

# Problemas del consentimiento informado «por representación»<sup>1</sup>

**Jacobo Dopico Gómez-Aller**

*Profesor de Derecho Penal de la Universidad Carlos III*

---

1. Este trabajo se inscribe en el Programa Interuniversitario de I+D «Cultura de la Legalidad» (TRUST-CM) S2007/HUM-0461, de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid.

## 1. Introducción

Cuando pensamos en el consentimiento informado «por representación», automáticamente nos imaginamos los supuestos de las decisiones tomadas sobre los «otros»: los menores, los incapaces, los terminales. Tendemos a *no identificarnos* con la persona sobre cuyos derechos se decide. Pero el primer punto que es necesario asumir cuando abordamos esta cuestión es que se trata de que *un tercero decida sobre los aspectos más íntimos de otra persona*: su salud o incluso su vida.

Imaginen por un momento que se encuentran ustedes en una cama de Urgencias, en una situación de grave peligro para su salud, pero carecen de cualquier posibilidad de comunicarse, de expresar su voluntad o sus opiniones. Su situación es crítica y deben adoptarse importantes decisiones médicas. Usted puede oír cómo el médico expone su situación a sus primos —que tienen ideas opuestas a las suyas sobre las decisiones médicas al final de la vida y son, además, sus más próximos herederos— para que decidan cuál de las opciones terapéuticas debe adoptarse. Usted no está de acuerdo, pero nadie le va a prestar atención a su opinión.<sup>2</sup>

Quizá este ejemplo pueda ilustrar la enorme relevancia que tiene esta cuestión: en el consentimiento «por representación», *un tercero toma decisiones sobre el cuerpo de una persona*.

La doctrina moderna ha visto en la exigencia de consentimiento informado para la intervención médica la garantía de la autonomía y la dignidad de la persona. El respeto a la *autonomía* de la persona, a todo lo que implica la titularidad de sus derechos, exige que sea ella quien defina sus intereses y decida quién va a intervenir sobre su cuerpo y de qué modo.

2. Es un punto de partida similar al del genial cortometraje *Colapso* (*Breakdown*, 1955), de Alfred Hitchcock, en el que un hombre de negocios (Joseph Cotten), tras un grave accidente, queda paralizado e incapaz de hablar o mover nada más que un dedo. Cuando negligentemente la policía y los médicos de urgencias le dan por muerto y van a ordenar su autopsia, el protagonista, aterrorizado, vierte una lágrima: en ese momento el personal médico se da cuenta de la situación e intentan tranquilizarle, asegurándole que ahora que han percibido su situación se ocuparán de él y todo saldrá bien.

Sin embargo, en los casos de consentimiento informado «por representación»,<sup>3</sup> en principio parecería que nos encontramos ante el caso *radicalmente opuesto*. No son supuestos en los que el titular de los derechos decida el sí y el cómo de la intervención, sino todo lo contrario: el paciente es sometido a una intervención sin haberlo solicitado, sin que su consentimiento sea requerido, sólo por la decisión de un tercero. Es más: es posible, incluso, que se le someta a una intervención *indeseada*. Se trata de la más radical *heteronomía*: el cuerpo de una persona es sometido a gobierno ajeno.

Esta idea nos resulta natural cuando hablamos de niños pequeños. La imagen del niño a quien, por decisión de sus padres, se le inyecta una vacuna contra su voluntad (incluso contra su voluntad *más vehementemente expresada*) no repugna a la razón: ¿quién, si no los padres, iba a ser consultado para intervenir sobre un niño?

Sin embargo, no sólo los niños pequeños pueden ser objeto de tratamiento médico o quirúrgico sin haber prestado su consentimiento, sino también los adolescentes y los adultos cuando no pueden expresar su voluntad o cuando carecen de las condiciones intelectuales o emocionales necesarias para la prestación de consentimiento informado. En esos casos, *otra persona es*

3. Pese a que el art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente (LAP) emplea el término *consentimiento por representación*, la doctrina civilista suele considerar que cuando los padres o los tutores prestan consentimiento por el menor o incapacitado, no lo hacen en virtud de su representación (esto es, su consentimiento no expresa indirectamente la voluntad del menor o incapacitado), sino en virtud de su deber de protección y tutela (véase López-Chapa, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona, Bosch, 2007, p. 120; Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil* 1-2003, p. 1901 y ss., 1908.; Santos Morón, M.ª José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid: Escuela Libre editorial, 2000, p. 34; Romeo Malanda, Sergio, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», en *La Ley* 2003-1, p. 1522 y ss., 1527, estos dos últimos con amplia cita bibliográfica incluyendo a Díez Picazo/Gullón Ballesteros, Lacruz Berdejo, etc.; Berrocal Lanzarot, Ana I. «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista Foro* nueva época, n.º 0, 2004, p. 284; Gómez Rivero, M.ª del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 63).

quien decide sobre el tratamiento médico que se dará (o *no* se dará) a un paciente. Los médicos realizarán sobre ellos las intervenciones que *otro* considere oportunas.

Así, pues, nos encontramos con un grupo de supuestos en los que el consentimiento informado no es (o no necesariamente es) expresión del reconocimiento de la *autonomía* de la persona, sino de su *heteronomía*, es decir, de su sumisión a las decisiones de otra persona.

Ello obliga a abandonar ciertos dogmas a los que los juristas estamos acostumbrados y a adaptarlos a una nueva situación. Ya no hablamos de la decisión del sujeto autónomo, sino de una *relación jurídica* entre dos sujetos, que puede no ser armónica, y en la que pueden surgir problemas.

Así, en caso de conflicto, ¿prima la autonomía del paciente o la decisión del tercero sustituto? ¿Cómo resolver los conflictos entre las decisiones (reales o presuntas, actuales o pretéritas) del paciente y las del tercero? ¿O entre las opiniones del tercero y las del médico? ¿O entre las opiniones de las *distintas personas* llamadas a decidir por el paciente? ¿Existe un orden de prelación entre ellas? ¿Son aquí rechazables las decisiones «paternalistas», que protegen al paciente de sus propias decisiones... o quizá es éste su ámbito de aplicación natural? Éstas son algunas de las preguntas a las que intentaremos asomarnos en las próximas páginas.

## 2. Competencia para otorgar consentimiento en relación con intervenciones médicas.

### Conceptos previos

La prestación de consentimiento en relación con actos médicos es un proceso complejo en el que se requiere la intervención de diversas personas. Por más que la *soberanía* sobre el propio cuerpo la ostente el paciente competente, libre y responsable, por lo general éste actuaría a *ciegas*<sup>4</sup> si el mé-

4. «The doctrine of informed consent is founded on the premise that self-determination ought not be blind» (President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and

co no le proporcionase en términos comprensibles la información técnica requerida para poder optar razonablemente por una u otra opción terapéutica.

Sin embargo, no toda persona está en condiciones *intelectuales y emocionales* para procesar debidamente esa información y adoptar decisiones razonables con base en ella. ¿Cómo determinar si alguien es jurídicamente competente para adoptar decisiones sobre el tratamiento médico?

*Grosso modo*, cabe aproximarse a esa competencia por tres vías:<sup>5</sup>

- El *enfoque consecucional*: si el sujeto adopta decisiones «razonables», ello revela su competencia; si son «irrazonables», con ello estará demostrando su incompetencia.
- El *enfoque formal* (o del *status*): el sujeto es competente si ostenta un *status libertatis* pleno; pero si tiene un *status* restringido (menor, incapacitado, etc.), no lo será.
- El *enfoque funcional*, que mide la *concreta* capacidad intelectual y emocional de procesar la *concreta* decisión que debe ser adoptada.

El *enfoque consecucional* equivale en realidad al *rechazo* de la autonomía del paciente, pues sólo otorga libertad al paciente para adoptar decisiones «estándar». Este enfoque no es válido en una sociedad pluralista, donde conviven distintas concepciones de la vida y la salud que no siempre concluyen en la misma solución. Una evaluación *consecucional* de la capacidad decisora del paciente impediría los rechazos «inmotivados» o «medicamen-

Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions. A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship. Volume One: Report*. Washington: U.S. Gov. Printing Office, 1983, p. 56); Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada: Comares, 1999, p. 275 («No cabe consentir sobre algo que se desconoce»).

5. Kennedy, Ian; Grubb, Andrew. *Medical Law*, 3ª ed., Londres: Butterworths, 2000, p. 597-599 (citando el ya mencionado Informe de la Comisión Presidencial *Making Health Decisions*). El Informe se inclina por el *enfoque funcional*, igual que la Law Commission británica (p. 612).

te injustificables»<sup>6</sup> al tratamiento (por ejemplo, el rechazo a la transfusión sanguínea por parte de los testigos de Jehová)<sup>7</sup> y llevaría en la práctica a que *los pacientes que rechazasen tratamientos médicamente adecuados podrían ser forzados a aceptar dichos tratamientos*.<sup>8</sup> Se trata de una opción insostenible en modelos que reconozcan al paciente un ámbito de autonomía dotado de contenido material.<sup>9</sup>

6. Los denomina «rechazos anormales» Bueno Arús, Francisco, «El consentimiento del paciente», en Martínez-Calcerrada, L. (dir.), *Derecho Médico, Vol. primero, Derecho Médico General y Especial*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 288.

Pese a que con frecuencia se intentan extraer consecuencias jurídicas de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 (caso de las huelgas de hambre de los GRAPOs), debe recordarse que la resolución a favor de la alimentación forzosa de los presos se fundamentaba en la *relación de sujeción especial* de los presos respecto de la Administración Penitenciaria, situación en la que —evidentemente— no se encuentran los pacientes respecto del personal sanitario (la bibliografía al respecto es abundantísima; ver tan sólo, muy recientemente, Lamarca Pérez, Carmen, «Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida», en *La Ley Penal* n.º 60, 2009, p. 25).

7. Los testigos de Jehová deducen ese rechazo de pasajes bíblicos como Génesis 9, 4 («Pero carne con su vida, que es su sangre, no comeréis») y Levítico, 17, 11-14 («<sup>10</sup>Si cualquier hombre de la casa de Israel, o de los extranjeros que habitan entre ellos, come alguna sangre, yo pondré mi rostro contra la persona que coma sangre, y la eliminaré de su pueblo<sup>11</sup> porque la vida de la carne en la sangre está, y yo os la he dado para hacer expiación sobre el altar por vuestras almas, pues la misma sangre es la que hace expiación por la persona.<sup>12</sup> Por tanto, he dicho a los hijos de Israel: “Ninguna persona de vosotros comerá sangre, ni el extranjero que habita entre vosotros comerá sangre”...<sup>14</sup> ... Por eso he dicho a los hijos de Israel: “No comeréis la sangre de ninguna carne, porque la vida de toda carne es su sangre, y cualquiera que la coma será eliminado”). Se trata de un tema en el que la bibliografía es amplísima; ver tan sólo, muy recientemente, Sánchez Rodríguez, Francisco; Punzón Moraleda, Jesús, «La responsabilidad médica y la problemática del consentimiento informado en la Jurisprudencia española —especial atención a su problemática en referencia a los testigos de Jehová», en *Rev. Jca. Castilla La Mancha* 45, dic. 2008, p. 89 y ss.

8. Sin embargo, como dice Ronald Dworkin, «Permitimos que alguien opte por morir antes que verse obligado a tolerar una grave amputación o una transfusión de sangre, si ése es su deseo informado, porque reconocemos su derecho a vivir una vida estructurada por sus propios valores» (*Life's dominion. An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, Nueva York: Knopf, 1993, p. 243-244).

9. Críticamente, Santos Morón, M.ª José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid: Escuela Libre editorial, 2000, p. 74; De Lora,

Por su parte, el *enfoque formal*, que atiende a si el sujeto disfruta o no del *status* de sujeto adulto no incapacitado —enfoque que en tiempos fue el imperante— ya no se sostiene, a la luz del avance de los derechos de los niños y los incapacitados. En los últimos años, estas personas han visto reivindicada una mayor amplitud a su carácter de *titulares de derechos* y no de meros objetos de las decisiones de sus representantes.

Hoy la posición unánime parte de que la competencia para adoptar decisiones médicas sobre uno mismo no debe confundirse con la mayoría de edad «general» ni con la capacidad formal en Derecho Civil<sup>10</sup>. Los requisitos establecidos para adquirir la plena capacidad política o negocial no rigen de modo general para determinar su capacidad de adoptar decisiones en el ámbito médico<sup>11</sup>. Es más: ni siquiera se considera que exista *una* fecha antes de la cual no pueda adoptar autónomamente decisiones médicas y después de la cual sí. Por el contrario el menor, que disfruta de la plena *titularidad* de sus derechos fundamentales, va adquiriendo progresivamente una creciente *capacidad de ejercerlos autónomamente*<sup>12</sup>. Esa capacitación progresiva va permitiendo *de modo gradual* que el menor adopte autónomamente ciertas

Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 126, p. 134.

10. Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales...», p. 279. Rechazó esta perspectiva expresamente la conclusión 2.1 de las *Beschlüsse des 63. deutschen Juristentages Leipzig 2000*; Aláez Corral, *Minoría de edad y Derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 2003, Parte II, 2.

11. López-Chapa, Sara. *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, p. 123.

12. Según la opinión del juez Blackmun en la famosa *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* [428 US 52, 75 (1976)], «**los derechos constitucionales no maduran y se hacen realidad mágicamente cuando uno cumple los años establecidos como mayoría de edad por el Estado. Los menores**, como los adultos, están protegidos por la Constitución y **poseen derechos constitucionales**». Esta idea se refleja con claridad en la Exposición de Motivos de la L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Véase también Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, 7.ª ed., 52 entr., Art. 19.3, n. m. 16-17; Romeo Casabona, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, p. 337; Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid: Lex Nova, 2003, p. 290.

decisiones, después otras,<sup>13</sup> y queden las más trascendentes reservadas al momento de adquisición de lo que en Francia se ha denominado la plena «mayoría de edad médica».

El *enfoque funcional* (o, con la expresión habitual en nuestro derecho, el enfoque de la *capacidad natural*) es el que en la actualidad impera en el ámbito de la actuación médica: salvo excepciones, el sujeto es competente para decidir sobre el tratamiento médico que se le proporcione siempre que sea capaz de comprender plenamente las implicaciones del tratamiento propuesto, sus riesgos o posibles desventajas y las alternativas existentes.

El criterio de competencia funcional, presente en los ordenamientos de nuestro entorno desde hace décadas,<sup>14</sup> adquiere definitivamente carta de naturaleza hace un cuarto de siglo con el ya célebre caso Gillick,<sup>15</sup> hasta el punto que para hablar de «capacidad natural» en este ámbito, con frecuencia se habla en inglés de «*Gillick competence*».

El caso, muy resumidamente, consistió en una demanda de la señora Victoria Gillick, madre de diez criaturas, contra las autoridades sanitarias de su área

13. «La madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos» (Romeo Malanda, «Un nuevo marco jurídico sanitario...», p. 1529).

14. Es rotunda la formulación de la Comisión Presidencial Norteamericana de Bioética, rechazando por igual el enfoque *formal* y el *consecuencial* y apoyando el concepto de capacidad natural o funcional: «*Decisionmaking capacity is specific to a particular decision and depends not on a person's status (such as age) or on the decision reached, but on the person's actual functioning in situations in which a decision about health care is to be made*» (President's Commission, *Making Health Care Decisions*, p. 55).

15. *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (House of Lords). Sobre el caso Gillick véase, por todos, Kennedy/Grubb, *Medical Law*, p. 607; De Lorenzo y Montero, Ricardo / Sánchez Caro, Javier, «El consentimiento informado», en De Lorenzo Montero (coord.), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000, p. 75-76; *Ibid.*, «El consentimiento informado y la información clínica en el Derecho español. Incidencia del Convenio Europeo de Bioética»; en AA.VV., *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario, Tomo I. Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Colex, 2001, p. 210; Rivero Hernández, Francisco, «Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios»; en AA.VV., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Madrid: CGPJ, 2000, p. 214; Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 291.

porque habían proporcionado asesoría y tratamiento anticonceptivo a su hija, una adolescente aún menor de 16 años. En opinión de la señora Gillick, esto suponía no sólo una incitación al sexo infantil, sino además un tratamiento médico no consentido.

La Cámara de los Lores, en las exposiciones de Lord Fraser y Lord Scarman, concluyó que una adolescente menor de 16 años no es por su edad incapaz de prestar consentimiento para la asesoría y el tratamiento anticonceptivo, siempre que comprenda plenamente el propósito del tratamiento (lo cual supone una cuestión *de facto*, que debe investigarse en cada supuesto).<sup>16</sup>

### 3. ¿Quiénes deben ser *sustituídos* en la prestación del consentimiento según el art. 9.3 de la LAP?

#### a) La regulación legal

¿Quiénes alcanzan el *estándar* de la capacidad natural o *Gillick competence*? ¿Cómo regula nuestro derecho este extremo? Y, sobre todo, ¿quién está llamado a apreciar si concurren en el paciente las condiciones intelectuales y emocionales suficientes?

El art. 8 de la Ley de Autonomía del Paciente comienza por consagrar definitivamente el apoderamiento del paciente *capaz, libre y responsable* a la hora de decidir qué tratamientos le deben ser suministrados.

#### «Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la

16. Ciertamente, una cosa es el *criterio de competencia* que se maneja en el caso Gillick y otra cosa es el tratamiento de la *concreta cuestión* (derecho a la asesoría y al tratamiento anticonceptivo): como se ha señalado, ambos aspectos de esta decisión deben ser distinguidos (Barnett, Hilaire, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Londres: Cavendish, 1998, p. 247-248; Wheeler, Robert, «Gillick or Fraser? A plea for consistency over competence in children», en *BJM* 2006, 332, p. 807).

información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.»

Posteriormente, el art. 9.3 define el nivel de *competencia* que debe reunir el paciente para tener la plena capacidad de elección; y lo hace en términos *negativos*, es decir, determinando quiénes son *incompetentes* para prestar consentimiento y quiénes han de sustituirles a tal efecto.

**«Art. 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.**

3. 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 psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
  - b) Cuando el paciente esté 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.
4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
5. 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.»

El art. 9.3 emplea *conceptos funcionales* de capacidad, aunque su definición es necesariamente inconcreta, pues en una Ley no pueden preverse todos los factores, rasgos y parámetros que deben ser valorados en cada caso. Por ello, se limita a dar un criterio valorativo general. Así, respecto de los menores, para que sean capaces exige que sean *capaces* «intelectual [y] emocionalmente de comprender el alcance de la intervención»; y respecto de los mayores, excluye su capacidad cuando «no puedan tomar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia» o cuando no puedan «hacerse cargo de la situación», debido a su estado físico o psíquico<sup>17</sup>.

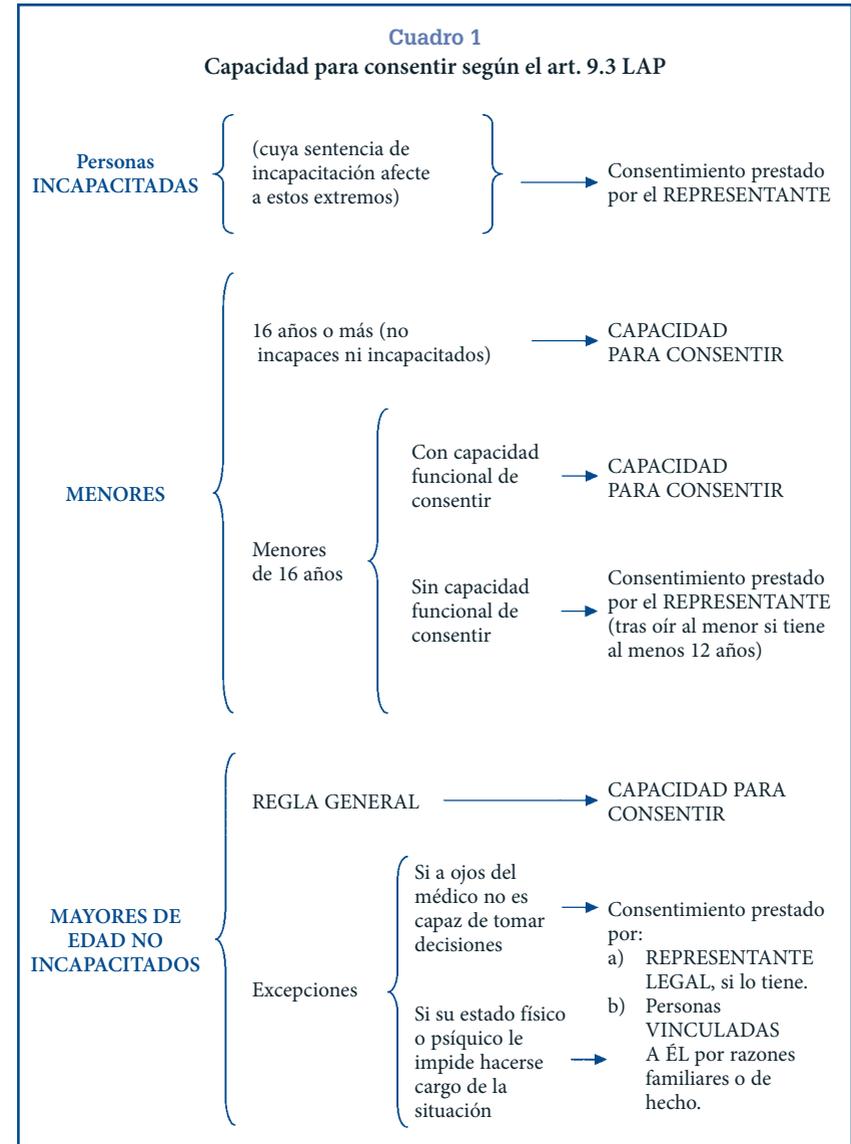
La estructura algo alambicada del art. 9.3 LAP (que define en principio quién *no* es capaz y por ello ha de ser sustituido, pero posteriormente pasa a definir quién *no puede ser sustituido*) requiere ciertas aclaraciones marginales.

17. Sobre los requisitos cognitivos del consentimiento, véase Gómez Pavón, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 92 y ss.

- a) Son capaces para consentir los adultos no incapacitados salvo que concurran en ellos las circunstancias mencionadas en el art.
- b) La parquedad de la mención a los *incapaces* no es técnicamente muy acertada. La extensión de la incapacitación legal depende de lo que se haya establecido en la sentencia, pues no toda persona incapaz lo es a los mismos efectos. Por ello, donde el art. 9.3.b dice «cuando el paciente esté incapacitado legalmente», debe entenderse «cuando el paciente esté incapacitado legalmente y su incapacitación afecte específicamente a esta clase de decisiones». Entre el criterio de la incapacitación legal y la capacidad natural, debe darse preferencia a este último.<sup>18</sup>
- c) El criterio del *menor de edad sólo puede ser sustituido si no es capaz de comprender el alcance de la intervención*. Se trata de una normativa en principio *muy autonomista* para los menores (incluso *excesivamente*), pues no establece un umbral mínimo de edad: teóricamente, un niño pequeño capaz de comprender la intervención puede oponerse a la voluntad de sus padres de modo válido.
- d) El art. 9.3.c dice que en el caso de «*menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos*», no cabe prestar el consentimiento por representación». La norma es confusa, pues eso mismo cabría afirmar *de cualquier menor capaz* (ya que líneas atrás el precepto acaba de establecer la sustitución de la voluntad de los menores *sólo cuando no sean capaces*). Con enrevesada técnica, parece que el art. 9.3.c establece una *presunción de capacidad* en el menor emancipado o mayor de 16 años, de modo que sólo una *incapacidad en sentido estricto* o una *incapacitación judicial* pueden llevarle a requerir la sustitución del consentimiento.<sup>19</sup>

18. López-Chapa, Sara. *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, p. 92.

19. Gómez Rivero (*Responsabilidad penal...*, p. 62) explica esta confusa regulación desde la redacción de la originaria proposición de ley.



## b) La valoración del médico responsable del tratamiento como apreciación no especializada

La Ley establece que ha de ser el *médico responsable del tratamiento* quien analice en cada caso si el sujeto consintiente es o no es capaz.

La mención específica al *médico responsable del tratamiento* la hace sólo el art. 9.3.a LAP (adultos incapaces de tomar decisiones), pero debe entenderse implícitamente extendida al art. 9.3.c LAP (menores inmaduros), puesto que ese último apartado no menciona a *ninguna instancia* como responsable de la evaluación de la capacidad del paciente.

Evidentemente, si antes de cualquier intervención médica fuese necesario realizar una detenida evaluación psicológica a todos los pacientes, la praxis médica resultaría *bloqueada*. La evaluación de la competencia a la que se refiere el art. 9.3 LAP ha de realizarse mediante una apreciación *prima facie*, que el médico responsable evalúa en una primera aproximación. Por la propia naturaleza del trámite, no cabe exigirle una apreciación exhaustiva (evaluación psicológica o psiquiátrica continuada, etc.), salvo en casos excepcionales en los que las circunstancias aconsejen una contrastada valoración de la situación intelectual y emocional del paciente. De no ser así, la Ley no atribuiría esta obligación al *médico responsable* —que no necesariamente será especialista a estos efectos, ni tiene protocolizado un proceso profundo de análisis de la capacidad del paciente—, sino que exigiría una apreciación *especializada*.

En cualquier caso, la decisión del médico responsable, por supuesto, puede ser *cuestionada*. Si un adulto considera que la apreciación de *incapacidad* del médico responsable es incorrecta y que no debe ser sometido a decisión de terceros, puede solicitar una evaluación alternativa. En caso de que le sea negada y no esté de acuerdo con la decisión del decisor sustituto (o, simplemente, en reivindicación de su capacidad), puede recurrir al amparo judicial.

Esto no significa que el médico responsable del tratamiento sea *totalmente irresponsable* en este punto, y que no quepa exigirle responsabilidades cuando haya aceptado el consentimiento de alguien notoriamente incompetente;

pero ello sólo será posible en casos en que haya desatendido indicios *evidentes* a ojos de un facultativo no especialista (es decir: cuando incumpla claramente los estándares exigibles en su *primera aproximación*). Una regla de prudencia mínima aconseja proceder a análisis más detallados de la competencia del paciente cuando su competencia sea dudosa y el tratamiento en cuestión pueda ser problemático en manos de alguien incompetente.

Por lo general, y salvo indicios especiales que revelen al médico responsable que el sujeto no es capaz de comprender, esa apreciación en las personas adultas ha de realizarse *en el propio trámite de información al paciente*. En el cumplimiento de los deberes de información al paciente es como cabe detectar si el sujeto es capaz de tomar las decisiones en cuestión relativas a su salud. Sólo será necesario un análisis más detenido cuando dichos indicios lo aconsejen.

Por supuesto, la capacidad de comprensión necesaria para cada intervención médica varía, según la entidad, las consecuencias y secuelas posibles de cada una de ellas. No es necesaria la misma capacidad para someterse a una operación a corazón abierto que para ponerse una vacuna o comenzar un tratamiento sintomático del resfriado.

Con respecto a los menores, el análisis habrá de ser más detallado cuanto más joven sea el paciente. El trámite es bastante irrelevante en intervenciones médicas de menor importancia, no quirúrgicas, cuando el sujeto esté acompañado de sus padres o representantes legales. Sin embargo, cobra importancia cuando el menor manifieste una posición *contraria* a la de aquellas personas.

## c) ¿Qué debe apreciar el médico responsable del tratamiento en esa primera aproximación?

La competencia para adoptar decisiones en el ámbito médico es definida por la LAP en términos sumamente vagos: ser «*capaz de tomar decisiones*» (art. 9.3.a; lo cual, en puridad, no es una *definición* de la competencia sino una mera *alusión* con otro nombre) o ser «*capaz intelectual [y] emocionalmente de comprender el alcance de la intervención*» (art. 9.3.c).

Parece que la capacidad ha de entenderse en ambos casos en los mismos términos:

- un componente intelectual (la base del juicio *Gillick*), que permita al sujeto comprender las implicaciones de la intervención, las posibles secuelas tanto de la intervención como de la *no* intervención, así como las alternativas terapéuticas; y
- un componente *volitivo*, relativo a la *ausencia de presiones emocionales extraordinarias* que impidan al sujeto adoptar una decisión razonable.<sup>20</sup>

En relación con el componente intelectual, la clave no reside en que un sujeto tenga unos puntos de partida *racionales y científicos* en la comprensión de la situación. En nuestra sociedad coexisten cosmovisiones religiosas aceptadas, que toman como puntos de partida axiomáticas ideas o creencias poco razonables para la mayoría o incluso abiertamente rechazadas por el estado de la cuestión científico. Y por sostener dichas cosmovisiones, los ciudadanos no devienen *incapacitados* para autodeterminarse en el plano médico.

Se ha dicho que la clave en este punto reside en que, desde esas premisas más o menos cuestionables, las personas *«logren extraer las conclusiones lógicamente derivables (...) es decir, cuando poseen racionalidad instrumental»*.<sup>21</sup>

En esta misma línea, la Mental Capacity Act británica de 2005 establece que una persona no es *capaz* si no puede:

- a) entender la información relevante para la decisión;
- b) retener esa información;
- c) usar o ponderar esa información como parte del proceso de decisión; o

20. Evidentemente, cuando hablamos de situaciones médicas *extremas*, un componente de perturbación emocional es siempre inherente a la propia situación. Debe atenderse a que dicha presión no sea *incapacitante*, es decir, que no bloquee la capacidad de decisión del sujeto de modo relevante.

21. De Lora, Pablo. «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enraonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 125.

- d) comunicar su decisión (ya sea oralmente, mediante lenguaje de signos o por cualquier otro medio).<sup>22</sup>

Esta *capacidad de mínimos*, empero, plantea problemas en casos *extremos*, como en los casos en que las personas tienen fe en *tratamientos pseudocientíficos* y rechazan los tratamientos médicos indicados por el estado de la ciencia. Así, por ejemplo, quien decide rechazar el tratamiento indicado para un tumor cancerígeno que padece<sup>23</sup> para seguir uno de carácter homeopático o de arcaica medicina tradicional tribal de algún remoto lugar. La solución a estos casos, como veremos, es sencilla cuando se trata de decisiones *sobre un tercero* (los padres o tutores *no pueden* rechazar en nombre de su hijo los tratamientos médicamente indicados). Sin embargo, la cosa es bastante más compleja cuando hablamos de adultos:

- En primer lugar, en estos casos es fundamental proporcionar una información *mucho más intensa y persuasiva* que en casos normales, pues el paciente se encuentra en una clara situación de creencia errónea. Por ese déficit cognitivo, requiere *mucho más información* que cualquier otro sujeto.
- En segundo lugar, debe atenderse a si el sujeto está siendo presa de una *estafa de servicios sanitarios «mágicos»*, pues la jurisprudencia ha considerado que en esos casos el consentimiento del engañado ha sido hondamente viciado.<sup>24</sup>
- Hechas todas estas salvedades, la Ley no permite llegar más allá. *Las personas tozudas y sumamente ignorantes pero sin trastornos cognitivos, volitivos ni graves presiones emocionales, no son incapaces en el plano médico; y el ordenamiento no prevé la sustitución de su voluntad en el tratamiento médico.*

22. Sobre la situación en la reciente legislación británica, véase Herring, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 89 y ss.

23. Siempre nos referimos en este punto al rechazo *del propio paciente*; respecto de las decisiones por un tercero, véase el próximo epígrafe.

24. Véase, por todas, las SSTS (Sala 2ª) 2464/2001 de 20 diciembre y 778/2002 de 6 mayo.

## 4. ¿Con base en qué criterios debe decidir el sustituto o representante?

### a) Introducción

La LAP nos indica quiénes han de decidir en los supuestos de incapacidad para prestar consentimiento, pero ¿pueden estos sujetos decidir en cada momento *libremente según ellos lo estimen oportuno* o deben ajustarse a algún baremo concreto? La respuesta de la Ley es en este punto parca:

«Art. 9.5 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».<sup>25</sup>

Los dos primeros criterios (adecuación a las circunstancias, proporcionalidad respecto de las necesidades) son términos sumamente vagos, más bien líneas directrices que auténticos criterios; el tercero (actuación *en favor del paciente*)<sup>26</sup> es algo más concreto, pero sigue estando muy necesitado de determinación. Unos pocos ejemplos pueden ilustrar las variadas respuestas que pueden darse aduciendo el concepto del *favor del paciente*:

- i. Un niño de 13 años insiste en no recibir una transfusión sanguínea necesaria para mantenerle con vida, según la tradición de los testigos de Jehová.<sup>27</sup>
- ii. Una adolescente incapacitada se niega a recibir la vacuna de la rubéola porque tiene grave pánico a las agujas. Tras varios intentos de vacunarla, se revuelve y autolesiona, y llega incluso a desmayarse por la tensión nerviosa.
- iii. Un anciano enfermo de Alzheimer, con un cáncer en un estado sumamente avanzado, puede ser sometido a una intervención que en buenas condiciones podría prolongar su vida hasta un año; sin embargo, la operación comporta no pocos riesgos, y su estado es tan frágil que no es seguro que pueda superarla. Su nieta y única pariente cercana (y también única heredera) insiste en que no hay que alterar a su abuelo durante sus últimas semanas de vida.
- iv. Un paciente adulto e inconsciente requiere urgentemente una transfusión sanguínea. Su esposa y otro acompañante requieren al médico para que no la realice, pues es testigo de Jehová. No existe más prueba de ello que el testimonio de la mujer y del otro acompañante.
- v. Los padres de un joven de 27 años con un profundo déficit intelectual y una edad mental de 6 años, quieren que éste done un riñón a su hermano, de 28 años, urgentemente necesitado de un riñón. La donación de un riñón reducirá tanto su calidad de vida como sus expectativas vitales; pero la muerte de su hermano también le afectaría muy negativamente.<sup>28</sup>

¿Cuál es el *interés del paciente* en estos supuestos? ¿El tratamiento indicado por la *lex artis* o el respeto a la opción religiosa del paciente (y, desde su propia óptica, la evitación de perjuicios de carácter trascendente o espiritual)? ¿El beneficio preventivo de una vacunación o la evitación de un auténtico tormento que supone para la paciente la inyección? ¿Ganar unos meses de vida o evitar una operación arriesgada para un paciente muy frágil que puede arruinar sus últimos días? ¿Preservar la calidad de vida o evitar a alguien con

25. El criterio del «favor del paciente» es una plasmación de las exigencias contenidas en el Convenio de Oviedo (Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina). Así, su art. 6.1. establece que «sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo»; y su art. 7, en relación con las personas con enfermedades mentales, sienta que «La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos».

26. Jorge Barreiro, Agustín. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid: Tecnos, 1990, p. 85.

27. Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002.

28. Caso Strunk v. Strunk (1969) 445 SW 2d 145 (Corte de Apelaciones de Kentucky).

la edad mental de 6 años el trauma de la muerte de un hermano? Poder evaluar y controlar estas cuestiones es un problema del más alto rango; máxime, cuando los llamados a sustituir la voluntad del paciente incapaz o inconsciente son con frecuencia *sus herederos*, es decir, personas que podrían tener incentivos económicos perversos a la hora de tomar decisiones sobre el final de la vida de dicho paciente.

Para analizar estas cuestiones, la actuación *en beneficio del paciente* puede ser evaluada por el tercero sustituto de tres modos distintos:

- conforme a *las valoraciones subjetivas del tercero decisor*;
- conforme a una *ponderación objetiva de las opciones médicamente indicadas para la vida y la salud del paciente* (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «*best interest*» o «superior interés» del paciente); o
- conforme a *lo que el paciente habría decidido en caso de poder formular su decisión* (en la jurisprudencia anglosajona, criterio del «*substituted judgement*»).

En la mayoría de los supuestos «normales», estos tres criterios coincidirán. Sin embargo, dado que el ámbito de las decisiones médicas —en especial, las que se toman al final de la vida— es un terreno especialmente delicado donde las concepciones éticas, sociales y religiosas de los ciudadanos divergen notablemente, debe subrayarse que ni los tres criterios alcanzarán siempre las mismas soluciones... ni todos ellos son igualmente legítimos.

## b) Las valoraciones subjetivas del representante

A pesar de que en algunos ámbitos (como, con limitaciones, en la *elección de la formación religiosa de los hijos*), el criterio de las *valoraciones subjetivas del representante* se reconoce como relevante, en el caso del consentimiento informado sustituido no es así. Un padre que sea testigo de Jehová no podría imponer a su hijo el rechazo de un trasplante; y una madre convencida de la bondad de la castidad prematrimonial no puede rechazar el tratamiento anticonceptivo a sus hijas menores si tienen «*madurez Gillick*».

Debe notarse que, en las cuestiones relativas a las decisiones médicas, las concepciones morales y religiosas tienen un influjo fundamental; sin embargo, ni los padres, ni los representantes legales de un incapacitado, ni los familiares de alguien que ha caído en un estado de inconsciencia y ha de ser intervenido están autorizados a *imponer* sus visiones al incapaz de consentir. El tercero sustituto *carece de legitimidad* frente al paciente para adoptar su criterio particular cuando diverge de la opción médicamente indicada o, si es posible probarlo, de la que el paciente habría deseado.

Esto, que es evidente cuando hablamos de la actuación en sustitución de un *adulto*, no varía cuando hablamos de *menores*. Los padres a estos efectos no tienen un *derecho subjetivo* en sentido estricto relativo a las decisiones sobre la salud de su hijo: sus derechos están *condicionados* al ejercicio en beneficio del menor. En este sentido, frente al menor son meramente *facultades*.<sup>29</sup>

Dicho esto, sólo una visión muy ingenua ignoraría que, *de facto*, la mayoría de las veces el tercero sustituto actúa conforme a sus propias valoraciones, coincidan o no con la del paciente.<sup>30</sup> Precisamente por ello cobra una fundamental importancia lo que se expondrá a continuación respecto de los criterios de decisión realmente aplicables, a los efectos de poder evaluar y contrastar la decisión del sustituto.

29. *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1985] 3 All ER 402 (HL). Evidentemente, sí existen ciertos *derechos* de los padres en relación con los menores en los que el Estado no puede injerirse injustificadamente (por ejemplo, derecho a verles y a convivir con ellos); lo que aquí se dice únicamente es que las posiciones jurídicas paternas *en lo relativo al cuidado del menor* son facultades y no derechos.

30. Es más: en no pocos casos, el tercero decisor es una persona que *puede tener interés patrimonial en la muerte del paciente* (una coincidencia de intereses que supone un incentivo para adoptar decisiones que *no* prolonguen la vida del sujeto; por lo general no tendrá influjo en la decisión del familiar, pero en cualquier caso no colabora a *garantizar* los derechos del paciente).

### c) La decisión que el paciente habría adoptado («*substituted judgement*»). Testimonio de voluntad anticipada y voluntad hipotética del paciente

Este criterio es el que más se ajusta al *respeto a la autonomía del paciente*:<sup>31</sup> en el caso de poder expresar su voluntad, ¿qué opción habría adoptado el paciente?<sup>32</sup>

En la medida en que supone investigar la decisión (real o hipotética) del paciente, este criterio sólo es aplicable a los *supuestos de sustitución de la voluntad de un sujeto competente que ha devenido incapaz de expresarse*: así, a los supuestos de inconsciencia de un adulto o un menor equiparado a un adulto (por el contrario, no será aplicable a quienes *nunca disfrutaron de capacidad*).<sup>33</sup> En estos casos, el sustituto cumple una función similar a la de unas *instrucciones previas verbales*, que transmiten al médico responsable del tratamiento la voluntad del sujeto antes de devenir incapaz de expresarla. Cuando nos referimos a sujetos que antes de su situación *no poseían capacidad de prestar consentimiento* (por ejemplo, niños pequeños), no cabe emplear este criterio, sino, como veremos, el del «*best interest*».<sup>34</sup>

31. Beauchamp, Tom L., y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona: Masson, 1999, p. 161 y ss.; Romeo Casabona, Carlos M.ª, «Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente», en *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Arequipa (Perú): Adros, 2004, p. 32. De modo más general, véase Rawls, John. *A Theory of Justice. Revised edition*, 6.ª edición, Harvard Univ. Press, 2003, p. 183.

32. American Medical Association: Council On Ethical And Judicial Affairs. «Surrogate Decision Making» (2001), p. 3; *Beschlüsse des 63. deutschen Juristentages*, Leipzig 2000, conclusión 4.1.

33. Santos Morón, M.ª José, *Incapacitados y derechos de la personalidad...*, p. 83; De Lora, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 129.

34. Shepherd, Lois, «Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay About Abortion, Death, and Crime», en *Cornell Journal of Law and Public Policy* 7, (1998), p. 431 y ss., p. 443; Kennedy/Grubb, *Medical Law*, p. 831; Barrio Cantalejo, y Simón Lorda, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* n.º 4, 2006, p. 306.

Los conceptos de *testimonio de voluntad anticipada* y *voluntad hipotética* no son idénticos.

- Hablamos de *testimonio de voluntad anticipada* cuando alguien *ya ha expresado su voluntad en relación con una determinada clase de intervención* y el sustituto *atestigua* cuál era la voluntad *real* del paciente. En el caso *Eluana Englaro*, por ejemplo, el señor Englaro testificó que su hija *Eluana había expresado clara y unívocamente su voluntad* de no ser alimentada e hidratada artificialmente en el caso de caer en un estado vegetativo permanente.<sup>35</sup>
- Sin embargo, el término *voluntad hipotética* se refiere a los supuestos en los que nadie puede testimoniar una declaración previa de voluntad referida a la específica situación en la que debe prestarse el consentimiento, pero en los que el decisor sustituto intenta *reconstruir* cuál habría sido la voluntad del sujeto con base en otros datos (como su religión, su filosofía vital, sus valores, su opinión respecto de supuestos similares, etc.).<sup>36</sup>

La importancia de este criterio es fundamental, ya que en la actualidad son muy pocas las personas que firman documentos de instrucciones previas del art. 11 LAP (que constituyen el medio más fiable de prueba de la *voluntad anticipada*). Por ello, si de algún modo alternativo puede hacerse constar la voluntad del paciente, ello permitiría salvaguardar en mayor medida su autonomía. Ésta es la causa por la que en la mayoría de los documentos internacionales se considera que el criterio de la voluntad hipotética del paciente ha de primar sobre la concepción más objetiva del «*best interest*».<sup>37</sup>

35. Sobre este célebre caso, véase por todos Mestre Delgado, Esteban, «El caso “Eluana Englaro” y el debate jurídico sobre el suicidio asistido», en *La ley penal* n.º 60, 2009, p. 5 y ss.

36. Aunque en el caso Englaro, como decimos, el señor Englaro testificó una *voluntad anticipada* de su hija, sin embargo las resoluciones judiciales son confusas en este punto, pues hablan de *reconstruir* la decisión de la paciente Eluana Englaro, como si no hubiese prueba de una voluntad (permítaseme) *perfectamente construida*.

37. Algunos autores han considerado que, en realidad, una correcta concepción del criterio del «*substituted judgement*» integra en realidad el «*best interest*» o «superior interés del paciente»: Dworkin, Gerald, «Law and Medical Experimentation», 1987, Monash University Law

A pesar de que no parece que la LAP haga expresa y específica referencia a este criterio, puede encontrarse tácitamente aludido en la mención que hace el art. 9.5 a la *dignidad* del paciente (la decisión del representante ha de adoptarse «siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal»); atentaría contra la dignidad del paciente la imposición de tratamientos u otras opciones médicas contrarias a su voluntad.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, no deben dejar de notarse los rasgos más problemáticos de este criterio de decisión:

- En primer lugar, el que una persona haya comentado con amigos o familiares una determinada posición (p. ej., el rechazo a medidas de tratamiento intensivo, la voluntad de no ser alimentado o hidratado artificialmente; o la indignación ante un polémico caso de *desconexión* recogido en la prensa, etc.) sin haberla hecho constar en unas instrucciones previas, puede deberse tanto a una omisión desidiosa<sup>38</sup> como a que realmente, dijera lo que dijese, *realmente no deseaba adoptar tal decisión* (o no estaba tan seguro). Una cosa es la seriedad con la que se adoptan decisiones vinculantes en un documento y otra, la ligereza con la que se pueden hacer comentarios no vinculantes.
- En segundo lugar, debe subrayarse la *endeblez* de un criterio de estas características, ya que puede bastar con que el familiar o allegado con suficiente cercanía al paciente *diga* cuál era la voluntad del paciente para que se adopte esa decisión. Esto difumina enormemente los lími-

tes fácticos entre este criterio y el de las valoraciones subjetivas del representante.<sup>39</sup>

- Por último, en la medida en que se trata de la prueba de una cuestión fáctica mediante testimonio, *cabe prueba en contrario*. Es precisamente por ello por lo que hemos podido asistir en algunos casos conocidos a *debates entre familiares* acerca de cuál era realmente la voluntad del paciente (como, notablemente, en el famoso caso Schiavo).

Precisamente por esta debilidad, autores como Buchanan y Brock<sup>40</sup> han codificado los elementos más relevantes a efectos de la *credibilidad y autoridad moral del testigo* y han elaborado un test con una serie de *reglas de prudencia* («*rules of thumb*»). Así, en paridad de condiciones, una declaración tiene más peso probatorio:

- *Cuanto más concretamente esté expresada* (p. ej., si el paciente ha dicho que *en caso de inconsciencia permanente no quiere ser mantenido con respiración asistida*, tiene más peso que si ha dicho que no quiere «ser mantenido vivo con máquinas»).
- *Cuanto más directamente se refiera al propio paciente* (p. ej., si el paciente hubiese dicho que no querría que *a él* le mantuviesen con vida con ciertos medios, tendría más peso que si hubiese dicho que le parecía mal que *a otra persona* le mantuviesen con vida con dichos medios).
- *Cuanto mayor sea el número de fuentes probatorias* (p. ej., si sólo hay *un testigo* de la manifestación del paciente, ello tiene menor peso probatorio que si hubiese *varios* no conexos).

Rev. 1987, p. 189-200; en una línea similar, Peñaranda Ramos (*Compendio I*, p. 360) subraya que la salud de las personas puede ser contemplada desde una perspectiva puramente objetiva o incluyendo las preferencias subjetivas del paciente. De hecho, la propia Mental Capacity Act británica de 2005 (c.9, Part I., 4; véase también Herring, *Medical Law and Ethics*, p. 114 y ss.) introduce las preferencias hipotéticas del paciente bajo el epígrafe «*best interest*».

Más allá de estas valoraciones, en el texto emplearemos los términos «*best interest*» para referirnos a la ponderación objetiva de las circunstancias médicas, y «*sustitutive judgement*» para la atención de las valoraciones y opciones del sujeto.

38. Pues, como decimos, hoy poca gente redacta documentos de instrucciones previas.

39. «El criterio del juicio sustitutivo exige una enorme honestidad moral. El sustituto tiene que ser capaz de poner entre paréntesis sus propias opiniones para ponerse en el lugar de la persona a la que sustituye. Existe el riesgo de que lo que el sustituto expresa como “juicio sustitutivo” no sea más que su propia opinión, deseo o juicio» (Barrio Cantalejo / Simón Lorda, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública*, n.º 4-2006, p. 307).

40. Buchanan, Allen E.; Brock, Dan W., *Deciding for Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990 (reimp. 1998), p. 120-121 (véase también Barrio Cantalejo / Simón Lorda, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública*, n.º 4-2006, p. 312 (Anexo 3).

- *Cuanto mayor fiabilidad tengan dichas fuentes* (por su proximidad afectiva<sup>41</sup> al paciente, la ausencia de conflictos de intereses, etc.).
- *Cuanto más reiteradas* hayan sido las manifestaciones del paciente (el testimonio de *una sola manifestación* es evidentemente más endeble que el testimonio de una *actitud constante manifestada a lo largo del tiempo*).

En aplicación de los dos primeros criterios, tiene mayor peso probatorio el testimonio de una *voluntad real* («el paciente afirmaba que no quería ser mantenido artificialmente con vida si caía en un estado vegetativo permanente») que la *reconstrucción* de la *voluntad hipotética* con base en los datos concretos de la historia del sujeto («como el paciente iba asiduamente a misa, debe seguir la doctrina católica y por ello ha de ser mantenido con vida aunque ello suponga prolongar artificialmente el proceso de muerte»); y tanto más cuanto *menos unívocos* sean los indicios (la asistencia asidua a misas dominicales no es prueba inequívoca de que un sujeto prefiera el sostén artificial de su vida, aunque ello prolongue su dolor o su proceso de muerte: la doctrina católica alberga diversas concepciones en este aspecto; y la pertenencia a una religión no significa la asunción global de todos sus preceptos).

En el subapartado e) se volverá más detalladamente sobre esta cuestión, al analizar cómo cohonesta el criterio del «*substituted judgement*» y el del superior interés del paciente.

#### **d) Atención al bienestar, la salud y la vida del paciente en términos objetivos («*best interest*» o «*superior interés*» del paciente)**

En ausencia de manifestación de la voluntad específica del paciente capaz (ya sea mediante un *documento de instrucciones previas*, ya mediante el testimonio de un pariente o allegado)<sup>42</sup> y de posible reconstrucción de su *voluntad hipoté-*

41. López-Chapa, Sara. *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, p. 115.

42. American Medical Association: Council On Ethical And Judicial Affairs. *Surrogate Decision Making* (2001), p. 4; Paefgen, H.U., en *Nomos Kommentar I*, 3.ª ed., 2009, Comentario previo a los §§ 32-35, n. m. 166.

*tica*, el criterio a aplicar es el de la atención a la salud, la vida y el bienestar del paciente, según «criterios objetivos médica y socialmente consensuados».

Se trata del criterio más objetivable y, por ello, el menos controvertido. Se trata de adoptar la decisión *más beneficiosa en términos objetivos para el bienestar, la salud y la vida del sujeto*,<sup>43</sup> atendiendo a los criterios de la *lex artis* médica. La interpretación más habitual encuentra este criterio reflejado en el art. 9.5 de la LAP, que exige que el consentimiento «*por representación*» se otorgue «*siempre en favor del paciente*».

La Comisión Presidencial Norteamericana para Bioética definió el criterio en los siguientes términos:

*«Because many people have not given serious thought to how they would want to be treated under particular circumstances, or at least have failed to tell others their thoughts, surrogates often lack guidance for making a substituted judgment. Furthermore, some patients have never been competent; thus, their subjective wishes, real or hypothetical, are impossible to discern with any certainty. In these situations, surrogate decisionmakers will be unable to make a valid substituted judgment; instead, they must try to make a choice for the patient that seeks to implement what is in that person's best interests by reference to more objective, societally shared criteria. Thus the best interests standard does not rest on the value of self-determination but solely on protection of patients' welfare.»*

*In assessing whether a procedure or course of treatment would be in a patient's best interests, the surrogate must take into account such factors as the relief of suffering, the preservation or restoration of functioning, and the quality as well as the extent of life sustained. An accurate assessment will*

43. *Beschlüsse des 63. deutschen Juristentages*, Leipzig 2000, conclusión 4.3. Por el contrario, autores como Silva Sánchez sostienen que el criterio rector en los casos de sujetos incapaces de decidir no debe ser tanto el *bienestar* como el principio *in dubio pro vita*, «incluso aquella irremisiblemente abocada a su pronta extinción o aquella que discurre con intensos dolores físicos o psíquicos» [Silva Sánchez, Jesús-María: «Los "documentos de instrucciones previas" de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», en *La Ley* 2003-4, p. 1663-1671].

*encompass consideration of the satisfaction of present desires, the opportunities for future satisfactions, and the possibility of developing or regaining the capacity for self-determination».*<sup>44</sup>

En efecto, los criterios fundamentales han de comenzar por el *alivio del sufrimiento*. En condiciones normales, *el alivio del sufrimiento grave y persistente* debe ser el criterio superior (a menos que, atendiendo a las concretas circunstancias, pueda ser compensado por la consecución de un avance terapéutico fundamental); después vendrán el avance terapéutico plasmado en la *conservación o recuperación funcional, la calidad y la duración de la vida*. La pura duración de la vida vegetativa sin esperanza médica de recuperación, por lo general y salvo casos excepcionales, es un criterio de rango notablemente inferior al del bienestar físico, la ausencia de dolor y la calidad de vida.

Ahora bien: en no pocas ocasiones existirán *varias soluciones admisibles desde el punto de vista de los intereses de un paciente incapaz*: por poner dos ejemplos extremos, la decisión de realizar o no realizar operaciones menores de poca urgencia (podológicas, p. ej.), y la decisión de someter o no a un paciente terminal a una operación sumamente arriesgada pero que podría alargar su vida hasta un año. En esos casos, nos encontraremos con que el criterio del «superior interés» delimita un *marco de decisiones admisibles*, dentro del cual el tercero sustituto debe moverse atendiendo a las específicas circunstancias del paciente.

En cualquier caso, la existencia de un criterio *objetivo* supone que *cabe evaluar objetivamente la decisión del representante*. El representante *no podrá decidir válidamente una opción médicamente no indicada*:<sup>45</sup> ante una decisión

44. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment. Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*. Washington DC: U.S. Gov. Printing Office, 1983, p. 134-135.

45. «Where, for example, there is more than one therapy available, a decision in favor of anyone of those considered appropriate by health care professionals will be acceptable under the *best interests* standard. However, the *best interests* standard would preclude the surrogate from choosing a therapy that is totally unacceptable by professional standards» (President's Commission, *Making Health Care Decisions*, p. 179-180).

del representante cuestionable desde el punto de vista médico, tanto el facultativo como otros parientes o allegados del paciente pueden acudir al juez para que califique la decisión del representante como contraria a los intereses del paciente y adopte una decisión distinta.

### **e) Concreción: «best interest» vs. «substituted judgement». ¿Puede el representante adoptar las mismas decisiones que podría adoptar un paciente adulto y capaz?**

La respuesta a esta pregunta depende de *cuál sea el criterio que pueda aducir el representante: el criterio «objetivo» del «best interest» o el subjetivo del «substituted judgement»*.

Como hemos señalado, tanto la doctrina como diversas instituciones internacionales han subrayado el *primado* del criterio de la *voluntad (real o hipotética)* del paciente sobre la concepción más objetiva de la *atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente («best interest»)*. Sin embargo, la cuestión requiere una aproximación más detallada.

El representante solamente puede actuar *en favor del paciente y con respeto a su dignidad humana*. Por ello, en principio y *mientras esté actuando con base en el criterio del superior interés del paciente en términos objetivos («best interest»)* no podrá adoptar decisiones terapéuticas contrarias a la *«lex artis»*. Una hipotética decisión de *rechazo inmotivado o médicamente injustificado del tratamiento*, por ejemplo, carecería de validez, pues se saldría de los márgenes legales de su mandato. *Cuando el sustituto esté decidiendo al amparo del criterio de la atención objetiva al bienestar, la salud y la vida del paciente, sólo puede moverse en el marco de lo médicamente indicado, y cualquier decisión fuera de ese marco habrá de ser considerada inválida*.

En este punto se ve con claridad el diferente margen de decisión que tienen el representante cuando sigue el criterio del *«best interest»* y el paciente capaz, pues éste puede adoptar decisiones *contrarias a la indicación médica*, como lo es un rechazo «inmotivado» o «médicamente injustificado» al tratamiento (así lo recoge el art. 21 LAP al regular el alta forzosa por rechazo al

tratamiento indicado, el cual incluso puede vincular al centro a ofrecerle soluciones paliativas no terapéuticas).<sup>46</sup>

**Artículo 21 LAP. El alta del paciente.**

1. *En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.*
2. *En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.*

Ahora bien: si el representante puede demostrar que actúa siguiendo el criterio de la voluntad real, en realidad estaría transmitiendo la decisión del paciente. Como hemos dicho, actuaría igual que un «documento verbal de Instrucciones Previas», y podría llegar a autorizar un rechazo «médicamente injustificado» del tratamiento. Si en efecto el testimonio del representante es fiable a este respecto, su decisión (¡en realidad, su declaración de conocimiento respecto de la decisión del paciente!) puede tener el mismo alcance que la del paciente.

Si un familiar puede demostrar válidamente que el paciente adulto inconsciente es un testigo de Jehová ortodoxo, ello puede ser considerado prueba suficiente de que su voluntad es *no recibir transfusiones sanguíneas*; y, por ello, puede vincular al médico.

46. La expresión «rechazo inmotivado» o «médicamente injustificable» al tratamiento se refiere a un rechazo *no indicado terapéuticamente*. Existen supuestos en los que puede considerarse una opción terapéuticamente indicada tanto el seguimiento como el rechazo al tratamiento (así, tratamientos muy invasivos que prometen poco beneficio, o en pacientes cuya situación es frágil, etc.). Sin embargo, en otros casos son motivos idiosincrásicos, religiosos, etc. los que llevan a una persona a rechazar el tratamiento. El supuesto paradigmático es el rechazo de los testigos de Jehová a tratamientos que impliquen transfusiones sanguíneas.

Por supuesto, esto debe ser considerado con el máximo cuidado desde el punto de vista probatorio. Ser creyente de una determinada religión no significa seguir invariablemente todos sus mandatos en cualquier momento, máxime cuando ello puede traer consigo la propia muerte. Esta presunción es aún más endeble cuando se refiere a *religiones mayoritarias*, donde en no pocos casos los fieles participan del rito más por los factores sociales e inerciales que por una fe ortodoxa.

No obstante, el caso del testigo de Jehová es un supuesto *claro*. En el ejemplo propuesto, el paciente está *adscrito a un conjunto de creencias cognoscibles por cualquiera* (las creencias y reglas de una determinada religión), y ello se objetiva en su identificación pública como testigo de Jehová; además, ese conjunto de creencias afectan *notoria, directa y unívocamente* al rechazo de ciertos tratamientos como las transfusiones sanguíneas. Sin embargo, la mayoría de las personas no expresa públicamente sus valoraciones u opciones respecto de los tratamientos médicos. Por ello, el testimonio de los familiares o personas allegadas, con frecuencia no tendrá la misma fuerza de convicción que en el ejemplo propuesto.

Esto es lo que se pone de manifiesto en supuestos famosísimos como el caso *Englaro*. En este caso, uno de los puntos centrales consistía, según la sentencia de la Corte de Apelaciones de Milán, en la *prueba de la voluntad de Eluana Englaro*. Dada la enorme relevancia de este caso (en principio, por referirse a una decisión que terminaría con la vida de una paciente; pero, sobre todo, por la notoriedad mediática que adquirió), la Corte de Apelaciones de Milán, en su resolución de 9-7-2008, debe contrastar la verosimilitud de dicha reconstrucción, efectuada por el padre de la paciente. A tal efecto, la Corte toma en cuenta los testimonios de varias amigas de la paciente y la contrastación efectuada no ya por el padre y tutor, sino por una *curadora especial* de la joven. Sin embargo, debe notarse que el señor Englaro testificó que su hija, cuando aún podía expresarse, *expresamente solicitó* que en el caso de caer en estado vegetativo permanente, no dejasen jamás que se la sometiese a un tratamiento de alimentación e hidratación forzosa, por considerarlo un auténtico *accanimento terapeutico (ensañamiento terapéutico)*.<sup>47</sup>

47. Aunque en el proceso se habla constantemente de «reconstrucción de la voluntad presunta» o «hipotética», según lo expuesto parece que más que una *reconstrucción de la voluntad hipotética*,

Por su parte, en el famoso *caso Schiavo* (también relativo a la retirada de alimentación e hidratación artificial a una persona en estado vegetativo permanente tras quince años), uno de los puntos centrales fue la determinación de cuál era su voluntad respecto de esos tratamientos. El marido de la paciente, Michael Schiavo, afirmaba que era voluntad de su esposa no recibir esa clase de tratamiento intensivo prolongado, y aportó testimonios variados de distintos amigos comunes. Por su parte, los padres de la paciente adujeron que ella era una persona católica, que no quería contravenir las directrices de la Iglesia respecto de la eutanasia (*reconstrucción de la voluntad hipotética*). Los tribunales consideraron más verosímil la versión del marido, quien afirmaba que su mujer no deseaba esa situación (en lo que se ha dado en llamar la decisión *Schiavo I*, resol. 24 enero 2001 de la Florida 2nd District Court of Appeal (*In re guardianship of Theresa Marie Schiavo, Incapacitated*)<sup>48</sup>).

Si la prueba testifical de una voluntad *real* anticipada es un modo poco sólido de probar la voluntad del paciente, la reconstrucción de cuál habría sido esta última basándonos en sus valores vitales, manifestaciones colaterales, etc. (*voluntad hipotética*) es un expediente que difícilmente sería admitido en otros ámbitos jurídicos. Sin embargo, dado lo dramático de los intereses en juego y la ausencia de alternativas es un expediente que se emplea con frecuencia. Es cierto que se trata de un expediente *informal*, pero téngase en cuenta que en este punto la Ley opta deliberadamente por vías poco formalizadas que permitan alcanzar con cierta flexibilidad la solución más razonable.<sup>49</sup> Así, en el caso de que dos hijos del paciente disintiesen del tratamiento que debe darse a su padre moribundo y acudiesen a los tribunales, el criterio de la *voluntad hipotética* permite orientar, en cierta medida y dentro de lo que cabe, la decisión del juez.

*tica*, en el caso el Tribunal investigó la veracidad de los testimonios que probaban una *manifestación informal de voluntad real anticipada*.

48. <http://abstractappeal.com/schiavo/2dcaorder01-01.txt>

49. También los criterios legales de selección de las personas que pueden prestar consentimiento por sustitución en el caso de adultos inconscientes son sumamente informales (personas vinculadas por razones familiares o de hecho; véase Romeo Casabona, «Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente», p. 31).

Como decimos, la inseguridad jurídica que reina en casos como éstos sería inimaginable en un ámbito como el de las *sucesiones «mortis causa»*, por ejemplo. Ahí, el Derecho reconoce una disponibilidad amplísima al disponente; pero también establece con claridad unas reglas para cuando éste *no ha dicho nada* (reglas de la sucesión *abintestato*), de modo que cuando se abre la sucesión el juez no ha de perderse investigando qué es lo que quería (¡o hubiese querido!) el *de cuius* que se hiciese con su patrimonio. Sin embargo, dada la variedad de concepciones coexistentes en nuestras sociedades acerca del final de la vida y su tratamiento médico, no nos es posible cubrir ese espacio de incertidumbre con presunciones o reglas generales.

Eso no significa, no obstante, que ante la ausencia de datos sobre la voluntad del paciente inconsciente no quepa presumir nada. *Entre las diferentes opciones, deben ser consideradas prioritarias aquellas que reporten un mayor bienestar cuando la curación ya no es posible* (así, por poner un ejemplo evidente, la mera prolongación de la vida —*rectius*: la mera prolongación del proceso de la muerte— mediante *encarnizamiento terapéutico* es considerada ya de modo casi unánime como una opción sólo aplicable cuando el paciente específicamente la solicita). Esto es de capital importancia cuando hablamos de decisiones al final de la vida respecto del paciente inconsciente.<sup>50</sup> Con motivo de ciertos casos recientes, tomaba posición hace algunos años Gimbernat Ordeig:

«Por lo que se refiere al *supuesto del enfermo terminal que está padeciendo graves sufrimientos físicos, y que no puede prestar su consentimiento a un tratamiento paliativo por su bajo nivel de consciencia, o uno eficaz, por ser un menor de edad o por no estar en plenitud de sus facultades mentales*, la tesis formulada recientemente desde diversos sectores de que entonces queda en manos de los parientes del paciente si procede o no su sedación, es una tesis incorrecta. Y ello por dos razones:

- La primera porque, a falta de una manifestación previa, expresa o tácita del enfermo, la voluntad presunta de éste no puede ser interpre-

50. Gimbernat Ordeig, Enrique, «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en *Diario El Mundo* 19 de abril de 2005.

tada en el sentido de que pertenece a ese reducido grupo con tendencias masoquistas, o de mártires en vida, que confiere un valor superior a —y que prefiere— una vida más prolongada acompañada de dolores difícilmente soportables que otra más corta sin esos padecimientos, sino que lo que hay que presuponer es precisamente lo contrario: que se inclina por una eutanasia indirecta, ya que ésta, administrada, por un médico, es un comportamiento penalmente conforme a Derecho, cuya práctica, además, debe estar garantizada por el sistema sanitario, que tiene la obligación de poner a disposición de los enfermos terminales «unidades de atención paliativa» (arts. 12.2.8 y 132.E Ley 16/2003), y porque tanto el Parlamento Europeo, en junio de 1999, como incluso la doctrina oficial de la Iglesia católica se han pronunciado a favor de admitir la administración de opioides como la morfina y de ansiolíticos, aunque ello suponga un probable acortamiento de una vida que ya sólo tiene la perspectiva de discurrir hasta su final rodeada de un infierno de padecimientos físicos.

- La segunda razón por la que la decisión de los familiares no puede ser determinante para oponerse a los cuidados paliativos de un paciente que no puede expresar su voluntad, o que sólo la puede manifestar ineficazmente desde un punto de vista jurídico, reside en que, en tales casos de consentimiento por representación, el art. 9.5 de la ya citada Ley 41/2002 dispone que «la prestación del consentimiento por presentación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal», es decir: que ese consentimiento de los familiares sólo es vinculante para el médico si en su prestación se actúa en interés del enfermo y se atiende a la salvaguarda de su dignidad. De donde se sigue que, naturalmente, la negativa de los representantes a que el paciente sea sometido a cuidados paliativos, es decir: la manifestación de voluntad de que aquél prolongue su agonía durante días o semanas entre aullidos de dolor, ni puede considerarse que atienda a los intereses del paciente, ni mucho menos que respete su dignidad, especialmente si se tiene en cuenta que la eutanasia indirecta es penalmente lícita, jurídico-administrativamente conforme a

Derecho y que está admitida por instituciones tan divergentes como el Parlamento Europeo y la Iglesia católica».

La posición de Gimbernat en este punto es valiente y sumamente razonable. Me permito tan sólo hacer una pequeña matización:

- a) En el caso de *pacientes menores o incapaces*, los familiares están vinculados al estándar del «*best interest*», con lo que su eventual voluntad de prolongar el proceso doloroso de muerte y vetar la sedación sería *jurídicamente inválida*. Como se ha expuesto *supra*, la prolongación del proceso de muerte y de la agonía dolorosa es contraria al superior interés del paciente en términos objetivos, que vincula siempre a los representantes de menores o incapaces.
- b) En el caso de la sustitución de la voluntad de *pacientes adultos*, los parientes no pueden adoptar una decisión a favor de la prolongación de la agonía y contra la aplicación de sedación con *doble efecto... a menos que puedan demostrar razonablemente que ésa era la voluntad del paciente adulto inconsciente* («*substituted judgement*»), pues el criterio de la voluntad del paciente es de más alto rango que el de su «superior interés» en términos objetivos.

*Ahora bien: una decisión de esta naturaleza y gravedad exige un peso probatorio muy elevado*, ya que compromete probablemente uno de los riesgos más terribles para cualquier ser humano: la muerte entre tormentos. Por ello, sólo ante un documento de *instrucciones previas* o ante un *conjunto de testimonios con alto peso probatorio* (en los términos definidos *supra*, según el test de Buchanan y Brock) puede fiablemente determinarse que ésa es la voluntad del paciente.

Y es que a la hora de probar que la voluntad anticipada (no documentada) o la «voluntad hipotética» de un paciente inconsciente era ser tratado de ésta o aquella manera, *no todas las posibles soluciones están en pie de igualdad desde el punto de vista probatorio*, sino que *las más alejadas del estándar del «best interest» requieren una prueba más sólida*. Así, cuando existen distintas decisiones terapéuticamente indicadas (así, en el caso Englaro, tanto el mantenimiento del suministro de alimento e hidratación como su retirada fueron

juzgadas médicamente correctas), la decisión por una u otra puede basarse sin problemas en un testimonio de voluntad adelantada o en la reconstrucción de la voluntad hipotética. Sin embargo, ello resulta tanto más difícil cuanto más se desvíe la supuesta decisión del paciente de los estándares de la protección de la salud y la vida: en esos casos debe exigirse una solidez probatoria mayor. En el caso extremo (el rechazo *médicamente injustificable o no indicado* al tratamiento), sólo la *máxima certeza* sería admisible para seguir la voluntad del paciente.

Ej: una anciana hospitalizada padece una infección de orina y es necesario tratarla. Su endeble estado de salud la ha hecho caer en un estado de práctica inconsciencia. Su pariente más próximo (a la vez, su único heredero) es consultado para prestar consentimiento a un sencillo tratamiento, pero éste lo *rechaza* sin más. Cuando se le insiste, señalándole que se trata de un rechazo médicamente injustificable, él contesta que *así se lo había dicho su madre*. En este supuesto el médico no debería admitir esa respuesta y habría de acudir a los órganos jurisdiccionales. Ahora bien: si esa directriz constase expresamente en un *documento de instrucciones previas*, sería vinculante para el médico.

Esto resulta aún más evidente cuando nos asomamos a la historia judicial de los criterios de decisión del sustituto. Por lo general, cuando los tribunales han tomado en cuenta la reconstrucción de la *voluntad hipotética* u otros expedientes probatoriamente más débiles, ha sido para decidir, de entre dos decisiones médicamente indicadas, la más próxima al criterio del «*best interest*» (*caso Englaro*);<sup>51</sup> y cuando los han rechazado, ha sido porque pretendían atestiguar que la voluntad del paciente era la *prolongación de situaciones de agonía o estados vegetativos sin esperanza* (*caso Schiavo*).

Todo ello arroja un indicio fundamental: *el expediente de la «voluntad presunta» ha sido un modo de apoyar ese cambio de tendencia desde el absolutismo del principio «favor vitae» hacia visiones más humanistas que ponen en primer lugar el bienestar del paciente y rechazan prolongar su proceso de muerte.*

51. Si bien, como hemos señalado, en el caso Englaro más que una *reconstrucción de la voluntad hipotética* se trataba de un *testimonio de voluntad real anticipada*.

## f) El representante en el marco de las instrucciones previas

Una vez expuesto lo anterior, resulta más sencillo describir el papel del representante designado en los documentos de instrucciones previas, pues aquí sus facultades, en virtud del art. 11 CP, están limitadas a «*procurar el cumplimiento de las instrucciones previas*». Su capacidad de *sustituir* la voluntad del paciente se refiere a disposiciones *vagas o equívocas* y a *situaciones no específicamente previstas pero conexas con lo dispuesto en el documento de instrucciones previas*.

En lo relativo a lo *no previsto, ni directa ni indirectamente* en el documento, debe ser considerado como una persona vinculada al paciente por «razones familiares o de hecho» (art. 9.3.a LAP) y su papel será esencialmente el mismo que el de cualquier otro «representante»; y sus criterios de decisión habrán de ser los mismos que los de los terceros sustitutos del art. 9.3: *1. voluntad anticipada o hipotética; y 2. ponderación objetiva de los intereses del paciente*. No obstante, la aplicación del criterio de voluntad *anticipada o hipotética* adquiere en este caso un mayor peso probatorio, pues el representante ha sido *específicamente designado* por el paciente, lo cual hace presuponer no sólo un especial conocimiento de la voluntad de éste, sino una mayor *fiabilidad*, pues el sustituto es una *persona de su confianza*.

Pero también es posible que el documento no sea tanto una relación de instrucciones como un conjunto de directrices genéricas o «valores» (la llamada «*values history*», donde el sujeto establece cuáles son sus valores éticos superiores en relación con las decisiones al final de la vida)<sup>52</sup>. En estos casos, la labor de interpretación del «representante» es tanto más importante cuanto menos concretamente quepa hallar reflejada la solución en dicha «*values history*». En este caso, la combinación de *nombramiento expreso* para la interpretación de una *directriz ambigua* supone que el paciente ha otorgado

52. Sobre las «*values histories*», véase, por todos, Furrow, Barry *et al.*, *Health Law*, 2.<sup>a</sup> ed., 2000, § 16-27 («The Values History»); Doukas, David J., y McCullough, Laurence B. «The values history: the evaluation of the patient's values and advance directives», en *Journal of Family Practice* 32(2), Feb, 1991, p. 145 y ss.

expresamente el más amplio ámbito de decisión a su sustituto, que, en cualquier caso, está limitado por las decisiones que puedan derivarse racionalmente de la «historia de valores». En los casos que no quepa relacionar con ésta, nuevamente, el «representante» tiene exactamente el mismo papel que en los demás casos del art. 9.3.a LAP.

## g) El paciente menor de edad y la decisión del representante

### g.1. Cuestión previa. Limitaciones al representante derivadas de las limitaciones del menor. ¿Puede un menor rechazar arbitrariamente un tratamiento vital?

Existen opciones médicas que el representante del menor no puede adoptar, *porque tampoco el propio menor capaz podría adoptarlas.*

Esto está claro cuando hablamos de la sumisión a experimentación médica ni realizar donaciones de tejidos no recuperables, pues la Ley expresamente lo veta. Sin embargo, hay otro límite que la Ley no contempla específicamente, pero que cabe derivar de una interpretación sistemática de la Ley de Protección Jurídica del Menor y de la Ley de Autonomía del Paciente: *el menor no tiene autonomía plena para decidir un rechazo al tratamiento vital no indicado terapéuticamente* (es decir: conforme a la terminología empleada *supra*, un rechazo médicamente injustificable: idiosincrásico, religioso...) *cuando éste implica un relevante riesgo mortal.* Esto es predicable de los menores hasta 16 años, y de los menores entre 16 y 18 años pero sin capacidad natural (*Gillick competence*).

En efecto, la autonomía del paciente menor de edad es objeto de desarrollo gradual hasta el momento de su plena adquisición. Sin embargo, mientras hablamos de un menor, hablamos *ex definitione* de un sujeto sometido a *protección* estatal. Es tarea del Estado proteger al menor y, en este caso, protegerle provisionalmente (hasta que alcance la plena autonomía), incluso de sus propias decisiones *no terapéuticamente indicadas*. Por más que hablemos de un *menor maduro*, la madurez del sujeto es fruto de una paulatina evolución que, en lo que se refiere a cuestiones tan relevantes como las decisiones

al final de la vida, continúa su evolución incluso bastante más allá de la mayoría de edad legal<sup>53</sup> (independientemente de que el Estado elimine toda limitación a la capacidad al alcanzarse la mayoría de edad del art. 12 CE la capacidad plena)<sup>54,55</sup>. Por ello, y en palabras de De Lora,

*«La mejor justificación para desplazar al criterio religioso [scil. en el caso de las negativas a transfusiones por parte de pacientes menores testigos de Jehová] consiste, a mi juicio, en apuntar a que así se preservan las condiciones de posibilidad del ejercicio de la autonomía futura del menor».*<sup>56</sup>

La adquisición del *status libertatis* pleno es ubicada por la Constitución (art. 12) en los 18 años, aunque parece claro que para la adopción de estas decisiones la LAP equipara *plenamente* a las personas entre 16 y 18 años

53. La objeción de que nos hallamos ante un criterio *paternalista* carecería de peso: los poderes públicos ante los *menores* están *obligados* a desarrollar, en mayor o menor medida según la edad del sujeto y la materia en cuestión, relaciones *paternalistas* o de tutela. Un menor es alguien *sometido* en algunos extremos a una autoridad paternal/maternal o tutelar (véase De Lora, Pablo. «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 127). El tratamiento *paternalista* no es inadecuado para un *menor*.

54. Existen supuestos absolutamente marginales en los que se exige una edad *superior* a los 18 años fijados por el art. 12 CE para desarrollar ciertas actividades, como *adoptar a un hijo* (art. 175 CC).

55. No obstante, Santos Morón («Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002, de 18 de julio, en *La Ley* 2002-7, p. 1634-1636) considera que debe reconocerse al menor maduro (incluso *por debajo de los 16 años*) el derecho de rechazar tratamientos vitales cuando ello supone afrontar la propia muerte.

56. De Lora, Pablo. «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 131. Empleando la paradójica expresión de Caplan, estamos «negando la autonomía para generarla plenamente» (Caplan, Arthur. «Denying autonomy in order to create it: the paradox of forcing treatment on addicts». En *Addiction*, n.º 103 (12), 2008, p. 1919 y ss.). También en este sentido, por todos, Romeo Casabona, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, p. 327 y ss.; Romeo Malanda, «El valor jurídico del consentimiento...», p. 1457; *Íbid.*, «Un nuevo marco ...», p. 1531.

*capaces* no incapacitados, en lo que parece una decisión legal poco matizada:<sup>57</sup> probablemente sería razonable matizar más la normativa en este punto, retrasando la posibilidad de decisión *médicamente no indicada* de rechazo mortal del tratamiento hasta la plena mayoría de edad. Ni la maduración social ni la química cerebral de un sujeto de 16 años le suelen otorgar la madurez suficiente como para adoptar decisiones de este tipo. Permitir que un sujeto de entre 16 y 18 años pueda rechazar *inmotivadamente* un tratamiento cuando ello implica la muerte parece algo excesivo,<sup>58</sup> pero el tenor literal del art. 9.3.c) LAP es taxativo: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación».<sup>59</sup> Aparentemente, la única posibilidad de eludir el precepto es justificar que una persona de entre 16 y 18 años *no es capaz* de apreciar plenamente ni decidir con madurez suficiente (vertiente *volitiva* de la competencia) una decisión de esa trascendencia.<sup>60</sup> Pero debe repetirse: *aparentemente*.<sup>61</sup>

57. Guerrero Zaplana, José. *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia*. Madrid: Lex Nova, 2004., p. 82-83.

58. Está en la línea de la decisión legal el *Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2003 («Sería razonable aceptar la pauta —ya reconocida en diversas ocasiones y lugares— de que los mayores de 16 años puedan decidir por sí mismos, con el requisito de que los padres sean oídos y se involucren en la decisión»).

59. Así se manifiesta también Díez Ripollés, José Luis, «Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 11 (11-r1) (mayo 2009), p. 8.

60. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 294. Por su parte, Santos Morón, («Sobre la capacidad del menor...», p. 1636) critica que los tribunales ingleses empleen este expediente para impedir la capacidad de decisión del menor maduro.

61. La técnica legislativa de la Ley 41/2002 es *tan defectuosa* que ni siquiera este último extremo está claro. El art. 9.3.c) *in fine* establece:

*«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 tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».*

Por ello, respecto de las decisiones al final de la vida, una persona de menos de 16 años con capacidad natural no está autorizada a *rechazar un tratamiento vital sin motivo terapéutico alguno*. Como hemos señalado, hay rechazos a tratamientos vitales *médicamente indicados* (cuando, por ejemplo, el tratamiento curativo puede proporcionar una escasa prolongación de la vida y es sumamente gravoso y doloroso para el paciente); fuera de estos casos, el menor no puede rechazar válidamente el tratamiento vital.

Cohientemente, tampoco los representantes pueden adoptar dicho rechazo, pues el criterio del *juicio sustituido* no permite adoptar una decisión *que el menor no está autorizado a adoptar*; y el del «*best interest*» no permite adoptar una decisión *médicamente no indicada*.

Esto explica por qué en los supuestos de *pacientes menores pertenecientes a los testigos de Jehová* ni los padres ni el menor pueden rechazar ciertos tratamientos imprescindibles para el mantenimiento de la vida del menor (como las transfusiones sanguíneas cuando no existe alternativa terapéutica).

## **g.2. Criterios de decisión del representante del menor incapaz**

¿Cuándo debe decidir el representante en el caso de pacientes menores? Evidentemente, en el caso de *inconsciencia*; pero también en los supuestos en los que los menores no reúnan la *competencia funcional* (o *capacidad natural*) para comprender lo que implica la intervención (y su omisión), las alternativas posibles y las probables secuelas.

Cuando hablamos de *menores que todavía no han alcanzado la capacidad natural* (ya estén conscientes o inconscientes en el momento del tratamien-

Inmediatamente surge una pregunta: ¿«será tomada en cuenta»... **por quién?** El texto parece pensar en que es **alguien distinto del menor y de sus padres quien va a decidir**, y debe hacerlo teniendo en cuenta la voluntad de los padres. Desde luego, sería absurdo si el inciso pretendiese decir que «será tomada en cuenta *por el propio menor*» (baste imaginar que un menor dijese «decido *contra lo que dice la Ley, sin tener en cuenta lo que opinen mis padres*»: en ese caso su decisión sería contraria a la Ley ¡y debería ser sustituido *por alguien!*). Se trata de un inciso incomprensible desde la lógica del resto de la Ley.

to), como se ha dicho, el criterio del «*substitute judgement*» no puede entrar en juego, ya que:

- a) *menores inconscientes*: si el criterio del menor no es vinculante estando *consciente*, tampoco lo es estando *inconsciente*; y
- b) *menores conscientes*: no tiene sentido preguntarse «*qué habría decidido el menor incompetente de no ser menor incompetente*».<sup>62</sup>

Por ello, en los casos en que deba intervenir un representante, el criterio de decisión que debe adoptar es el del *superior interés* del menor en términos objetivos («*best interest*»)<sup>63</sup>. La decisión del representante contra lo médicamente indicado es inválida, por más que invoque su autoridad paterna, la voluntad del menor, o cualquier otro motivo de decisión.

62. De Lora, Pablo. «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 128-129: «La idea del mejor interés del menor o adulto incapaz compromete a quien lo postula con una visión *objetiva* de los factores que contribuyen, o empobrecen, al bienestar del sujeto. En una primera aproximación, ello implica que la voluntad del individuo queda postergada. Así debería ser en todo caso cuando nos las vemos con sujetos que nunca serán competentes o no lo han sido todavía, lo cual incluye paradigmáticamente a los menores. Es decir, así como resulta posible tratar de aventurar cuál habría sido la voluntad del que otrora fue competente pero ahora no lo es, para entonces sacrificar sus mejores intereses en aras a una voluntad supuesta, la decisión de quienes suplen el déficit de autonomía del menor o del nacido incompetente será necesariamente paternalista, esto es, habrá de estar guiada por la satisfacción de las necesidades del incapaz objetivamente consideradas. La razón es muy simple: cuando nos enfrentamos al tratamiento de menores o adultos nacidos incompetentes no existe registro alguno de esa vida pasada que nos ayude a adoptar el punto de vista de quien antaño tuvo un punto de vista. No existiendo dicho rastro, es decir, no habiéndose poseído nunca una perspectiva (el resultado de las disposiciones de carácter, la historia personal, los compromisos ideológicos, filosóficos y religiosos bajo los que se diseñara la propia vida, que pueden, y en muchas ocasiones hacen, llevar al adulto a escoger cursos de acción absurdos a nuestros ojos), resulta absolutamente engañoso y pueril —nunca mejor dicho— el ejercicio de elucubrar sobre la voluntad presunta». En contra, no obstante, Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 984-986.

63. Cañizo Fernández-Roldán, Agustín; Cañizo López, Agustín, «El consentimiento informado en asistencia pediátrica», en AA.VV., *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Madrid: Tecnos, 2005, p. 278; De Lora, Pablo. «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 127-128.

### g.3. Criterios de decisión del representante del menor entre 16 y 18 años en estado de inconsciencia

Cuando se trata de personas *mayores de 16 años inconscientes*, la LAP no deja deducir con claridad cuál es el criterio que debe seguirse.

- En principio, dado que su voluntad es decisiva si ha sido expresada estando consciente, parecería que también lo sería si, aun no habiendo otorgado consentimiento informado en estado de consciencia, un representante puede atestiguar cuál hubiera sido su decisión, transmitiendo al facultativo la *voluntad anticipada del paciente, real o hipotética*.
- Sin embargo, y paradójicamente, la LAP *no permite que los menores de 18 años firmen documentos de instrucciones previas*<sup>64</sup>, por lo que parecería que si su voluntad anticipada *por escrito* no es vinculante, tampoco lo es cuando se transmite *oralmente* (ni, mucho menos, cuando se intenta reconstruir mediante razonamiento hipotético).<sup>65</sup>

Este segundo argumento parece determinante, pues la regla que veta a los menores de edad la firma de documentos de instrucciones previas es *taxativa*. La progresiva capacitación del menor de edad permite que con 16 años y

64. La Ley andaluza es en este punto más flexible, pues admite que los menores emancipados puedan firmarlos (véase Díez Ripollés, «Deberes y responsabilidad de la Administración Sanitaria ...», p. 13).

65. Critican esa paradoja, por todos, Rodríguez González, José Ignacio, «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», en *La Ley* 2005-2, p. 1419-1424; Beltrán Aguirre, Juan Luis, «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 15, n.º extr. 1, 2007, p. 9 y ss., p. 16. Berrocal Lanzarot, Ana Isabel; en Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, y Abellán Salort, José Carlos, *Autonomía, libertad y testamentos vitales* (Régimen jurídico y publicidad), Madrid: Dykinson, 2009, p. 179-180. Parra Lucán («La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado...», p. 19) entiende, por el contrario, que no es incoherente, pues considera que los «testamentos vitales» están más directamente vinculados a la *disposición sobre la propia vida*, por lo que se exigiría un *plus* de capacidad. No obstante, esta conclusión exigiría considerar que un *paciente capaz de 16 años no puede rechazar tratamientos vitales*, lo cual, como se ha dicho en el texto, no está claro.

en estado de consciencia su consentimiento informado vincule al médico, pero no pueda emitir todavía *consentimientos anticipados vinculantes* (ni escritos, ni verbales).

## 5. Un caso especialmente polémico: la prestación de consentimiento a la intervención abortiva en pacientes menores de edad

### a) Introducción. Regulación en la LGS y la LAP

La LAP supuso en no pocos extremos un avance importante en cuanto a *clarificación* de extremos que bajo la vigencia de la Ley General de Sanidad estaban sólo tácitamente regulados. Así, cuestiones como la fijación de la *mayoría de edad sanitaria* en los 16 años —sea cual sea la valoración que merezca—, suponen un avance en seguridad jurídica.

Sin embargo, en otros ámbitos ha sido juzgada con dureza precisamente por lo contrario: por introducir conceptos *confusos* o abiertamente contradictorios donde antes regían preceptos más o menos claros. Así ocurre con la sustitución del consentimiento en relación con los *incapacitados*<sup>66</sup> y también en la materia de la que nos ocuparemos a continuación: el consentimiento para la intervención abortiva en pacientes menores de edad.

La LGS regulaba en su art. 10.6, ya derogado, el consentimiento por sustitución con una fórmula abierta que, como en la actualidad, remite a la capacidad natural: así, no puede prestar consentimiento el paciente «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponde-

66. Santos Morón, «La situación de los discapacitados psíquicos desde el Derecho Civil», en Campoy Cervera, I. (ed.) *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson / Univ. Carlos III, 2004, p. 175.

rá a sus familiares o personas a él allegadas».<sup>67</sup> Esta regla era también aplicable en materia de aborto.<sup>68</sup>

Sin embargo, la LAP introduce en 2002 una regulación radicalmente distinta. Así, junto a las tres reglas generales del consentimiento en el caso de menores de edad que, salvo la mayoría médica, ya se podían hallar en la normativa anterior (criterio de capacidad natural o «competencia *Gillick*», sustitución del incompetente con audiencia por encima de los 12 años, «mayoría médica» del sujeto competente de 16 años), el art. 9.4 introduce un conjunto de *excepciones* a esas reglas:

Art. 9.4 LAP	
La interrupción voluntaria del embarazo,	... se rigen por — lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y — por las disposiciones especiales de aplicación.
la práctica de ensayos clínicos y	
la práctica de técnicas de reproducción humana asistida	

67. Jorge Barreiro, Agustín, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC*, n.º 16, 1982.

68. Era doctrina absolutamente mayoritaria. Por todos, véase Romeo Casabona, *El médico y el Derecho Penal. I*, Barcelona: Bosch, 1981, p. 317-318; *Ibid.*, «El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales», en *La Ley* 1987-3, p. 813; Arroyo Zapatero, «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», en *EPCr* n.º 11, 1986-87, p. 14; Dolz Lago, Manuel Jesús, «Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?», en *AP* n.º 29, 1996, p. 548; Molina Blázquez, C., y Sieira Mucientes, S. *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Barcelona: Bosch, 2000; Lorenzo Copello, comentario a los arts. 144 y ss., en Díez Ripollés (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997; Lema Añón, Carlos. «Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», en *Jueces para la Democracia* n.º 43, 2002, p. 34-35; González Rus, J. J., *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 81; Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid: Civitas, 2001, p. 89; Romeo Malanda, Sergio, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», en *La Ley* 2000-7, p. 1460; *Ibid.*, «Minoría de edad y aborto: algunas cuestiones sobre consentimiento y confidencialidad», en *Humanitas* n.º 28, junio 2008, p. 4. La posición contraria, que consideraba que el consentimiento nunca correspondía a la menor, era minoritaria (por ej., Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., «La minoría madura», en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid: AEDS, 1998, p. 89).

Dado que en materia de *interrupción voluntaria del embarazo* (que hoy sólo es legal si el embarazo pone en peligro a la madre, si es fruto de una violación o si existe una grave embriopatía, art. 417 bis CP TR 1973) no existen «disposiciones especiales de aplicación», se entiende que la prestación de consentimiento informado «se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad».

¿Qué significa esto? No pocos autores sospechan que *lo que pretendía el legislador*<sup>69</sup> era impedir que las menores de edad prestasen consentimiento por sí mismas a una intervención abortiva, y que sólo pudiesen hacerlo con el complemento de sus padres o tutores. Sin embargo, cada vez son más autores los que disienten de que ése sea efectivamente el contenido de la regulación vigente.

## b) El imposible art. 9.4 LAP

El art. 9.4 LAP es un precepto doblemente desafortunado:<sup>70</sup> en primer lugar, porque parece claro que el legislador pretendió introducir con él una norma políticamente *inaceptable*; en segundo lugar, porque lo intentó de un modo técnicamente tan inadecuado que *no lo logró*.

69. Por todos, véase García Arán, en Córdoba Roda; Juan, y García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 73.

70. Parra Lucán, M.<sup>a</sup> de los Ángeles. «Dos apuntes en materia de responsabilidad médica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 11, n.º extra 1, 2003, p. 1-14, p. 3 y 4: «No cabe duda de que la redacción del precepto no ha ido acompañada de una reflexión de los problemas que se plantean en la práctica, ni de las importantes consecuencias e implicaciones de esta materia [...] Los autores de la redacción del art. 9 de la Ley muestran un desconocimiento grave de la materia. No hacía falta que la Ley dijera que es válido el consentimiento de las mujeres mayores de edad. El problema se plantea respecto de las menores y de las que no tengan capacidad suficiente para prestar su consentimiento. Ya que el art. 9.4 no da una solución para estos casos, no cabe duda de que es criticable, y hubiera sido preferible que el legislador, para no introducir más confusión, no dijera nada.» Probablemente su origen se encuentre en la afirmación que hace el Tribunal Constitucional en el FJ 14º de la STC 53/1985 («En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho privado»; así, Parra Lucán, «Dos apuntes en materia de responsabilidad médica», p. 3). Véase también Romeo Malanda, «Un nuevo marco jurídico...», p. 1533.

### b.1. Imposible en el plano formal

Porque, en realidad, el art. 9.4 se remite a «lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad». Y ¿qué se establece con carácter general sobre la mayoría de edad a este respecto? Las normas generales aplicables al caso (y ya vigentes en el momento en que se gestó y aprobó la norma) son:

#### Artículo 162.1 CC

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. [...]

#### Art. 2 L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (Principios Generales)

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

*Sin lugar a duda alguna*, tanto la decisión de *interrumpir un embarazo* como la decisión de *continuar la gestación hasta su fin* son actos relativos a los derechos de la personalidad<sup>71</sup> que la hija puede realizar por sí misma; y si

71. Según la exposición del Justice Blackmun en la sentencia de la Supreme Court norteamericana *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490 (1989), (recogida en Shepherd «Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg...», p. 440), la decisión de abortar es «extraordinariamente personal, íntima y *self-defining*», «quintaesencialmente íntima» y «perteneciente a cierta esfera privada de libertad individual que la Constitución preserva de intrusiones gubernamentales», en tanto que expresión del principio moral reflejado en la Constitución de que «una persona pertenece a sí misma y no a otras ni a la sociedad en general». Véase también Parra Lucán, «La capacidad del menor...», p. 17-18.

existe alguna posibilidad interpretativa distinta que concluya una mayor restricción del consentimiento de la menor, debe decaer ante la aquí propuesta en virtud del art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.<sup>72</sup> A esta misma conclusión llega la SAP Málaga de 20 de abril de 2002:

«Mucho antes de cumplir los 18 años la mujer puede concebir y, consiguientemente, estar en alguno de los supuestos en que es precisa la interrupción del embarazo, lo que debe encontrar la respuesta adecuada a través de las excepciones que a la representación de los hijos por los padres establece el artículo 162.1<sup>73</sup> del repetido Código».<sup>74</sup>

72. Ésta es la conclusión alcanzada, por una u otra vía interpretativa, por gran parte de la doctrina. Por todos, véase Casado, M. (coord.), *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2002, conclusión 5.ª; Parra Lucán, «Dos apuntes en materia de responsabilidad médica», p. 3; *Ibid.*, «La capacidad del paciente...»; p. 40; Feijóo Sánchez, en Bajo Fernández (dir.), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial I*, Madrid: CEURA, 2003, p. 322 y ss. (aunque estima que ante la «multiplicidad de posiciones», el legislador debería clarificar); García Arán, en Córdoba-García Arán, *Comentarios t. I*, 2004, p. 73; Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, p. 302-303; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 84 (como uno de los dos criterios posibles en su opinión); Beltrán Aguirre, Juan Luis, «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 15, n.º extr. 1, 2007, p. 21; Gómez Rivero, M.ª del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, 2.ª ed., p. 63; Alonso de Escamilla, Avelina, en Lamarca Pérez (dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, 4.ª ed., Madrid: Colex, 2008. La posición contraria es hoy minoritaria (véase recientemente Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid: La Ley, 2007, p. 500).

73. La doctrina reconoce pacíficamente que el art. 162 puede aplicarse también a los *incapacitados* (por todos, véase Santos Morón, M.ª José, *Incapacitados y derechos de la personalidad*, p. 33 y ss.; Méjica, Juan; Díez, José Ramón. *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Madrid: Thompson-Civitas, 2006, p. 82).

74. En el Reino Unido, el único requisito para que la menor pueda abortar es que tenga capacidad natural (que sea sea *Gillick-competent*; en mayo de 2004 hubo un cierto escándalo porque una chica de 14 años abortó sin conocimiento de su madre; la madre planteó una queja, pues tras hablar con su hija ésta afirmó que habría deseado no haber abortado. El Departamento de Salud desde entonces *recomienda* que los menores discutan la cuestión con sus padres, pero no es un requisito obligatorio: Herring, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, p. 239-240). En Alemania se considera que por encima de los 16 años una mujer es capaz de consentir en la interrupción del embarazo, mientras que, por lo general, por debajo no suele admitirse

Por ello, debe deducirse que *bajo el derecho vigente, la interrupción del embarazo de una menor se rige por las disposiciones generales del consentimiento a las intervenciones médicas o quirúrgicas sobre menores, sin que esté prevista particularidad alguna al respecto.*

Es cierto que ello se compadece poco con la voluntad de *excepción* que late en el art. 9.4 LAP; pero eso sólo supone que nos encontramos ante una *confusa* que no deja clara cuál es la regla que debe aplicarse:

- La redacción revela que el legislador pretendía establecer en el art. 9.4 LAP una *excepción* al régimen del art. 9.3.c) LAP.
- Pero a tal efecto se remite a una normativa («lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad») cuyo contenido *coincide en lo esencial con el de la regla general del art. 9.3.c) LAP* e impide la representación allá donde la menor tenga capacidad (natural) de consentir.
- La regla que permite resolver la (aparente) antinomia es el art. 2 LPJM, que obliga a adoptar la regla que *reconozca más capacidad de decisión a la menor*.

Esta interpretación *no es una interpretatio abrogans*.<sup>75</sup> Simplemente interpreta que la remisión, *en la actualidad*, coincide en lo esencial con la regla del art. 9.3.c) LAP. Sin embargo, sería perfectamente posible que «lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad» cambie en el futuro y las soluciones de los arts. 9.3.c) y 9.4 LAP pasen a tener contenidos distintos. Así interpretada, la regla del art. 9.4. sólo busca que, pase lo que pase con el régimen general de sustitución de voluntad en el art. 9.3 LAP, la solución aplicable al caso de las menores que pretendan consentir prácticas abortivas sea conforme con «*lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad*».

(Laufs, Uhlenbruck, *et al.*, *Handbuch des Artzrechts* 3.ª ed., Múnich: C.H. Beck, 2002, § 143, n. m. 29, § 159, n. m. 9, § 161, n. m. 2; Schönke-Schröder-Eser, § 218ª, n. m. 61).

75. Como sin embargo afirma Romeo Malanda, «Minoría de edad y aborto: algunas cuestiones sobre consentimiento y confidencialidad», en *Humanitas* n.º 28, junio 2008, p. 8-10. Sobre la postura de este autor, véase *infra*, en el texto.

Para algún autor que ha tratado el tema en profundidad,<sup>76</sup> no obstante, la conclusión aquí apuntada no es posible, ya que el art. 9.4 se remite a las normas reguladoras de la *mayoría* de edad, y no a las de la *minoría* de edad o a las de la *capacidad* en general.

En principio, la objeción no parece esencial. Es más: es el propio autor quien afirma que entender que la remisión se hace a las reglas de la *mayoría de edad* conduce a resultados absurdos;<sup>77</sup> y *ex contradictione*, el autor considera que debe buscarse *qué quiso hacer el legislador*, que en su opinión fue *impedir que las menores de edad pudiesen consentir por sí mismas*, excluyéndolas del régimen del art. 9.3.c) y sometiénolas a la voluntad de los padres, ya sea su voluntad de *que aborte* o de *que continúe el embarazo*<sup>78</sup>.

Lo primero que llama la atención de esta argumentación es que, reconociendo que el art. 9.4 no contiene una regla sino una *remisión*, al no encontrar *cuál es la norma a la que se remite, en vez de adoptar la que más se podría parecer a ella* (la regulación de la *capacidad* en vez de la de la mayoría de edad), *opta por crear una nueva regla* que no está escrita en ningún sitio, que le permite concluir que *la intervención abortiva de una menor la deben autorizar sus padres*.

En mi opinión, debe disentirse de la solución propuesta por este experto: en el ámbito de los derechos del menor no podemos aplicar una hipotética regla *ex contradictione, quod (Legislator) libet* (o «*libere videtur*», pues lo que desee el legislador no es más que una suposición). Y no podemos porque *existe otra regla de resolución de conflictos interpretativos específica y clara en la materia*: el art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor, en cuya virtud si nos encontramos ante posibles varias soluciones, el art. 2 LPJM nos obligará a aplicar la que reconozca más capacidad de decisión al menor.

76. Romeo Malanda, Sergio, «Minoría de edad y aborto: algunas cuestiones sobre consentimiento y confidencialidad», en *Humanitas* n.º 28, junio 2008, p. 8-10.

77. *Ibid.*, p. 9.

78. *Ibid.*, p. 11; matiza alguna de las consecuencias de su conclusión en la p. 13; un desarrollo más breve hace *Ibid.* en «Un nuevo marco jurídico-sanitario...», p. 1533.

## b.2. Imposible en el plano material

Pero es que, además, *cualquier otra interpretación conduce a resultados aberrantes, incompatibles con los derechos fundamentales de la menor*.<sup>79</sup>

La opción por la interrupción o la continuación del embarazo es uno de los casos más claros de «*acto relativo a los derechos de la personalidad*» del art. 162.1, incluso quizá el supuesto más evidente; y salvo excepciones absolutamente remotísimas, casi siempre afecta a una menor más o menos *madura*, pues los embarazos por debajo de los 13 años son muy escasos. El carácter personalísimo queda claro si imaginamos un supuesto en el que la decisión de interrumpir o continuar el embarazo se adoptase con el consentimiento del representante y *contra* la voluntad de la gestante:

- a) La opción de *forzar a la menor madura a abortar contra su voluntad supone un acto de violencia inimaginable* en un Estado de Derecho.<sup>80</sup>
- b) La opción de *obligar a la menor a continuar su embarazo contra su voluntad hasta el parto no es un acto de menor violencia*.<sup>81</sup> Supone obligar a una menor de edad a someter su cuerpo durante meses a una brutal serie de transformaciones físicas y químicas sumamente molestas y dolorosas, y a una serie de restricciones a su libertad apenas

79. En este sentido, cabe maliciarse por qué el art. 9.4 contiene una regulación tan confusa: porque *de haber dicho con claridad que el consentimiento para el aborto de una menor corresponde al adulto, resultaría excesivamente crudo*.

80. En realidad, las posiciones políticas que intentan mantener las llaves del consentimiento en manos paternas suelen ser posiciones antiabortistas, por lo que en realidad lo que pretenden es ejercer un *derecho de veto*, aparentemente mucho menos cruento que el *forzar* a un aborto. Dicho derecho de veto (que sería, para los defensores de posiciones *pro-vida*, un obstáculo más para acudir a la interrupción del embarazo) opera *aparentemente* de modo menos violento para la menor: sólo supone que en ningún hospital podrán tratarla legalmente sin el consentimiento de los padres. Sin embargo, como se indica en el texto, la opción de forzar a una menor a continuar su embarazo contra su voluntad no es necesariamente menos violenta que la de forzarle a continuar un embarazo.

81. «[E]l Estado no debe obligar a las mujeres a tener hijos no deseados y menos recurriendo al Derecho penal» (Casado, M.; Corcoy, M.; Ros, R., y Royes, A. (coords.) *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2008, p. 27).

imaginables para otra persona; y finalmente obligarle a concluir la gestación mediante el dolorosísimo proceso del parto o mediante una intervención quirúrgica<sup>82</sup>.

En realidad, para la comprensión común, el papel de los padres o tutores en este punto es puramente *tuitivo o tutelar*, y consiste en asesorar, acompañar y proteger a la menor durante el duro proceso de decisión y de realización de esa decisión. Pero a nadie se le ocurre que los padres puedan adoptar decisiones en uno u otro sentido contra la voluntad de la gestante cuando ésta es una menor madura.

Sobre este extremo, la famosísima sentencia de la Corte Suprema norteamericana *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth* [428 US 52, 75 (1976)] marcó un hito que no pocos ordenamientos seguirían a continuación. Esta sentencia consideraba que «*el Estado no puede imponer (...) el requisito del consentimiento paterno (...) como condición para el aborto de una menor no casada durante las primeras 12 semanas de su embarazo. Al igual que con el requisito del consentimiento del esposo, tampoco aquí cuenta el Estado con la autoridad constitucional para otorgar a un tercero un derecho de veto absoluto, y posiblemente arbitrario, frente a la decisión del médico y su paciente de interrumpir el embarazo*»<sup>83</sup>.

Por último, no debe pasarse por alto que, con la regulación vigente en España, cuando hablamos de la interrupción de un embarazo, nos referimos a un embarazo *especialmente dramático*.

«**Artículo 417 bis. CP TR 1973 I.** No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario,

82. «Sólo el prejuicio antiabortista permite arribar a conclusiones tan sorprendentes como la de imponer la maternidad a una mujer independientemente de su competencia o de su voluntad contraria expresa, informada y madura. Pero, igualmente, sólo un perjuicio perfeccionista puede abonar la imposición del aborto sobre una menor madura» (De Lora, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar* 40/41, 2008, p. 140).

83. En la misma línea, véase la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *Bellotti vs. Baird* [443 U.S. 622 (1979)].

*público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

1. *Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.*

*En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.*

2. *Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.*
3. *Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél o bajo cuya dirección se practique el aborto.»*

Las indicaciones llamadas *terapéutica, victimológica y embriopática* son supuestos de *grave conflicto* entre los intereses de la madre y los intereses del Estado en la protección del bien jurídico *vida prenatal*. En estas situaciones, permítaseme la obviedad, no se trata de optar entre la protección de la vida prenatal y un embarazo indeseado de una menor (lo cual ya es de por sí un conflicto muy grave), sino entre los intereses de la vida prenatal y un embarazo indeseado *que pone en peligro la vida o la salud de la madre, o que es fruto de una violación, o que implica la gestación de un embrión o feto inviable o muy gravemente enfermo*. Supone para la menor una carga *aún mayor* que un embarazo normal; y no tiene sentido que pueda ser *otra persona* quien pueda decidir si ha de soportarla contra su voluntad o no.

### c) En concreto: consentimiento para una intervención abortiva a una menor en peligro de muerte

La solución tiene ciertas particularidades en el caso de la indicación terapéutica, pues ahí no sólo se trata de una decisión *sobre el aborto*, sino que puede ser una decisión *sobre la propia vida*.

En estos casos, evidentemente, no sería posible imponer a la menor contra su voluntad una decisión de continuar el embarazo y vetar el aborto: no sólo por las razones generales ya expuestas, sino porque además supondría exponerla a un riesgo mortal. Esta exposición no sería *en interés de la salud, el bienestar o la vida de la paciente* («*best interest*»), por lo que el representante no podría adoptarla.

Sin embargo, *si la decisión de la menor de 16 años es la de continuar el embarazo y arrostrar un relevante riesgo de muerte, dicha decisión debe ser considerada inválida; y los padres o tutores deberán prestar consentimiento a la intervención abortiva.*<sup>84</sup> Y ello, por los mismos motivos expuestos *supra* al negar a los menores maduros el derecho al rechazo al tratamiento *cuando no es en beneficio de su propia salud o bienestar*. El Estado, a través de los padres, debe proteger al menor *incluso de sus propias decisiones* hasta que éste alcance la plena autonomía.<sup>85</sup> Como se puede comprobar, se trata exactamente del mismo régimen que rige respecto del resto de los rechazos al tratamiento vital por parte de menores.

84. Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario*, p. 304; con la regulación anterior, véase Arroyo Zapatero, «Los menores...», p. 16.

85. En el caso de que la decisión adoptada por padres y menor sea la de arrostrar un riesgo relevante de muerte, dicha decisión será inválida y el médico deberá dirigirse a la autoridad judicial.

### d) La confusión entre consentimiento e información en el debate público del Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Recientemente el Gobierno ha presentado un *Anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* en el que, entre otros notables cambios, se propone *eliminar del art. 9.4 la mención a la interrupción voluntaria del embarazo*, con lo cual no habría mención legal alguna que pudiese servir de apoyo para una interpretación que pretendiese excluir el aborto del régimen general.

Ello ha supuesto un importante revuelo político. Por supuesto, cualquier modificación en el régimen del aborto legal trae siempre consigo una gran agitación del panorama político, pero en este caso se ha centrado mucho en si era la menor o sus padres quien podía consentir a estos efectos.

Sin embargo, y como hemos visto, sólo sectores minoritarios apoyarían que los padres pudiesen ya *obligar a una menor a abortar, ya obligarle a continuar su gestación tras una violación, en caso de riesgo para su vida o salud o en caso de grave embriopatía*.

El debate ha sido notablemente confuso, porque pese a referirse formalmente al *consentimiento* de la menor o de sus padres, en realidad versaba sobre si la menor podía someterse a estas intervenciones *sin conocimiento* de sus padres.

La cuestión es radicalmente distinta. Los padres y tutores, en tanto que responsables de la protección y la educación de la menor, sí pueden aspirar a *que no se les oculten extremos sumamente relevantes de la salud de la menor*, como puede ser la necesidad de acudir a un aborto (máxime, cuando puede deberse a una *violación* o a un *riesgo para la vida o la salud de la madre*).

Ahora bien: sin duda, la cuestión es sumamente espinosa:

- Por una parte, tal pretensión vendría abonada porque una menor puede verse *coaccionada* a abortar (o a *no* abortar) por su pareja, por su entorno, etc. y en una decisión de esta envergadura requiere la protección que el Estado le otorga a través de sus padres o instituciones sustitutivas como la tutela, el acogimiento, etc.

- Sin embargo, por otra parte se aduce con frecuencia que en el caso de que el aborto legal se sometiese a la condición de *comunicación a los padres*, no pocas menores, pretendiendo ocultar el embarazo a éstos, podrían acudir al siempre temido submundo de los *abortos clandestinos*, sin garantías de ningún tipo. Y ello, no sólo en *casos dramáticos* en los que fuese alguien de la familia quien hubiese agredido sexualmente a la menor, sino por el mero miedo a la reacción paterna ante el embarazo.<sup>86</sup> Es más: desde un plano de principios, el Tribunal Supremo norteamericano consideró que la exigencia de consentimiento paterno para el aborto era inaceptable, porque restringía los derechos constitucionales de las menores al imponerles una carga ilegítima sobre el derecho a solicitar un aborto.<sup>87</sup>

Este conflicto ya ha sido objeto de tratamiento en distintos ordenamientos de nuestro entorno, que han optado ya por soluciones *puras* (en un extremo, la ausencia de deber médico de comunicación a los padres, como en las Leyes sueca y británica del Aborto, la Ley finlandesa n.º 239 de 24 de marzo de 1970 o el Código Penal Suizo; por otro, obligación médica de comunicación, como en los Códigos Penales de Portugal y Luxemburgo), ya por soluciones *intermedias*. Estas soluciones intermedias establecen un deber médico de comunicación a los padres, soslayable si la menor acude a *alguna otra institución que la tutele y la proteja durante este proceso*.<sup>88</sup>

Así, el Código Francés de Salud Pública permite que la menor indique al consejero su intención de guardar secreto ante los padres, pero se le señala

86. Este argumento cobra una relevancia adicional con el modelo de *ley de plazos* propuesto en el Anteproyecto, ya que en estos supuestos la menor no sólo ha de decidir, como en el sistema de indicaciones, si en el concreto supuesto legal (terapéutico, victimológico, embriopático) quiere o no abortar, sino que su margen de decisión es mucho más amplio: puede decidir con la mayor libertad si quiere o no abortar.

87. Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid: Civitas, 2001, p. 88, citando los casos *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth* [428 US 52, 75 (1976)] y *Bellotti vs. Baird* [443 U.S. 622 (1979)].

88. Ordenamientos como el danés (Ley n.º 350, de 13 de junio de 1973, ref. el 14 de junio de 1995) o el italiano (Ley n.º 194 de 22 de mayo de 1978) establecen que el consentimiento corresponde a los padres, pero la menor puede solicitar al comité regulador (Dinamarca) o al juez tutelar de menores (Italia) la dispensa de ese consentimiento paterno.

que en tal caso le acompañe un adulto que vele por ella. La Sentencia de la Corte Suprema norteamericana del caso *Hodgson v. Minnesota* (497 U.S. 417, 1990) estableció que la Ley del estado de Minnesota que sometía el derecho al aborto de la menor a la notificación de ambos padres sólo era constitucional en la medida en que permitía un *judicial bypass*, es decir, permitía evitar acudir a los padres y que fuese *un tribunal* quien ocupase su lugar.<sup>89</sup>

Probablemente el modelo idóneo sea uno que garantice la protección suficiente a la menor cuando sea necesaria (por lo general, la proporcionada por los padres o tutores) con la posibilidad de eludir la comunicación paterna —al menos, la comunicación *previa*— en los casos en que tal obligación pudiese tener un efecto coactivo sobre la menor. Por lo general, esa sustitución sólo puede hallarse en el propio sistema sanitario o en los *servicios sociales* (en ambos casos competencia de las CCAA), o en el sistema judicial, donde el fiscal actuaría como protector de los intereses del menor.

Esta tutela es tanto más necesaria cuanto más avanzada esté la gestación y más traumáticas puedan parecer la decisión y la intervención: no parece en absoluto necesaria cuando no se trata de interrumpir un embarazo sino de impedir la anidación (*«píldora del día siguiente»*),<sup>90</sup> y por lo general no lo será especialmente en interrupciones muy tempranas del embarazo, realizadas por medios farmacológicos (hasta las siete semanas de amenorrea).

89. Véase Williams, Susan Hoffman. «Comment: Autonomy and the Public-Private. Distinction in Bioethics and Law. Susan H. Williams», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12, 2, verano 2005, p. 487-488.

90. Casado, M. (coord.), *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2002, conclusiones 1.ª y 3.ª (también, más genérico, Casado, M.; Corcoy, M.; Ros, R., y Royes, A. (coords.) *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2008, p. 30); De Lorenzo y Montero, Ricardo. *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid: Colex, 2003, p. 69. Sin embargo, el Justicia de Aragón en su *Informe y sugerencia sobre el consentimiento informado y la prescripción a menores de la llamada píldora del día después* (2006) ha sugerido que los padres deberían estar informados para evitar los consumos abusivos y peligrosos. Llama la atención que ese abuso se tema únicamente de *estos* medicamentos (y no de *cualesquiera otros*, en relación con los cuales no rige un deber de comunicación). En cualquier caso, el control y la ayuda a tal efecto debería tener lugar, como en cualquier otro medicamento, en el nivel *médico* de la receta.

## 6. Bibliografía citada

- Aláez Corral, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Alonso de Escamilla, Avelina, en Lamarca Pérez (dir.), *Derecho Penal. Parte especial*, 4ª ed., Madrid: Colex, 2008.
- American Medical Association: Council On Ethical And Judicial Affairs, *Surrogate Decision Making* (2001).
- Arroyo Zapatero, Luis, «Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización», en *EPCr* n.º 11, 1986-87, p. 9 y ss.
- Barnett, Hilaire, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Londres: Cavendish, 1998.
- Barrio Cantalejo, Inés M.ª, y Simón Lorda, Pablo, «Criterios éticos para las decisiones sanitarias al final de la vida del paciente», en *Revista Española de Salud Pública* n.º 4-2006, p. 303 y ss.
- Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principios de ética biomédica*, Barcelona: Masson, 1999.
- Beltrán Aguirre, Juan Luis, «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica», en *DS: Derecho y salud*, vol. 15, n.º extr. 1, 2007, p. 9 y ss.
- Berrocal Lanzarot, Ana I., «La autonomía del individuo en el ámbito sanitario. El deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Revista Foro nueva época*, n.º 0, 2004, p. 227 y ss.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel; Abellán Salort, José Carlos, *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Madrid: Dykinson, 2009.
- Beschlüsse des 63. deutschen Juristentages Leipzig, 2000.*
- Buchanan, Allen E. y Brock, Dan W., *Deciding for Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990 (reimp. 1998).
- Bueno Arús, Francisco, «El consentimiento del paciente», en Martínez-Calcerrada, L. (dir), *Derecho Médico, Vol. primero, Derecho Médico General y Especial*, Madrid: Tecnos, 1986, p. 273 y ss.
- Campoy Cervera, Ignacio, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Cañizo Fernández-Roldán, Agustín, y Cañizo López, Agustín, «El consentimiento informado en asistencia pediátrica», en AA.VV., *Bioética. Perspectivas emergentes y nuevos problemas*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Caplan, Arthur. «Denying autonomy in order to create it: the paradox of forcing treatment on addicts». En *Addiction*, n.º 103 (12), 2008, p. 1919 y ss.
- Casado, M. (coord.), *Documento sobre salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2002.
- Casado, M., y Royes, A. (coords.), *Documento sobre la disposición de la propia vida en determinados supuestos: declaración sobre la eutanasia*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2003.
- Casado, M.; Corcoy, M.; Ros, R.; Royes, A. (coords.), *Documento sobre la interrupción voluntaria del embarazo*, Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, 2008.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu, «Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales. En particular: eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, p. 261 y ss.
- De Lora, Pablo, «Autonomía personal, intervención médica y sujetos incapaces», en *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 40/41, 2008, p. 123 y ss.
- De Lorenzo y Montero, Ricardo, «El consentimiento informado y la información clínica en el Derecho español. Incidencia del Convenio Europeo de Bioética»; en AA.VV., *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario, Tomo I. Doctrina. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Colex, 2001, p. 195 y ss.

- De Lorenzo y Montero, Ricardo, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid: Colex, 2003.
- De Lorenzo y Montero, Ricardo, y Sánchez Caro, Javier, «El consentimiento informado», en De Lorenzo Montero (coord.), *Responsabilidad legal del profesional sanitario*, Madrid, 2000.
- Díez Ripollés, y Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Díez Ripollés, José Luis, «Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 11 (11-r1) (mayo 2009).
- Dolz Lago, Manuel Jesús, «Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?», en *AP* n.º 29, 1996, p. 539 y ss.
- Domínguez Luelmo, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid: Lex Nova, 2003.
- Doukas, David J., y McCullough, Laurence B. «The values history: the evaluation of the patient's values and advance directives», en *Journal of Family Practice*, 32 (2), febrero de 1991, p. 145 y ss.
- Dworkin, Gerald. «Law and Medical Experimentation» (1987), *Monash University Law Rev.*, p. 189-200.
- Dworkin, Ronald, *Life's dominion. An Argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Nueva York: Knopf, 1993.
- Eser, Albin, Comentarios a los §§ 218 y 223, en *Schönke-Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar*, 26ª ed., Múnich: C.H. Beck, 2006.
- Feijóo Sánchez, Bernardo, en AA.VV., *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen I, Madrid: CEURA, 2003.
- Furrow, Barry R.; Greaney, Thomas L.; Johnson, Sandra H.; Jost, Timothy S., y Schwartz, Robert L., *Health Law*, 2ª ed., 2000.
- Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid: Civitas, 2001.
- García Arán, Mercedes, en Córdoba Roda; Juan, y García Arán, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, «El problema jurídico de la muerte y el dolor», en *El Mundo*, 19 de abril de 2005.
- Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1984 (reimp. 1988).
- Gómez Pavón, Pilar, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona: Bosch, 1997.
- Gómez Rivero, M.ª del Carmen, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- González Rus, J. J., en AA.VV., *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Guerrero Zaplana, José, *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia*. Madrid: Lex Nova, 2004.
- Herring, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el Derecho Penal*, Madrid: La Ley, 2007.
- Jorge Barreiro, Agustín, «La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico», en *CPC* 1982, n.º 16, p. 5-34.
- Jorge Barreiro, Agustín, *La imprudencia punible en al actividad médico-quirúrgica*, Madrid: Tecnos, 1990.
- Justicia de Aragón, *Informe y sugerencia sobre el consentimiento informado y la prescripción a menores de la llamada píldora del día después* (2006).

- Kennedy, Ian y Grubb, Andrew, *Medical Law*, 3.ª ed., Londres: Butterworths, 2000.
- Lamarca Pérez, Carmen, «Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida», en *La Ley Penal* n.º 60, 2009, p. 20 y ss.
- Laufs, Adolf; Uhlenbruck, Wilhelm; Genzel, Herbert; Kern, Bernd-Rüdiger; Krauskopf, Dieter; Schlund, Gerhard y Ulsenheimer, Klaus; *Handbuch des Strafrechts*, 3ª ed., Múnich: C. H. Beck, 2002.
- Laurenzo Copello, Patricia, en Díez Ripollés (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- Lema Añón, Carlos, «Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo», en *Jueces para la Democracia* n.º 43, 2002, p. 34 y ss.
- López-Chapa, Sara, *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona: Bosch, 2007.
- Martínez-Pereda Rodríguez, J. M., «La minoría madura», en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid: AEDS, 1998.
- Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, tomo II, 7.ª ed., 52.ª entrega. Múnich: C. H. Beck.
- Méjica, Juan; Díez, José Ramón, *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*. Madrid: Thompson-Civitas, 2006.
- Mestre Delgado, Esteban, «El caso “Eluana Englaro” y el debate jurídico sobre el suicidio asistido», en *La Ley Penal* n.º 60, 2009, p. 5 y ss.
- Molina Blázquez, Concepción, y Sieira Mucientes, Sara, *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*. Barcelona: Bosch, 2000.
- Muñoz Conde, Francisco, «Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico», en *Panorama internacional sobre Justicia Penal. Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*, México: UNAM, 2007, p. 313 y ss.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 17.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Paeffgen, H.-U., en *Nomos Kommentar I*, 3.ª ed., 2009, Comentario previo a los §§ 32-35.
- Parra Lucán, M.ª Ángeles, «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil 1-2003*, p. 1901 y ss.
- Parra Lucán, M.ª de los Ángeles, «Dos apuntes en materia de responsabilidad médica», en *DS : Derecho y salud*, vol. 11, n.º. extra 1, 2003, p. 1-14.
- Peñaranda Ramos, Enrique, en AA.VV., *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), Volumen I*, Madrid: CEURA, 2003.
- President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions. A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship. Volume One: Report*. Washington: U.S. Gov. Printing Office, 1983.
- President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Deciding to Forego Life-Sustaining Treatment. Ethical, Medical, and Legal Issues in Treatment Decisions*. Washington DC: U.S. Gov. Printing Office, 1983.
- Puppe, Ingeborg, «La justificación de la intervención curativa», en *InDret* 1/2007 (enero 2007).
- Rawls, John. *A Theory of Justice. Revised edition*, 6.ª edición. Harvard Univ. Press, 2003.
- Rivero Hernández, Francisco, «Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios»; en AA.VV., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Madrid: CGPJ, 2000, p. 207 y ss.
- Rodríguez González, José Ignacio, «La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas», en *La Ley* 2005-2, p. 1419-1424.

- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>, *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona: Bosch, 1981.
- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>, «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto CP 1980», en *Cuadernos de Política Criminal* 1982, pp. 263 ss.
- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>, «El diagnóstico prenatal y sus implicaciones jurídico-penales», en *La Ley* 1987-3, p. 798 y ss.
- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>, «¿Límites de la posición de garante de los padres respecto al hijo menor? (La negativa de los padres, por motivos religiosos, a una transfusión de sangre vital para el hijo menor)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (UNED), n 2, p. 327 y ss.
- Romeo Casabona, Carlos M.<sup>a</sup>, «Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente», en *Las transformaciones del Derecho Penal en un mundo en cambio*, Arequipa (Perú): Adros, 2004, p. 3 y ss.
- Romeo Malanda, Sergio, «El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario», en *La Ley* 2000-7, p. 1453 y ss.
- Romeo Malanda, Sergio, «Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes», en *La Ley* 2003-1, p. 1522 y ss.
- Romeo Malanda, Sergio, «Minoría de edad y aborto: algunas cuestiones sobre consentimiento y confidencialidad», en *Humanitas* n.º 28, junio 2008, p. 1-23.
- Sánchez Rodríguez, Francisco y Punzón Moraleda, Jesús, «La responsabilidad médica y la problemática del consentimiento informado en la Jurisprudencia española —especial atención a su problemática en referencia a los testigos de Jehová», en *Rev. Jca. Castilla La Mancha* 45, dic. 2008, p. 89 y ss.
- Santos Morón, María José, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2000.
- Santos Morón, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002», de 18 de julio, en *La Ley* 2002-7, p. 1632 y ss.
- Santos Morón, María José, «La situación de los discapacitados psíquicos desde el Derecho Civil», en Campoy Cervera, Ignacio (ed.) *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson / Univ. Carlos III, 2004, p. 167 y ss.
- Shepherd, Lois, «Dignity and Autonomy after Washington v. Glucksberg: An Essay About Abortion, Death, and Crime», en *Cornell Journal of Law and Public Policy* n.º 7 (1998), p. 431 y ss.
- Silva Sánchez, Jesús-María, «Los “documentos de instrucciones previas” de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida», en *La Ley* 2003-4, p. 1663-1671.
- Williams, Susan Hoffman, «Comment: Autonomy and the Public-Private. Distinction in Bioethics and Law. Susan H. Williams», en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Volume 12, Issue 2, verano 2005, p. 483-494.
- Wheeler, Robert, «Gillick or Fraser? A plea for consistency over competence in children», en *BJM* 2006, 332, p. 807.