermo a su domicilio donde carece de toda atención especializada.

V. Reflexión última. Respeto a la libertad del paciente. *Modificación del art. 10 de la LGS y la regulación del alta hospitalaria.*

Pienso que plantearse hoy una posible legalización de la eutanasia activa podría entenderse como construir la casa a trompicones. A mi juicio, todo ha de andarse paso a paso aplicando aquí el principio «*natura nihil fit per saltum*». Se ha dado un paso de gigante con la nueva regulación de la participación en el suicidio de la que se excluyó con toda claridad la participación cómplice u omisiva en la muerte consentida.

El siguiente paso no puede ser ni la inconstitucionalidad de la punición de la participación en el suicidio, ni la impunidad de la ejecución de una muerte consentida o eutanasia activa. Para ninguna de las dos cosas están maduros ni la sociedad, ni el Derecho, ni la judicatura.

Debemos pensar en otro estadio en el que podamos fácilmente encontrar acuerdo social y ese puede ser el **mayor respeto a la libertad de voluntad del paciente**. Y esto es sólo posible si se modifica o se interpreta adecuadamente el art. 10 de la Ley General de Sanidad de 25 abril de 1986. Este precepto otorga al enfermo el derecho a la libre elección entre las opciones de tratamiento presentadas por el responsable médico, y exige consentimiento escrito para cualquier intervención, pero establece una excepción «*cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento*». Si esto significa que el médico puede intervenir en contra de la voluntad del enfermo con intervenciones agresivas es abiertamente inconstitucional por lesivo del derecho a la dignidad humana y otros derechos fundamentales. Una primera interpretación correctora debe admitir el derecho a negarse por anticipado, es decir, antes de

que se produzca el peligro⁵. Pero, incluso, estando el paciente en el centro, puede negarse a toda intervención que implique riesgo previsible. *Oponerse a esta voluntad*, invocando peligro de lesiones irreversibles o fallecimiento, y en su virtud intervenir con actividades peligrosas (intervenciones quirúrgicas, transfusiones de sangre) contra su voluntad debe considerarse antijurídico por atentatorio a la dignidad humana (art. 10 CE) y constituir trato degradante (art. 15 CE)⁶. **En este sentido, la transfusión de sangre realizada contra la voluntad del paciente constituye en mi opinión un trato inhumano y degradante con relevancia penal que, salvo excepciones, no queda amparado por causa de justificación alguna. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, realiza una transfusión de sangre para salvar la vida, comete, al menos un atentado contra la libertad (si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la eximente de estado de necesidad⁷.**

Un examen exhaustivo⁸ de la regulación legal del tratamiento sanitario ha sido hecho por Bueno Arús⁹ llegando a la conclusión de que el enfermo tiene derecho a rechazarlo, porque «sería contrario a la dignidad de la persona... la imposición obligatoria de un tratamiento médico, negando al enfermo la libertad de elegir entre el riesgo o el dolor de un tratamiento y el riesgo o el dolor de la propia enfermedad, que ha de ser una decisión eminentemente personal». Todo ello con independencia de que la negativa comporta consecuencias tales como la obligación del enfermo de solicitar el alta hospitalaria, si no existen tratamientos alternativos (Ley General de Sanidad), y la pérdida de las prestaciones de invalidez, si no hay «causa razonable» para el rechazo¹⁰.

Es imprescindible realizar una *interpretación garantista y restrictiva* de las excepciones a la libre opción del tratamiento. Entiendo, con Bue-

⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario", CPC, 1986, pp. 603 ss.

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., "El deber ético de respetar la voluntad ajena en el Derecho penal", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2 (1998), p. 281.

⁷ BACIGALUPO, E., "El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física", p. 161, admite incluso la lesión, tesis que sea probablemente más acertada.

⁸ Anteriormente hice un análisis de la legislación vigente entonces en "Agresión médica y consentimiento del paciente", pp. 135 ss. Vid. también ZUGALDÍA, J.M., en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada 13/1987, p. 284.

⁹ BUENO ARÚS, F., "El consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico", Estudios de Derecho Penal y Criminología, UNED, 1989, pp. 153 ss; el mismo, "El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario", AP 31/1991, p. 395 ss.

¹⁰ BUENO ARÚS, F., «El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario», pp. 400 ss. BAJO FERNÁNDEZ, M., «Agresión médica y consentimiento del paciente», pp. 135 ss.

no Arús, que salvo los casos de peligro para la salud de la población y de decisión tomada por incapaz¹¹, no puede imponerse al enfermo un tratamiento *contra su voluntad* porque «si, ante la vaguedad del texto legal, se entendiera que la excepción puede ser aplicada aún contra la voluntad expresa del interesado o de sus familiares o allegados, se habría dado un lamentable paso atrás en el respeto de los derechos fundamentales de la persona»¹².

Las legislaciones autonómicas parecen haber sido sensibles a esta preocupación y, o han presentado como preámbulo «el principio de autonomía de la persona» o excepcionan la exigencia de consentimiento en situaciones de estado de necesidad a los casos en que no es posible conseguir la autorización o no hay manifestación expresa negativa del enfermo.

Así, por ejemplo, la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, dispone en su art. 7 que «son situaciones de excepción a la exigencia de consentimiento: ... b) cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo *no es posible conseguir la autorización de éste* o de sus familiares o de las personas a él vinculadas. En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico *a favor de la salud de la persona afectada*».

Obsérvese que la ley catalana impide el tratamiento *contra la voluntad del paciente* y obliga a la vigencia del principio *in dubio pro paciente*.

De modo similar en Aragón la Ley 6/2002, de 15 de abril, describe la excepción del modo siguiente: «cuando la urgencia no permita demoras por la posibilidad de ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento y *no haya manifestación negativa expresa del enfermo a dicho procedimiento*». La posibilidad, presente en la LGS, de actuar en contra de la voluntad del paciente, no existe en las vigentes disposiciones catalana y aragonesa.

Por lo que se refiere al **alta** y consiguiente expulsión del centro sanitario por oponerse al tratamiento, frente a la prescripción de la LGS que considera deber del paciente «firmar el documento de alta voluntaria» (y de negarse la dirección «podrá dar el alta» (art. 11.4), la Comunidad Autónoma de Aragón es más sensible a los intereses del paciente. En efecto, en el art.4, g) se indica que si el enfermo se niega al tratamien-

¹¹ BUENO ARÚS, F., «El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario», p. 402, incluye también el caso del suicida.

¹² BUENO ARÚS, F., «El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario», p. 404.

to «deberá solicitar y firmar el alta voluntaria» y «de no hacerlo corresponderá dar el alta a la dirección del centro», «no obstante, *tendrá derecho a permanecer cuando existan otros tratamientos alternativos y la persona afectada manifieste el deseo de recibirlos*».

Aunque ciertamente, los médicos de nuestro caso manifestaban a los acusados que no existían otros tratamientos, también es cierto que los padres únicamente rechazaban la transfusión, sin oponer resistencia a la acción médica. Es decir, esperaban se atendiera médicamente a su hijo aunque de otra manera.

Por último, la legislación autonómica recoge lo que vulgarmente se denomina «testamento vital» o más técnicamente «*voluntades anticipadas*». Es decir, aquellas voluntades expresadas con anterioridad en estado de plenitud de facultades para que tengan validez en el momento en que las facultades de conocimiento y voluntad se encuentren mermadas. Le toca el honor a Cataluña de ser la pionera en este terreno, a quien siguieron Galicia, Aragón y Madrid.

En resumen: con anterioridad al planteamiento de la regulación de la eutanasia en el sentido de establecer su impunidad frente al comportamiento activo, deben de practicarse los pasos previos de: 1) impedir que un tratamiento se pueda practicar contra la voluntad del enfermo aunque sea para salvar su vida, 2) mantener en el centro sanitario público al enfermo grave que se negara a un concreto tratamiento, 3) reconocer la validez de las voluntades anticipadas o testamento vital.

Hecho esto, tendremos un ambiente social previo **necesario para** la discusión de la licitud de las prácticas eutanásicas activas.