

M.^a Jesús Berzosa Ríos

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, España. Socia de la FICP.

~Falta de consentimiento cuando hay riesgo para la vida en intervenciones médicas. Referencia especial en el caso de menores, incapaces y el nasciturus~

Sumario.- I. Introducción. II. La Bioética. III. Los derechos de los pacientes. 1. El consentimiento. 2. El deber de información. IV. Los menores de edad, y los incapaces. V. El nasciturus, su estatuto jurídico. VI. Negativa del paciente a prestar su consentimiento. Singularidad en menores e incapaces. Tratamiento del conflicto entre progenitores y el nasciturus. VII. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen.- El presente trabajo de investigación parte del principio de autonomía del paciente y el derecho fundamental a la vida vinculado al ámbito sanitario, así como la negación al sometimiento de tratamientos, intervenciones necesarias para la curación del paciente, con especial consideración del riesgo vital, en personas mayores y en pacientes menores, incapaces así como en caso de embarazadas y el nasciturus.

I. INTRODUCCIÓN.

Cierto es que, el Artículo 15 de nuestra Constitución Española consagra el derecho a la vida, y así refiere: *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”* siendo un derecho fundamental susceptible de protección; ahora bien, este derecho debe relacionarse con otros, y así con el propio Artículo 17 de la Constitución Española, que consagra otro derecho fundamental tal cual, el Derecho a la Libertad, que junto con una voluntad de orden político y paz social, y junto con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución) determinan como no muy aceptable reducir al sujeto activo de estos derechos a un mero objeto de la voluntad de otro, decidiendo ese tercero qué riesgos debe o no asumir¹. Así ocurre, dentro del propio ámbito sanitario, en supuestos en los que existen pacientes, que deseando la vida, están dispuestos a ponerla en riesgo, por razones, que quizás de forma mayoritaria no son compartidas, incluso muchas de ellas, observándose por la población en general, como verdaderamente dramáticas, generando tensión constante, en sociedades democráticas, como la nuestra, donde subyace la dicotomía entre la autonomía personal y el intervencionismo estatal, aquí concretado en la definición de los límites admisibles a la disponibilidad sobre la propia vida o integridad personal.

¹ FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado, Actualidad jurídica Aranzadi 132, 1994, Madrid, p 6

A partir de aquí, autores como, FERNÁNDEZ BERMEJO, M, refiere que no puede entenderse ese derecho a la vida como un mero concepto biológico, si no que va vinculado a un derecho a decidir en “*ejercicio de su personal e intransferible proyecto vital, qué sufrimientos y riesgos para su vida e integridad está dispuesto a afrontar para una eventual, y también arriesgada, salvaguarda de aquellos bienes*” Por ello, ante personas capaces, parece que no habría razones, a priori, ni urgencia que legitimara a un tercero a imponer su voluntad frente al proyecto vital de otro, o que le lleve a soportar sufrimientos o riesgos que no desea por la voluntad de un tercero. Si bien, ello entra en paradoja cuando se acude a los servicios médicos, en espera y búsqueda de ayuda profesional, y se encuentra ante profesionales sanitarios, médicos, enfermeros... cuyo fin primero y último es curar y ayudar a terceros dentro del ejercicio de su profesión, de forma innata, consustancial, y a través de los tratamientos de los que dispone y de los que conoce, y se les dificulta el ejercicio de su profesión, cuando paradójicamente han acudido en busca de ayuda, con negativas a que les suministren tratamientos amparándose en esa libertad personal, y en su principio de autonomía del paciente. Ello se complica más, cuando además esa negativa viene, no dirigida por un paciente cualquiera, sino por el paciente, que es menor o incapaz o incluso frente al nasciturus, siendo sus progenitores, quienes han acudido en busca de solución y niegan el tratamiento del que dispone la sanidad y por ende los facultativos. Todo este conflicto (de derechos) se engloba dentro de una disciplina que ha venido a denominarse la bioética. Conflicto que conlleva larga y tendida discusión doctrinal y jurisprudencial.

II. LA BIOÉTICA.

Por lo ya expuesto, es importante hacer una aproximación a la bioética, entendida como, según JIMÉNEZ CANO, J.² aquella “*disciplina que estudia los conflictos de valores en las ciencias de la vida, con la finalidad de ayudar a resolver estos conflictos manejando racionalmente los valores en la toma de decisiones*”. Por ello, intentará tratar y solventar los problemas éticos que surjan en la asistencia clínica y médica. Y es que tratamientos nuevos, avances de la medicina, también tecnológicos, la expansión de creencias, religión, la multiculturalidad, el mayor acceso a la sanidad de la población, con una sanidad universal en nuestro territorio, ha promovido que se planteen cada vez más conflictos que años atrás eran inexistente. La relación médico paciente se ha

² JIMÉNEZ CANO, J. Principios de la bioética y metodología para la resolución de conflictos en bioética; número monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, 2010, pp 1- 2

tornado compleja, con verdaderos conflictos ético-legales, con confluencia de la moralidad del médico, del paciente, las creencias personales, la *lex artis*, la legislación... y ello se traduce en diferentes principios entorno a los diferentes actores de esta relación personal-sanitaria. Así en relación al paciente, enmarcado en el principio de autonomía del paciente y del principio de beneficencia, en el sentido, de que decide lo que es beneficioso para el mismo y en relación al profesional sanitario, enmarcado en este principio último citado, dado que promueve la sanidad del paciente con su hacer, junto con el principio de maleficencia, en tanto en cuanto, establece cuál es el tratamiento indicado con arreglo a su *lex artis*. Todo ello, conlleva a que puedan existir desacuerdos entre estos principios que en muchas ocasiones solo pueden ser resueltos por los Tribunales de Justicia y que ha conllevado a la creación de comités de naturaleza bioética, en tanto la complejidad de la solución de conflictos, en aras a los derechos en pugna.

III. LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES.

La ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, refiere RÍO VILLEGAS, R. que muestra claramente cómo el eje de las relaciones sanitarias es la autonomía del paciente³. La ley intenta garantizar derechos de todos los pacientes, tales como el de información, la confidencialidad, el consentimiento, y todo ello enmarcado en el principio de autonomía del paciente. Por ello, entronca la vida (el derecho y la dignidad) a la autonomía, a la autodeterminación del sujeto.

Como ya he apuntado están en liza los saberes profesionales del médico y el fin de sanar, con esa autodeterminación. El paciente requiere de una información suficiente, pudiendo la falta de la misma conllevar responsabilidad hacia los agentes no emisores de la ésta, y el paciente debe prestar el consentimiento informado ante las actuaciones médicas. Las resoluciones judiciales sobre responsabilidad médica, como recalca PEMÁN GAVÍN, J.⁴ *“se han venido ocupando así con asiduidad de los temas vinculados a la información clínica y al consentimiento informado en el marco de las genéricas previsiones contenidas al respecto en la LGS, lo que ha propiciado un amplio y matizado tratamiento jurisprudencial de estas cuestiones que ha ido fijando pautas*

³ RÍO VILLEGAS, R. El médico ante el testamento vital. Monográfico sobre la autonomía del paciente, Cuadernos digitales de Formación 29, 2008, CGPJ, Madrid, p 7

⁴ PEMÁN GAVÍN, J. Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Revista del Poder Judicial número 74, 2004, pp 21 - 27

sobre las obligaciones de los profesionales sanitarios y los centros asistenciales en materia de información y consentimiento informado". Ahora bien, la L41/2002 es mucho más precisa a la hora de determinar las relaciones médico-asistenciales, y además la misma se ha completado con la legislación que las propias Comunidades Autónomas han ido estableciendo en materia de derechos de los pacientes en el marco de sus competencias sobre "*desarrollo legislativo*" de la Sanidad.

Así, y en relación con el tema objeto de este trabajo, debo profundizar sobre el derecho de información y del consentimiento informado, ya que el derecho de autonomía del paciente, recogido primero en normas deontológicas, y actualmente en las legales, lleva a entender que son instrumentos para propician una alianza entre el médico y el paciente.

1. El consentimiento.

El consentimiento, tal como refiere NAVARRO MICHEL, M⁵, "*es una declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que el sujeto emite su voluntad acerca de alguna cuestión. Para la validez del consentimiento es necesario que el proceso de formación de la voluntad se haya formulado adecuadamente: que el sujeto tenga capacidad para querer y entender (la llamada capacidad natural), que no esté afectado de algún vicio del consentimiento, y que la declaración coincida con la voluntad real*" El artículo 8 de la Ley 41/2002 recalca que además debe ser libre y voluntario, es decir, no se puede forzar este consentimiento. No puede mediar ni precio o recompensa. Para que sea válido debe ser informado, como luego se verá, y tiene que ser específico para ese acto médico concreto, no siendo válido uno general. A la par el mismo debe ser personal, pero, y sobre esto también se analizará con posterioridad, existen excepciones (véase menores, incapaces) y previo al inicio de cualquier acto médico, así como revocable en cualquier momento, bastando a priori el consentimiento verbal, aunque deberá constar por escrito, en intervenciones quirúrgicas, en procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en cualquier procedimiento que suponga un riesgo o inconveniente "*de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*", correspondiendo la carga de la prueba del consentimiento informado al médico, tal como establece la jurisprudencia.

2. El deber de información.

⁵ NAVARRO MICHEL, M. El consentimiento al acto médico: requisitos y alcance. Monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, pp 3-20

La relación entre el médico y el paciente es una relación dual, bilateral, que implica un deber de confidencialidad por parte del médico, y un deber de informar al mismo, adecuando la información al paciente para su comprensión y entendimiento, debiendo ser veraz, continuada y que le dote de los mecanismos adecuados para poder prestar o no el consentimiento. La información se prestará de forma verbal, como regla general dispuesta en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, y el médico deberá dejar constancia en la historia clínica de su cumplimiento. El paciente debe saber qué enfermedad padece, salvo que haya manifestado "*expresamente su deseo de no ser informado*", como apunta el artículo 9.1 Ley 41/2002. Se deberá obtener su consentimiento previo en caso de que realice alguna intervención. La familia no podrá peticionar falta de información al médico, pues como ya se ha apuntado la relación es bilateral de médico paciente. Debe conocer el paciente, el diagnóstico, el tratamiento, el seguimiento, las contraindicaciones, las alternativas, consecuencias, los riesgos más probables, más típicos⁶ etc. Teniendo en cuenta que en los casos de medicina satisfactiva, se incrementa o intensifica el deber de información porque no hay razón apoyada en patología médica que justifique la intervención o el tratamiento al que se somete el paciente, y por ello, debe conocer con mayor precisión los riesgos, teniendo en cuenta a ese paciente en concreto objeto del tratamiento o intervención.

IV. LOS MENORES DE EDAD, Y LOS INCAPACES. SU CONSENTIMIENTO.

La L41/2002 establece que el titular del derecho a la información es el paciente, y el interlocutor válido entre médico y paciente, cuando éste cuenta con 16 años, próximo a la mayoría de edad, es el menor, pudiendo excluir a los padres de la información sanitaria y no pudiendo el médico revelar dicha información so pena del Artículo 199 CP. Y sin esta información mal puede mediar el consentimiento por parte de los padres, y deberá ser expresado por el menor. Ahora bien, el único supuesto en el que la actuación del facultativo está legitimada sin autorización del menor es el de urgencia vital, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la salud o la vida del mismo.

Y si el menor presenta una edad es inferior a los 16, en este caso debe observarse el grado de madurez del mismo, porque si no cumple con los requisitos de capacidad suficiente, el consentimiento debe prestarse por los progenitores, tutores, o

⁶ STS de fecha 28 de diciembre de 1998

representantes legales del menor. La madurez deberá ser apreciada caso por caso. El médico deberá suministrar toda la información necesaria a los titulares de la patria potestad sobre el estado de salud del menor para que puedan emitir un consentimiento informado válido y el menor debe ser escuchado y en esa escucha será relevante la madurez del menor, que quedará a criterio del médico responsable de la asistencia.

¿Qué ocurre cuando un menor se niega a tratamiento médico frente a la opinión de sus progenitores? En principio si el mismo puede consentir un tratamiento médico y se entiende con capacidad, podría rechazar también el mismo, una vez informado. Esto puede parecer, a priori, más “traumático” cuando ese rechazo pueda conllevar a posiciones arriesgadas para su vida. Pero, lo que entiendo que no cabe, es tomar la opción, de considerarle plenamente capaz si consiente el tratamiento, pero que le falta capacidad si no lo consiente el mismo. El TC⁷ en un caso relativo al fallecimiento de un menor de 13 años testigo de Jehová, en relación a la voluntad del mismo, refirió “*no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa*”, por lo que parece que debe estarse a ese criterio de madurez que se ha referido por TC, para valorar ese consentimiento, y es que el propio Código Civil en el artículo 162.1 refiere que los menores están bajo la patria potestad de los padres, con representación de los mismos, excepto los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que puedan hacer en condiciones de madurez. Como refiere RIVERO HERNÁNDEZ, F. “*cuando se trate de edades próximas a la mayoría de edad, (...), es muy difícil que un padre pueda imponer a un hijo tratamientos médicos y demás porque ya tiene, (...), juicio y criterio suficiente para pronunciarse -además de ser oído el menor, que la ley exige antes y para decidir sobre sus derechos de la personalidad*”⁸

En orden al incapaz, debemos distinguir entre la determinación de la titularidad del derecho de información asistencial que no reside tanto en la declaración judicial de incapacidad legal (art. 199 CC) sino en cuanto en la capacidad de discernimiento o comprensión de la información de quien esté afectado a una incapacidad. El legislador, sigue el principio de implicar al incapaz en la toma de decisiones que le afectan hasta donde alcance su grado de discernimiento.

⁷ STC 154/2002, de 18 de julio de 2002

⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F. Internamientos involuntarios - Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Estudios de Derecho Judicial, 26, 2000, pp 5-18

Por tanto, un incapaz sometido a tutela o a patria potestad prorrogada, y más discutible, pero entiendo que también, tendría encaje en aras a la protección del incapaz, el sometido a curatela, aunque como dice DOMÍNGUEZ LUENGO, A.⁹, el curador no es tanto un representante del incapaz, cuanto un asistente para determinados actos, deben ser informados estos, y no solo el propio incapaz, a quien se le informará de forma adecuada a su capacidad de comprensión (así no se le priva del derecho de información y dentro de sus posibilidades puede participar en la toma de decisiones). Si el paciente es incapaz para comprender la información, entonces se suministrará de forma exclusiva a las personas vinculadas a él, ahora bien, ¿a quién o quiénes de los familiares se deberá transmitir la información? Imaginemos a una persona con Alzheimer, afectado de incapacidad, con cónyuge, hijos mayores de edad y hermanos y todos ellos pretendan erigirse en el familiar idóneo para recibir la información asistencial del mismo, la ley no lo fija.

Como conclusión, en el supuesto del artículo 9.2 b de la L41/2002, es decir que concurren graves riesgos para la integridad física o psíquica del paciente, de forma graves e inmediatos, con imposibilidad de recabar el consentimiento del paciente (sea menor, incapaz o mayor de edad) serán consultados los familiares o personas que estén vinculadas con el paciente, y el personal sanitario puede actuar aunque con actuación judicial. Ahora bien, si la actuación puede ser objeto de aplazamiento, entonces, no se entronca en dicho supuesto, sin que se pueda suplir el consentimiento de aquéllos.

V. EL NASCITURUS, SU ESTATUTO JURÍDICO.

Regresamos al Derecho Fundamental del artículo 15 de la Constitución Española, en el que se proclama el derecho a la vida, y ello a efectos de determinar si la protección constitucional de la vida alcanza también al nasciturus. En el artículo 15 aparece el término “*todos*” pero ello, según autores como, RODRÍGUEZ MOURULLO, G, no implica la necesidad de que abarque al no nacido porque según este autor en dicho precepto se refiere que no pueden ser sometidos a penas o tratos inhumanos ni degradantes con lo que parece referirse a las personas ya nacidas¹⁰. Importante la sentencia del TC de 11 de abril de 1985, donde se recoge la importancia de observar los cambios vitales, entre ellos el nacimiento, a efecto de valoraciones jurídicas, así como el momento en el que el

⁹ DOMÍNGUEZ LUENGO, A. Tratado de Derecho de la persona física, Volumen 2, Civitas Ediciones, Pamplona, pp 53- 122

¹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la Tortura, Revista del Poder Judicial, número especial 1 Derechos Humanos, 1988, Madrid, pp1-5

feto puede llegar a llevar una vida independiente de la madre. La sentencia señala como la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución española aunque no sujeto de derechos, es decir diferencia entre titular del derechos, que no lo es, y objeto de protección que sí. Por otro lado, lo mismo refiere la sentencia del TC 116/1999, en la que dice: *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional”*, remitiéndose a la sentencia del TC 212/1996 donde refirió: *“los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”*. Como refiere, DEL ROSAL BLASCO, B.¹¹ *“en esta condición constitucional se encuentra el nasciturus, a cuya protección se encuentra obligado el Estado en un doble sentido: absteniéndose de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación y estableciendo un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales”*

Si enmarcamos el debate desde un punto de vista ético, y biológico, existen posiciones divergentes desde las que refieren que se inicia la vida con la fecundación, singularizado como individuo, a otras posiciones, que se inicia con el nacimiento. Por otro lado no hay que olvidar que el art. 6.1.2.º LEC reconoce la capacidad para ser parte en el nasciturus, concediendo tal capacidad al concebido y no nacido, para todos los efectos que le sean favorables, en los mismos términos que se expresa el art. 29 del Código Civil. Por tanto, esos efectos que le sean favorables, incluye también al concebido mientras dura su gestación, hasta su nacimiento.

El Tribunal Constitucional en sentencia de 19 de diciembre de 1996, ya mencionada, reitera, que *“el art. 15 de la Constitución, en efecto, reconoce como*

¹¹ DEL ROSAL BLASCO, B. Las repercusiones de la nueva ley en el Derecho penal, monográfico sobre Legislación sobre reproducción asistida: novedades de Cuadernos de Derecho Judicial 11, 2007, pp 7 a 17

derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los "nascituri"...en el caso de la vida del "nasciturus" no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15”.

En sentencia de 17 de junio de 1999 el TC refiere: *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que sin embargo no significa que resulten privados de toda protección constitucional”*

VI. NEGATIVA DEL PACIENTE A PRESTAR SU CONSENTIMIENTO. SINGULARIDAD EN MENORES, INCAPACES. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO ENTRE PROGENITORES Y EL NASCITURUS.

Después de exponer los derechos del paciente, y la importancia de la autodeterminación y de la relación dual de paciente y médico, la pregunta que nos hacemos, es: ¿Qué pasa en el caso de que haya una negativa del paciente a someterse a ciertos tratamientos? Pues bien la solución puede ser diversa. A priori, ante una persona capaz, mayor de edad, cuando no existe riesgo vital para el paciente, siendo plenamente informado, el médico no puede forzar la voluntad del mismo. Se impone la libertad personal del paciente, quien con toda la información decide de forma libre, asumiendo los riesgos que conlleva el no sometimiento al mismo, pudiendo firmar el alta médica voluntaria y máxime si no hay carácter urgente. ¿Y si existe un riesgo vital y urgencia? Si existe un riesgo vital para el mismo, se enfrentan derechos tales como la libertad, la intimidad, el derecho a la vida, derechos garantizados en la Constitución, y a partir de aquí, la L41/2002 autoriza a actuar el médico sin el consentimiento del mismo cuando hay riesgo para su salud física o psíquica y no es posible obtener el consentimiento, consultando, si se puede, a los familiares del mismo, por tanto, la propia Ley justifica la actuación médica incluso contra la posible voluntad del paciente. Ahora bien, ya hemos visto que el consentimiento se entronca con las convicciones, valores, y deseos del paciente, por lo que debiera ser respetado en todo momento, con independencia de las razones que existieran, aunque resultaran incomprensibles, y en todo caso, entiendo que no debería ser suplido, tan solo en caso de no estar capacitado por el estado de salud en el que se hallase. Entendiendo que, hay ocasiones, que el propio estado de salud de urgencia vital conlleva a la duda de si en ese estadio mantendría el no consentimiento, o

de mantenerlo si está suficientemente capaz y cabal, por la afectación orgánica y psíquica, puesto que se presta en una situación psíquica, física y vital distinta de la que se hallaba inicialmente (a medida que empeora) o incluso puede hallarse en estado de inconsciencia de tal forma que es inviable conocer si llegado a este punto mantendría su negativa al tratamiento de ahí que toma cariz el artículo 9.2.b de la L41/2002 que otorga plena legitimidad médica.

Por tanto, ¿qué posición debe adoptar un médico ante pacientes, por ejemplo Testigos de Jehová, que no aceptan transfusiones de sangre imprescindibles? Como he expuesto una persona mayor de edad con firmes convicciones religiosas, informado, que de forma persistente se niega a recibir la transfusión de sangre, y siempre que, no existan otras alternativas posibles, o que dichas alternativas, no revistan a juicio del médico informante las suficientes garantías, debe de respetarse la voluntad del enfermo¹². Cuestión distinta es ese mismo paciente Testigo de Jehová quien se encuentra en una situación grave y urgente, con riesgo de fallecimiento o lesiones irreversibles, y manifiesta su oposición a que le sea practicada la transfusión de sangre. Por lo ya expuesto, no parece que se debiera suplir, pero la ley legitima a ello, y además a medida que empeora el estado de salud pueden existir dudas de la capacidad del mismo, por tanto, de la validez de la negativa al tratamiento. Junto a ello, existen antecedentes jurisprudenciales que proclaman la necesidad de asistencia médica, cuando sea el remedio único que pueda evitar el fallecimiento o la lesión irreversible. El médico se encuentra en una posición de garante con respecto la vida del paciente y actúa de tal modo, y frente a cualquier duda que se le pueda plantear, debe consultarlo con el Juez de Guardia, quien deberá de adoptar las medidas necesarias. El Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la integridad física y moral se compromete cuando se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, a no ser que ello se haga al amparo de una justificación constitucional¹³ y el Tribunal Supremo, en SSTS 3/2001, de 12 de enero, y la sentencia 447/2001, de 11 de mayo, ambas de la Sala Primera, ha manifestado que: *"El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal,*

¹² VIANA CONDE, A/ DE SAS FOJÓN, A. El consentimiento informado del enfermo, Revista jurídica La Ley, Diario 3990, 1996, p 28

¹³ SSTC 120/1990, de 27 de junio, 137/1990, de 19 de julio, 37/2001, de 28 de abril.

a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo".

En el caso de tratarse de enfermos menores o incapaces, con esa negativa a someterse a tratamiento, ya hemos visto que si tienen capacidad para expresar su consentimiento, deberá estarse al mismo, y ello base del principio de autodeterminación, sin riesgo vital. Ahora bien, si carecen de capacidad ya sea intelectual o emocional, no observándose madurez por parte del criterio médico, o en caso de duda como refiere MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.¹⁴ *“sobre la madurez del menor para consentir una intervención de carácter vital o de grave riesgo para la salud, dada la importancia del valor vida y el carácter de las consecuencias de la decisión (definitivas e irreparables), se entenderá que el menor no tiene capacidad de decisión”* los padres o representantes legales sustituirán el consentimiento del menor, o incapaz, con la obligación de oírle. Dicha prestación del mismo, por parte de padres, o representantes es en tanto que garantes de la vida y la salud del menor. En caso de riesgo vital, ya hemos mencionado, que la Ley autoriza a la intervención del médico quien observa ese riesgo vital y actúa. Y es en estos casos que pueden surgir conflicto de intereses cuando la opinión del menor y la de sus padres o representantes legales no es coincidente (ejemplo los Testigos de Jehová) con la indicación médica o entre los mismos (padres e hijo) para superar el riesgo grave, y es que chocan intereses, derechos, creencias, sentimientos junto con la vida y salud de los menores de edad, de ahí la necesidad de judicializar el conflicto.

Destacar al respecto la sentencia del TC 154/2002 que consideró que *"es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales"* Y el TEDH en el caso Hoffmann vs Austria¹⁵ estimó que *"la decisión judicial (...) puede suplir el consentimiento de los padres para hacer tal transfusión, médicamente necesaria"*. En definitiva, como refiere MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C *"no se cuestiona en ningún momento la primacía de la vida de los hijos en caso de posible conflicto con la voluntad o creencias de su representante legal. Estos precedentes jurisprudenciales y el tenor del en juego graves riesgos para la vida o salud de menor de edad, debe partir de la insuficiencia de la voluntad de los menores*

¹⁴ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. El impacto de la Convención de los Derechos del Niño en el Derecho español. Análisis en torno al despliegue normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y al modelo de Justicia Juvenil, Cuadernos Digitales de Formación, 24, 2014, pp 39 a 51

¹⁵ STEDH de 23 de Junio de 1993

de edad, ya expresada por sí mismos o a través de sus representantes legales, cuando su sentido en uno u otro caso, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del paciente menor de edad” Y cuando subyacen estas situaciones de conflicto deberán ponerse en conocimiento del Juzgado competente.

En relación, al nasciturus, ¿Qué ocurre cuando una parturienta acude a un centro hospitalario para dar a luz, y no consiente ninguna intervención en el parto, y el bebé no nace, siendo indicada una cesárea de urgencia para salvar la vida de la madre y del bebé y la misma se opone? Ya hemos hablado de las características que envuelven el estatuto jurídico del nasciturus, y como la vida del nasciturus es un bien jurídico protegido en el artículo 15 de la Constitución Española aunque no es sujeto de derechos. Por otro lado, también hemos desarrollado el consentimiento del paciente que debe ser respetado en todo momento, base del principio de autonomía del paciente, que es quien decide. Ahora bien, su negación a la intervención, o instrumentación afecta no solo a su persona sino al bebé que todavía no ha nacido, pero próximo al nacimiento, que evidentemente no entra dentro del concepto de menor. Y no hay que olvidar que acude en busca de ayuda a un centro hospitalario, que indican, los profesionales, necesaria la intervención para evitar la muerte. El médico por su propia profesión tenderá a ayudar y conseguir mantener con vida a los pacientes que le requieran, realizando todo aquello que pueda para dicho fin y en este caso velando por la madre y el hijo no nacido.

Sobre el estatuto jurídico del nasciturus, no existe consenso ni en el ámbito filosófico ni en el ámbito jurídico. El Tribunal Constitucional español atribuye la titularidad del derecho fundamental a la vida sólo a los nacidos, considerando que no cabe extender esta titularidad a los nasciturus. Sea como fuere, aunque no se le reconozca al nasciturus un derecho fundamental a la vida, sí se entiende que el Estado está obligado a "establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía las normas penales” por ello siendo un potencial sujeto a proteger para llegar a buen fin.

Por tanto, visto este estatuto jurídico, y la negativa de la madre a someterse a esa intervención, siendo una situación extrema y con riesgo grave e irreversible y dado que el desenlace final pueda ser la muerte, creo que puede someterse, contra la voluntad de esa persona, al tratamiento sanitario obligatorio, decidido por el propio médico en base

al artículo 9 de la L41/2002, bajo control judicial (autorización previa, o dación de cuenta y seguimiento judicial posterior, en otro caso). Creo que es muy importante ese control judicial, como medio de complementar o de sustituir la voluntad y el consentimiento de los que no pueden darlo (total o parcialmente) o no quieren darlo y no se les puede dejar morir por mor de esa negativa, máxime, cuando además ponen en peligro la vida de un no nacido a punto de nacer, que el estado debe proteger.

VII. CONCLUSIONES.

La relación médico paciente se ha tornado compleja, con verdaderos conflictos ético-legales, con confluencia de la moralidad del médico, del paciente, las creencias personales, la legislación, la jurisprudencia y ello comporta que confluyan derechos fundamentales, y se traduce en enfrentamientos entre el derecho de autonomía personal y el intervencionismo estatal. Cada vez más se otorga mayor relevancia al consentimiento del interesado, e incluso de menores, incapaces, para eludir injerencias en su proyecto vital, evitando que elijan los facultativos médicos los sufrimientos o riesgos que el paciente debe soportar. Aun eso, la Ley 41/2002 y la jurisprudencia, reduce la completa autonomía, al incluir que ante riesgo vital inminente y grave sin autorización podrá actuar el médico, primando siempre el beneficio a la vida, poniéndolo en conocimiento del juez cuando existan conflictos de derechos y urgencia. A todo ello, decir, que la vida no puede entenderse como algo meramente biológico, sino que va vinculada a la psique, a sentimientos, ideas, convicciones, formando un todo, y por tanto, hay que reconocer el Derecho de decidir, en el ejercicio de ese proyecto vital del paciente. De ahí los pasos legislativos que se van adoptando en aras a conseguir esta autonomía aunque se ha ido incrementado pero matizado siempre por el debate filosófico-jurídico-moral que ha propiciado las salvedades antedichas.

BIBLIOGRAFÍA.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado, Actualidad jurídica Aranzadi, número 132,1994, Madrid

JIMÉNEZ CANO, J. Principios de la bioética y metodología para la resolución de conflictos en bioética; número monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal de Cuadernos Digitales de Formación número 44, Consejo General del Poder Judicial, 2010 Madrid

Actas del XX Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Univ. de León, 2019.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C. El impacto de la Convención de los Derechos del Niño en el Derecho español. Análisis en torno al despliegue normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y al modelo de Justicia Juvenil, Cuadernos Digitales de Formación, número 24, GGPJ, 2014, Madrid

NAVARRO MICHEL, M. El consentimiento al acto médico: requisitos y alcance. Monográfico sobre Biomedicina y Derecho penal, Cuadernos Digitales de Formación 44, 2009, CGPJ, Madrid

PEMÁN GAVÍN, J. Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Revista del Poder Judicial número 74, 2004, CGPJ, Madrid

RÍO VILLEGAS, R. El médico ante el testamento vital. Monográfico sobre la autonomía del paciente, Cuadernos digitales de Formación 29-2008, CGPJ, Madrid

RIVERO HERNÁNDEZ, F. Internamientos involuntarios - Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios, Estudios de Derecho Judicial, Número 26, 2000, Madrid

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la Tortura Revista del Poder Judicial, número 1 Derechos Humanos. 1988, Madrid

DEL ROSAL BLASCO, B. Las repercusiones de la nueva ley en el Derecho penal. Incluido en el número monográfico sobre Legislación sobre reproducción asistida: novedades de Cuadernos de Derecho Judicial 11, Consejo General del Poder Judicial, 2007, Madrid

VIANA CONDE, A/ DE SAS FOJÓN, A. El consentimiento informado del enfermo, Revista jurídica La Ley, Diario 3990, 1996, Madrid