

ASPECTOS JURÍDICOS DEL TRATAMIENTO DEL PACIENTE AL FINAL DE LA VIDA: CUIDADOS PALIATIVOS Y LIMITACIÓN DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO

Carlos María Romeo Casabona

En: Manejo del cáncer en Atención Primaria.
Editado por W. Astudillo, E. Montiano, A. Salinas, E.
Díaz A., C. Mendinueta. Sociedad Vasca de Cuidados
Paliativos, 2007 .San Sebastián

1. EL RESPETO DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE SOBRE LA FINALIZACIÓN DEL TRATAMIENTO

La proximidad de la muerte de una persona vinculada a una patología o como consecuencia de procesos traumatológicos que no han producida aquélla de forma inmediata puede presentarse de formas muy variadas.

Para el Derecho, y en particular para el Derecho Penal un aspecto de la máxima relevancia es que el individuo afectado mantenga o no una capacidad intelectual suficiente para comprender la situación en la que se encuentra, su evolución previsible y las consecuencias que de éste pueden derivarse para él. En particular es todavía más significativo que mantenga las facultades relacionadas con la formación de su voluntad y con los procesos mentales decisionales, además que pueda manifestar su voluntad y que para ello conserve un cierto grado de comunicación con su entorno.

En efecto, en primer lugar, puede tratarse de una persona enferma en situación de patología grave y crónica –lo cual significa que es posible que el proceso de de la muerte no esté todavía próximo– o bien terminal, pero que mantiene la capacidad de exteriorizar su voluntad, y de comunicarse con los demás, por ejemplo, en relación con la continuación, modificación o, incluso, interrupción del tratamiento.

Por otro lado, también hay que contar con las situaciones en las que el paciente se halla en estado de inconsciencia, en cuyo caso hay que diagnosticar la etiología del coma, así como

su persistencia e irreversibilidad. Sea como fuere, la posibilidad fundamental de conocer la voluntad del paciente para estos momentos tan críticos queda por lo general excluida¹, lo que comporta la toma de decisiones por parte de terceros, como son sus familiares y otras personas próximas –p. ej., quienes hubieran mantenido con aquél una relación de convivencia–, los profesionales médicos y, en casos muy aislados, la propia autoridad judicial. Es posible, incluso es frecuente, que la persona haya llegado a alguna de las situaciones descritas por haber arrastrado previamente una enfermedad, terminal o no, que ha evolucionado a situaciones extremas, que en ocasiones son de difícil o dudosa recuperación y pueden dar lugar a graves e insoportables padecimientos.

1. Sin perjuicio de que puedan contarse con directivas anticipadas o instrucciones previas que el interesado haya podido suscribir para ser utilizadas en situaciones semejantes, lo que no es frecuente. Sobre estas instrucciones previas, de las que el derecho español reconoce diversos efectos jurídicos, véase el art. 11 de 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, que en lo esencial concuerda con el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina (Convenio de Oviedo), de 4 de abril de 1997, art. 9; y el RD 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

En todas estas diversas circunstancias los aspectos problemáticos desde el punto de vista jurídico radican en saber cuál ha de ser el comportamiento más adecuado a la situación específica del paciente, que en todo caso ha de estar presidido por la búsqueda de confluencia entre la promoción de su bienestar y el respeto de su autonomía². En segundo lugar, interesa ponderar cuándo puede entrar aquél en la esfera del Derecho penal, esto es, cuándo podemos encontrarnos con conductas –por acción o por omisión– penalmente sancionables. Precisamente, la obligada vinculación a la autonomía del interesado, la cual se manifiesta mediante la expresión de su voluntad, consintiendo o rechazando un determinado tratamiento, incide también en el concepto de bienestar. En este sentido, la idea de bienestar se integra no sólo mediante una perspectiva objetiva o material, sino también, y principalmente, mediante otra subjetiva, que es la percepción que del bienestar tenga la propia persona afectada desde su propia, individual e insustituible perspectiva, lo que deja escasos resquicios a las valoraciones que puedan ser proyectadas por terceros. Algo semejante sucede con conceptos tan recurrentes vinculados habitualmente con el final de la vida humana, como son la idea de “calidad de la vida” y el principio informador –o derecho fundamental, en algunos sistemas jurídicos– de la dignidad humana, los cuales tienen como presupuesto la autonomía moral del individuo³.

2. J. Barbero Gutiérrez, C. Romeo Casabona, P. Gijón y J. Júdez, *Limitación del esfuerzo terapéutico*, en “Med. Clin”, vol. 117, 2001, 587.

3. : C. M. Romeo Casabona, *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida huma-*

La conciencia de estas realidades, de los enormes costes económicos que pueden suponer tanto para las familias afectadas como para la sociedad⁴, sin ninguna ventaja real como contrapartida para la salud del paciente, para las expectativas objetivas y reales de vida, han despertado recelos, no carentes de fundamento, sobre los riesgos de una excesiva tecnificación de la Medicina, y han motivado una especial sensibilidad a lo que se llama el ‘derecho a una muerte digna’ o ‘dignidad en la muerte’⁵.

En lo que ahora nos interesa, la atención ha de centrarse en los cua-

na, Ed. CERA, Madrid, 1994, 39 y ss. y 119 y ss.; M. A Núñez Paz, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999,

4. El peligroso manejo de argumentos fundamentalmente economicistas y utilitaristas no debe desconocer, sin embargo, que el paciente tiene prioridad en cuanto tal frente a esas consideraciones, incluso cuando indirectamente se utiliza el argumento de que está cerrando el paso al tratamiento de otros pacientes con mejores perspectivas. La única perspectiva válida es la del paciente que está siendo ya tratado, y valorar las expectativas que ofrece de recuperación, aunque sean de peor pronóstico que las de otros. Cuestión distinta –en la que no voy a entrar–, trascendente y muy real es la de qué medios arbitrar para la distribución de recursos escasos ante una demanda y necesidad de prestaciones sanitarias sin límite aparente. El principio del “orden de llegada” sigue teniendo vigencia. V. reflexiones también críticas sobre esta perspectiva de A. Torío López, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, nº XIV, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1991, 228 y s.

5. V. H. Otto, *Recht auf den eigenen Tod? Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung*, Gutachten D für den 56. Deutschen Juristentag, München, 1986, 26 y ss.

dros patológicos preterminales o crónicos, con graves padecimientos, y en las situaciones terminales. Éstas últimas han sido caracterizadas por las sociedades científicas de la especialidad como⁶: a) presencia de una enfermedad avanzada, progresiva, incurable; b) falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico; c) presencia de numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes; d) gran impacto emocional en paciente, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia, explícita o no, de la muerte; y, e) pronóstico de vida inferior a seis meses.

En esta contribución se desarrollarán jurídicamente dos hipótesis. La primera de ellas se refiere a cuando el interesado tiene capacidad para expresarse, debiéndose comprobar entonces si tiene efectivamente reconocido por el ordenamiento jurídico un derecho a rechazar la intervención asistencial, o si se halla sometido a condiciones o restricciones. En particular se abordarán los argumentos sobre el reconocimiento de la disponibilidad de la propia vida por uno mismo en cualquier circunstancia, incluso cuando su ejercicio supone el rechazo de un tratamiento vital. La segunda hipótesis agrupará diversas situaciones que pueden presentarse cuando el paciente no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad o de hacerlo válidamente para el Derecho, debiendo averiguar entonces cuáles son las obligaciones relacionadas con la salvaguarda de esa vida y la

relevancia que puedan tener en estas situaciones las decisiones esgrimidas por terceras personas. Se dejarán conscientemente al margen de este estudio la valoración jurídico-penal de diversos comportamientos activos que pueden girar en torno a contextos eutanásicos de diferente valoración jurídico-penal.

2. OPCIONES POR PARTE DE TERCEROS CUANDO NO HAY EXPECTATIVAS DE MANTENER LA VIDA O DE RECUPERACIÓN DE LA SITUACIÓN

Cuando el paciente no puede tomar sus propias decisiones, bien por hallarse en estado de profunda postergación y confusión mental, o bien por sufrir un coma, son terceras personas quienes deberán tomar decisiones en su lugar, las cuales pueden ser en ocasiones decisivas en relación con el inicio o continuación de un tratamiento o con la interrupción o no inicio de otras medidas asistenciales relacionadas con la enfermedad.

2.1. CUESTIONES PREVIAS GENERALES: OSTENTACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN Y LÍMITES DE LA MISMA

El ámbito decisorio atribuido a terceros suele descansar principalmente en los familiares del paciente (consentimiento por representación)⁷, y también en cierta medida en el facultativo, sea actuando de acuerdo con aquellos, sea

6. Según la Sociedad Española de Cuidados Paliativos, Guía de Cuidados Paliativos. Cfr. también la European Association for Palliative Care.

7. Así lo califica el art. 9.3 de la LAP.

en su propio ámbito decisonal, en los términos que se indicarán más abajo.

Se ha llamado la atención de los riesgos que pueden comportar para el paciente el dejar recaer la responsabilidad decisoria en estos casos a unos u otros (familiares y médicos), que pueden actuar en pos de sus propios intereses más que en los del paciente, por lo que debería dejarse en manos de la autoridad judicial⁸. Más plausible parece la propuesta de que en estos casos –incluidos los de niños– pasen por la revisión de un comité de ética⁹. En España existen los Comités de Ética Asistencial, que relizan labores de orientación muy oportunas, pero incluso en estos casos no deberían abandonar su función meramente asesora y orientadora, pues asumir otra vía, como que fueran preceptivos y vinculantes sus dictámenes, conduciría a una intromisión excesiva y desproporcionada, en términos generales, en la vida familiar y en la dinámica profesional.

Por lo general en las legislaciones sobre estas materias no suele entrarse en más detalles sobre el marco decisonal reconocido a estas personas o sobre cuáles de los familiares están llamados por la ley a intervenir en estas situaciones, dado que sería prácticamente imposible que la norma fuera capaz de abarcar la diversidad de

situaciones y relaciones familiares. En el derecho español se han llegado a establecer unas pautas de orientación, pues se indica cómo debe ejercerse la representación,¹⁰ y en cierto modo se concretan las personas llamadas a prestar el consentimiento en lugar del paciente, que son aquéllas vinculadas con éste por razones familiares o de hecho. Con estas precisiones se indica que aquellas personas que mantengan una relación fáctica (consista ésta o no en una vinculación de convivencia) también podrán intervenir en la toma de decisiones, y hasta podría entenderse que, por lo que concierne a los familiares, es necesaria asimismo la existencia de un vínculo fáctico real con origen en lazos familiares.

En todo caso, las personas que ostenten la representación legal del paciente ejercerán de forma exclusiva la toma de las decisiones relativas al tratamiento de aquél, sin perjuicio de las restricciones que para éstos prevé la ley en favor del menor con capacidad natural de juicio, es decir, con capacidad material para tomar decisiones, al poder comprender la gravedad de la situación y las consecuencias que pueden derivarse para él de una u otra decisión adoptada¹¹.

8. Así lo entiende, desde una perspectiva garantista comprensible pero poco realizable, Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico. Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 558.

9. Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 561 y s., siguiendo a García Rivas.

10. Según el art. 9.5 de la LAP: “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

11. V. art. 9.3 LAP: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o

En cuanto a los facultativos, a éstos se les suele reconcer la facultad de intervención cuando existe un grave riesgo para la vida del paciente que requiere una intervención urgente, pero éste no se encuentra en situación de otorgar su consentimiento para la realización de aquélla¹².

Cuando el pronóstico sobre la evolución del paciente es todavía incierto, la decisión de aceptar o de rechazar un tratamiento corresponde en principio a los familiares y quienes mantienen vínculos de hecho. Sin embargo, no

psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestaran las personas vinculadas a el por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente este incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". Sobre este precepto v más ampliamente S. Romeo Malanda, *Un nuevo marco jurídico-sanitario: La ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I y II)*, en "LL", nº 5703 y 5704, 2003, 1 y ss.

12. Según el art. 92.2 LAP: "Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: (...) b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

están legitimados para actuar conforme a sus propios intereses o deseos, sino en el mejor interés del paciente¹³. Este tipo de reflexiones han de tenerse muy presentes cuando la decisión que se transmite al facultativo por parte de los familiares consiste en suspender todo tratamiento y, sin embargo, las expectativas de mejora o de reversibilidad de la situación son todavía razonablemente elevadas. Si fuera así, habrá que procurar otros mecanismos legales de tutela de las personas vulnerables que prevé el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que si se trata de una situación grave y de extrema urgencia el médico proceda a intervenir sin más demoras.

2.2. LÍMITES JURÍDICOS DEL DEBER DE ASISTENCIA

De todos modos, sigue pendiente la cuestión de cuál ha de ser la posición del médico cuando el pronóstico de la enfermedad es terminal y no es posible contar con el criterio del paciente. Se plantea en concreto qué deberá hacerse cuando está comprobado que el tratamiento es ineficaz para salvar la vida del paciente o recuperarle de los cuidados intensivos. El facultativo necesita saber cuál es su comportamiento adecuado, tanto para formar su propio criterio, como para poder informar a los familiares del paciente, con el finde que éstos, a su vez, formen el suyo propio, y cada una de las partes pueda adoptar sus propias decisiones. Sin perjuicio de que el propio facultativo o, con mayor probabilidad, los familiares puedan recabar una segunda opinión de otro facultativo especialista que confirme el pronóstico

13. Art. 9.5 LAP: "siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal".

terminal irreversible o irrecuperable, es cierto que los criterios de *lex artis* deberían poder ayudar a la adopción de la pauta de actuación correcta. Como se ve, la decisión se apoyará en este caso en criterios profesionales objetivos, más que en los deseos del paciente (si estuviera consciente) o de su entorno¹⁴, y por esta razón, se vislumbra ya que los estándares, guías y protocolos de actuación compartidos y aprobados por sociedades científicas de la especialidad, revisten la máxima importancia.

El inicio o la continuación del tratamiento cuando no cabe esperar beneficio objetivo alguno para el paciente, por no contar con expectativas reales de devolverle al menos la conciencia, y, por consiguiente, lo único que logra es la prolongación de la muerte, no forma parte de los deberes de asistencia del médico hacia su paciente, respecto a cuya vida y salud tiene, en principio, la posición de garante y, por ello, una posible omisión con muerte del paciente habría que situarla en torno al delito de homicidio. La función de la actividad médica continúa consistiendo hoy en el cuidado de la salud humana y con ello la conservación y prolongación de la vida, devolviéndolo enfermo a la situación de bienestar mejor posible, pero también en eliminar o aliviar el dolor y el sufrimiento, que, como decía más arriba,¹⁵

está abriendo grandes posibilidades la asistencia de los enfermos terminales incurables en las fases más avanzadas de la enfermedad.

No obstante, en estos casos considerar que el deber de asistencia del médico comporta el mantenimiento del tratamiento daría lugar a una extralimitación de los cometidos que la *lex artis* le impone. La *lex artis* le impone al facultativo en estos casos, por el contrario, la supresión de todo tratamiento o medida asistencial artificial que implique de alguna manera una forma de encarnizamiento terapéutico o la prolongación de la existencia biológica sin expectativas previsibles de recuperación, salvo, claro está, los cuidados paliativos que la situación aconseje. De acuerdo con tal función, el cumplimiento del deber de asistencia del médico está condicionado (*límites del deber de asistencia*), al igual que cualquier otro deber jurídico de actuar, a que dicha asistencia, concretada en una efectiva prolongación de la vida –no de la muerte–, sea clínica y materialmente posible¹⁶, bien desde el principio, bien a la vista de la evolución posterior del paciente. Ello no sucede, por ejemplo, con la persona en estado de coma irreversible, en la que ya no es posible reactivar la función cerebral y devolverle la conciencia, incluso si se llega a esta situación como consecuencia de un sustancial empeoramiento del paciente; así como con los que presentan un estado vegetativo persistente con diagnóstico inequívoco de irreversibilidad; ni con el neonato con malforma-

14. Reflexiones semejantes desde la ética apuntan N. S. Jecker y L. J. Schneiderman, *Poner fin al tratamiento inútil: cuestiones éticas*, en "D. C. Thomas y T. Kushner, "De la vida a la muerte. Ciencia y Bioética", Cambridge, U.P. Madrid, 1999, 188 y ss.

15. Eser, *Límites del deber de tratamiento médico* (trad. Por M. Alonso Álamo), en "Nuevo Foro Penal", 1985, 446.

16. Eser, *Límites del deber de tratamiento médico*, 444. Con argumentación similar, Hirsch, *Interrupción del tratamiento y eutanasia*, 341 y ss.

ciones incurables y mortales a corto plazo, ni cuando el paciente no muestra signos de mejora con el conjunto del tratamiento. A la semejante pauta habrá que reconducir la situación del paciente que presenta un proceso patológico grave intercurrente con la enfermedad o deformidad de base.

Este razonamiento sería aplicable al anencéfalo con oclusión intestinal (atresia): la realización de una intervención quirúrgica con el fin de eliminar dicha oclusión no modificaría en nada el estado del niño ni su pronóstico, al ser éste ya mortal a corto plazo. No sería válido, por el contrario, para el recién nacido con semejante oclusión intestinal y que al mismo tiempo presenta un síndrome de Down (mongolismo por trisomía 21), que es incurable; en este supuesto, a diferencia del anterior, el no tratamiento de la patología intercurrente (la oclusión intestinal) no se basaría en la inexistencia de perspectivas de mejora del niño, sino en la consideración de su reducida calidad de vida, consideración de la que no parte el Derecho Penal español ni la propia CE¹⁷.

En resumen, no constituirían un acto ilícito y menos aún penalmente punible la no continuación o la interrupción del tratamiento de quien ya no cuenta con perspectivas *objetivamente* determinables de seguir viviendo, aunque se haya tomado esta decisión sin contar con el paciente, por hallarse en coma. Esta actuación no supondría un atentado de la dignidad de la persona, sino más bien, al contrario, adecuarse a ella.

17. V. también en este sentido, Law Reform Commission of Canada, *Euthanasia, aiding suicide and cessation of treatment*, Working Paper 28, Ottawa 1982, 60.

La sentencia del TC de 27 de junio de 1990 declara al respecto que

no supone tortura o tratos inhumanos o degradantes “la autorización de una intervención médica, como la impugnada por los recurrentes [alimentación forzada], que, en sí misma, no está ordenada a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo. En esta actuación médica, ajustada a la *lex artis*, no es objetivamente reconocible indicio alguno de vejación o indignidad” (f. j. nº 9).

Y continúa:

“El hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte”.

Parece deducirse de los anteriores razonamientos que un tratamiento adecuado para mantener la vida no supone trato inhumano o degradante, pero sí lo sería cuando sólo se prolongue el sufrimiento sin lograr impedir la muerte, sino tan sólo retrasarla.

En efecto, la intervención contraria a la que sería coherente con lo que determina el pronóstico, cuando éste sea indubitado, así como la inutilidad de todo tratamiento (a salvo de los cuidados paliativos) podría constituir una instrumentalización de la persona

afectada e incluso un ‘encarnizamiento terapéutico’, que infringiría la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 15 de la CE), lo que supone al mismo tiempo una concreción de una de las formas de atentar contra la dignidad humana¹⁸.

3. EL PACIENTE MORIBUNDO: LOS CUIDADOS PALIATIVOS

Los deberes asistenciales más relevantes de los profesionales médicos-sanitarios y de los centros sanitarios en relación con un paciente que se encuentra en la fase terminal de su enfermedad y próximo a la muerte abren plenamente las puertas a los cuidados paliativos, los cuales comportan la adopción de un conjunto muy variado de medidas no curativas de carácter integral, individualizado y continuado. La obligación de prestar esta modalidad asistencial se deriva de los derechos que le corresponden al paciente en cuanto tal, pues éstos no se limitan a las intervenciones diagnósticas o la emisión de un pronóstico o la realización de un tratamiento curativo o preventivo.

Los cuidados paliativos consisten, en primer lugar, en asistir emocional y espiritualmente al paciente –y a sus

próximos– y en ayudarle a prepararse para su muerte con dignidad, sin que previamente a esta fase haya sido sometido a discriminaciones en el tratamiento en la medida en que existieran posibilidades de recuperación. En tales momentos la humanización del trato al paciente debe ser exquisita, facilitándole el acceso de sus familiares y allegados, de las personas que puedan prestarle auxilio espiritual de acuerdo con sus convicciones religiosas u otras semejantes, que pueda tomar las decisiones relativas a sus intereses materiales y sociales (trabajo, patrimonio, testamento), incluso, cuando su estado y situación familiar lo permita, darle el alta si lo solicita para que sea trasladado a su domicilio y pueda morir en la intimidad familiar.

Por otro lado, la ayuda al bien morir sin producir un acortamiento sensible de la vida, utilizando fármacos y otros medios que mitiguen el sufrimiento y el estado de prostración del enfermo, como parte de los cuidados paliativos, no sólo es lícita¹⁹, sino que forma parte también de los deberes de actuación del médico y de los derechos del paciente, sobre cuya infracción se ha llegado a defender que incluso podría dar lugar al delito de omisión del deber de socorro²⁰. Este tipo de

18. Véase C. Álvarez-Linera, *El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*, en “La Ley”, nº 1763, 1987, 1 y ss.; F. Bueno Arús, *Límites del consentimiento en la disposición del propio cuerpo desde la perspectiva del Derecho Penal*, en “Poder Judicial”, 1985, 14; Romeo Casabona, *Los derechos del enfermo a la luz de la Constitución española*, 29 y s.

19. M. Bajo Fernández, *Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas* (Ceura, Madrid 1986, 96; J. Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial* (Ariel, Barcelona, 1986), 50; C. M. Romeo Casabona, *El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada”, nº 13, 1987, 191; el mismo, *Bioética*, 445.

20. Díez Ripollés, *ComCP I*, 232 y s.; Sola Reche, *ComCP II*, 621; Torío López, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y*

medidas, también puede ser prestado en las unidades o centros del dolor a los enfermos que padecen enfermedades terminales en estado avanzado (p. ej., cáncer, sida).

La administración de fármacos (analgésicos como aspirina, codeína y morfina) u otras medidas para mitigar el dolor que comporten un acortamiento inapreciable de la vida y no buscado directamente, se considera también penalmente lícita. Así sucede cuando el médico tiene que ir aumentando la dosificación de determinados analgésicos (p. ej., morfina y otros opiáceos derivados) a medida que el organismo del paciente se va haciendo insensible o tolerante al psicofármaco, pero con el riesgo de deprimir el aparato respiratorio hasta poder producirse un fallo del mismo. Siendo más precisos, no existiría en esta hipótesis un delito doloso de homicidio, al no formar parte de la intencionalidad del autor el acortamiento de la vida, sino fundamentalmente aliviar el sufrimiento. La posibilidad de homicidio con dolo eventual, según el cual el que actúa prevé la posibilidad de producción del resultado –el adelantamiento de la muerte– y a pesar de ello cuenta con él, que ha sido apuntada por algún autor²¹, debe rechazarse asimismo,

pues en realidad quien así actúa no cuenta con esa eventualidad en tanto haya adoptado las medidas necesarias para conseguir aliviar el dolor sin producir al mismo tiempo un adelantamiento de la muerte causalmente determinable.

Por lo que se refiere a la posibilidad de incurrir en un homicidio imprudente, si el resultado fue previsto o era cuando menos previsible, dependerá de que el médico se haya ajustado o no a los deberes de cuidado objetivo, en concreto que se haya ajustado a los límites impuestos por el riesgo permitido, a cómo se comportaría otro colega prudente en situación semejante²². Este comportamiento viene determinado por el sometimiento del facultativo a las exigencias de la indicación de la medida terapéutica y a las ‘reglas de su arte’ (*leges artis*), esto es, a los estándares y protocolos aceptados para estas situaciones por las sociedades científicas de las especialidades médicas correspondientes. Pues bien, no cabe duda de que el tratamiento del dolor es una de las funciones propias del ejercicio de la Medicina, no en vano existen en algunos centros hospitalarios unidades de dolor, dedicadas específicamente al tratamiento del mismo en casos extremos, o, incluso, los llamados ‘hospices’. En consecuencia, la administración de fármacos o la aplicación de aparatos para combatir o mitigar el dolor en enfermos terminales dentro de los cauces de prudencia señalados no supone una infracción

eutanasia como problemas legislativos, en “Estudios Penales y Criminológicos”, t. IV, Serv. Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1981, 191. V. mi criterio distinto más arriba, Capítulo 9, 3.1.

21. Cfr. E. Gimbernat Ordeig, *Eutanasia, Constitución y Derecho penal*, en “Jano”, nº 920, 1990, 987 y s., quien considera realizado el tipo del delito de participación en el suicidio o del de omisión del deber de socorro, según las circunstancias, aunque luego estime

aplicable una causa de justificación y, por tanto, sea impune la conducta.

22. Torío López, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, 191 y s.

del deber de cuidado objetivamente considerado, ni el eventual adelanto de la muerte constituiría un hecho típico de homicidio imprudente punible²³. Por otro lado, esta solución parece más aceptable y viable que estimar que en estos supuestos concurriría la eximente de estado de necesidad justificante, basada en que tiene menos valor el *riesgo* del acortamiento de la vida frente a la *efectiva* y necesaria mitigación del dolor.

Tal conclusión a la que llegamos coincide con el actual texto del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, aprobado por la Organización Médica Colegial Española, cuando prescribe que “El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas de adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aun cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida” (art. 27.1).

4. LÍMITES DEL ESFUERZO TERAPÉUTICO

4.1. DECISIONES DE SUSPENDER O MANTENER INTERVENCIONES QUE SON MÉDICAMENTE INEFICACES O FÚTILES

Cuando el paciente ya ha fallecido, pero algunas funciones vitales se encuentran mantenidas artificialmente

23. V. Bajo Fernández, *Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas*, 96; Torío López, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, 193.

por aparatos de asistencia que permiten el control de la respiración y de la circulación sanguínea, en su caso, deben suspenderse éstas. Son pacientes en situación de coma profundo, con muerte cerebral diagnosticada (ausencia irreversible de todas las funciones del troncoencéfalo, del encéfalo o de la corteza cerebral, según los criterios médicos), cuya situación podría ser prolongada hasta cierto punto de modo indefinido. La desconexión de los aparatos y mecanismos de asistencia y la interrupción del tratamiento (medicación de soporte vital, alimentación por intubación) no realizan el tipo –objetivo– del delito de homicidio, pues el sujeto está clínica y *realmente* muerto²⁴.

En aquellos supuestos descritos más arriba, que consisten en que no se cuenta tampoco con la voluntad del paciente, pero que se sitúan en el ámbito de la decisión médica (en su caso, con la asistencia de los familiares), mediante criterios objetivos, de continuar o interrumpir un tratamiento o de iniciar o no otro determinado, o de adoptar los cuidados paliativos.

24. En este sentido, cabe recordar algo que por evidente no deja de ser decisivo, según se ha señalado agudamente: “Ha de tenerse presente que la eutanasia, en todas sus modalidades, implica la pervivencia de las funciones vitales. Las acciones post mortem, ejecutadas cuando sólo persisten procesos residuales incompatibles con la noción de vida no pueden incluirse en los tipos de las lesiones ni del homicidio. Del mismo modo que la práctica de los trasplantes de órganos presupone el fallecimiento del donante, la eutanasia implica la presencia de la vida del paciente”: Torío López, *Instigación*, 194 y s. V. también Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 75; Valle Muñiz, *Relevancia jurídico-penal de la eutanasia*, 188.

Si ello no es posible, a la vista de la situación del paciente concreto y determinado de acuerdo con criterios de la *lex artis* del momento, vimos que no existe el deber de tratar, pues serían fases terminales avanzadas o de irreversibilidad para las que se carece, según el estándar médico, de un tratamiento eficaz. Si, por el contrario, se continuase o iniciase un tratamiento podría incurrirse en una actuación que se conoce como distanasia o encarnizamiento terapéutico.

La distanasia (del griego *dys*, malo, anómalo, y de *thanatos*, muerte) o ‘mala muerte’, se refiere a la prolongación del curso natural de la muerte por todos los medios disponibles, a pesar de ser aquella inevitable en el caso concreto, sin ponderar los beneficios y perjuicios –sufrimiento– que pueden derivarse para el paciente. Es éste un peligro que se ha originado principalmente en los hospitales como contrapartida de los constantes avances de las ciencias biomédicas, que si bien han logrado espectaculares recuperaciones de pacientes considerados desahuciados en tiempos no lejanos, gracias a lo cual la esperanza de vida de la población ha aumentado considerablemente, en la actualidad, como hemos visto, permiten retrasar la muerte gracias también a tales recursos, a costa, sin embargo, de prolongar la agonía del enfermo y hasta sus sufrimientos. En ocasiones concurren motivaciones de diversa índole, unas veces ajenas al propio personal médico-sanitario, otras condicionadas por las propias concepciones de éste.

Algunos políticos contemporáneos debieron soportar procesos distanásicos, debido a motivaciones precisamente políticas (p. ej., Truman, Franco, Tito y el Emperador Hiro Hito), pero

también algunos particulares (p. ej., Karen Ann Quinlan).

El caso de Karen Quinlan tuvo particular importancia, porque como consecuencia de él se suscitó una intensa polémica entre especialistas y la propia opinión pública, y ha promovido, con mayor o menor éxito, la reforma de la legislación de algunos países en favor de ciertos supuestos de eutanasia. Esta joven norteamericana presentó en 1975 un coma derivado de la ingestión simultánea de barbitúricos y alcohol. Inmediatamente fue sometida a tratamiento intensivo, el cual se mantuvo a pesar de que los médicos llegaron a la conclusión de que su estado era irreversible. A esto se opusieron sus padres (adoptivos), solicitando a los médicos la supresión de los medios de mantenimiento artificial de la vida (respiración), con el fin de que su hija “pudiera morir con dignidad” (ella misma había manifestado este deseo si alguna vez le ocurría un suceso semejante); sin embargo, no fue aceptado por los médicos. Con esta divergente postura se dio origen a un proceso que concluyó con una sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, en la que se autorizaba a los padres para hacerse cargo de su hija, lo que implicaba aceptar la supresión de los medios extraordinarios de mantenimiento; para ello el TS del citado Estado norteamericano se basó en el derecho constitucional de la intimidad, que garantiza el control sobre la propia vida: el indeclinable interés del estado en la preservación de la vida humana decae cuando la prognosis del estado del paciente empeora y al mismo tiempo disminuyen los efectos de la tecnología médica, siendo así que el tratamiento es doloroso e intrusivo. Karen Quinlan fue trasladada a otra clínica, donde sólo se le mantuvo la alimentación artificial; a pesar de todos los pronósticos, conti-

nuó viviendo en esta situación todavía durante varios años, hasta que falleció en 1985²⁵.

Ha sido habitual discutir en torno a la cuestión del mantenimiento o no del tratamiento de enfermos en estado terminal avanzado sobre la conceptualización como activos u omisivos algunos comportamientos ambiguos o que participen fácticamente de ambos aspectos. En concreto, se ha venido discutiendo si la desconexión de determinados aparatos sustentadores de funciones vitales constituye *normativamente* una conducta activa u omisiva, lo que significa preguntarse si el hecho es punible o impune. Si no cabe duda de que, aisladamente considerada, una desconexión de esta naturaleza es un comportamiento activo, no es menos cierto que la valoración global del hecho es omisiva, en cuanto supone interrumpir o no continuar un tratamiento determinado, en este caso vital (un respirador)²⁶. Ahora bien, la valoración jurídico-penal final del hecho depen-

derá de nuevo de que el sujeto pasivo haya o no rechazado ese tratamiento: en el primer caso el hecho es atípico y en el segundo debemos situarlo en los delitos de comisión por omisión.

4.2. LOS ESTADOS VEGETATIVOS PERSISTENTES

Los pacientes con estados vegetativos persistentes constituyen un ejemplo de los agudos problemas que pueden plantearse.

Así ocurrió en el caso de Nancy Cruzan, la cual presentaba un estado vegetativo persistente como consecuencia de un accidente de automóvil. Sus padres solicitaron la desconexión de la sonda gástrica, lo que fue rechazado por el TS del Estado de Missouri, pero finalmente aceptado por el TS Federal de los EEUU²⁷. El punto principal del litigio se centraba en la Enmienda nº 14 de la Constitución, que ampara la libertad individual; se apreció que Nancy Cruzan hubiera preferido morir antes que vivir en estado vegetativo irreversible²⁸. Aparte de otros problemas, en ambos casos (y, en general, en los estados vegetativos persistentes) hay también como fondo otra cuestión discutida en los EEUU: si la alimentación inducida (por vía gástrica o endovenosa) puede considerarse o no como tratamiento médico, y aplicarle los mismos criterios de mantenimiento o de supresión que a éste. En mi opinión el criterio debe ser semejante, a la vista del pronóstico de recuperación que ofrezca el paciente.

25. J. F. Drane, *The Lessons of Quinlan*, en "Health Progress", 1986, 19 y ss.

26. V. más extensamente Romeo Casabona *Bioética*, 422; el mismo, *Delitos contra la vida y la integridad*, 131. En esta línea, aunque marcando diferencias en virtud de quién realice la desconexión (un médico o un tercero), Núñez Paz, Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, 95 y ss. (103 y s.). Se trata de una conducta activa, partiendo de que consiste en la interrupción de cursos causales salvadores, Hirsch, *Interrupción del tratamiento y eutanasia*, 344 y ss. (aunque entiende excluido el tipo objetivo del homicidio por acción); Tomás-Valiente Lanuza, *La cooperación al suicidio y la eutanasia*, 113 y ss. Una posición más enfocada a perspectivas de lege ferenda en relación con esta cuestión sostiene Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, 554.

27. Por sentencia 14 de diciembre de 1990.

28. V. más ampliamente, F. Abel, *Estado vegetativo persistente, Nancy Cruzan y cautelas en el diagnóstico temprano*, en "Labor Hospitalaria", nº 221, 1991, 212 y ss., con artículos de varios autores sobre la cuestión.

La Academia Americana de Neurología define el estado vegetativo persistente como una “forma de inconsciencia permanente, con los ojos abiertos, en el que el paciente está despierto con ciclos fisiológicos de sueño y vigilia, sin que de ningún modo se de cuenta de sí mismo ni de su entorno”²⁹. Como rasgos principales se señalan³⁰: 1. a diferencia de los casos de muerte cerebral, se trata de pacientes vivos; 2. estos pacientes no pueden sentir dolor ni sufrimiento; 3. no son terminales y pueden tener supervivencias prolongadas –de meses y años– mientras se mantenga el suministro artificial de nutrición y fluidos.

Es importantísimo determinar el momento de su irreversibilidad con alto grado de certeza en su diagnóstico, cuyo período de evolución puede ser muy variable según los casos. Una vez establecido tal diagnóstico con seguridad, la Academia Americana de Neurología considera que el tratamiento médico, incluyendo el suministro médico de la nutrición

e hidratación artificiales, no proporciona ningún beneficio a los enfermos en estado vegetativo persistente³¹.

4.3. ÓRDENES DE NO REANIMAR

Las llamadas órdenes de no reanimar no dejan de ser una concreción y consecuencia de las pautas manifestadas en el epígrafe anterior. Sin embargo, parecen revestir una mayor complejidad jurídica. Por tanto, sólo cuando el paciente presente sin ningún resquicio de duda un proceso terminal, irreversible y con un desenlace mortal inminente, será lícita la orden de no reanimar.

En los demás casos deberá actuarse por el principio *in dubio pro vita*, pues no hay que olvidar que una reanimación cardiopulmonar puede ser decisiva, y tras ella permitir una mejor evaluación de la prognosis del paciente, y consecuentemente con ella adoptar las medidas propuestas relativas a continuar o interrumpir un tratamiento, o bien de iniciarlo o descartarlo.

29. American Academy of Neurology, *Posición de la Academia Americana de Neurología sobre ciertos aspectos del cuidado y solicitud debidos al paciente en estado vegetativo persistente*, en “Labor Hospitalaria”, nº 221, 1991, 216 (publicado originalmente en “Neurology”, nº 39, 1989, 125 y s.).

30. F. Abel, *Estado vegetativo persistente (evp)*, en “Labor Hospitalaria”, nº 221, 1991, 214.

31. American Academy of Neurology, *Posición*, 217.

