

La frontera de la legalidad en los tratamientos médicos del anciano enfermo

(The frontier of legality in medical care for elderly people who are ill)

Biurrun Mancisidor, Garbiñe

Eusko Ikaskuntza. Miramar Jauregia. Miraconcha, 48.
20007 Donostia/San Sebastián

BIBLID [1577-8533 (2004), 6; 141-155]

Recep.: 18.02.2003

Acep.: 22.07.2004

La vulnerabilidad de los ancianos, su situación en el centro de intereses contrapuestos y la afectación de derechos fundamentales –vida e integridad física, libertad, dignidad intimidad...– hacen que la asistencia sanitaria que reciben –peculiar por su frecuencia e intensidad, particularmente en el final de la vida– deba ser analizada desde los límites del Derecho y las consecuencias jurídicas de traspasarlos.

Palabras Clave: Ancianos. Salud. Derechos fundamentales. Respeto. Libertad. Dignidad. Intimidad.

Zaharren ahultasuna, horien egoera interes kontrajarrien erdian eta oinarrizko eskubideak jokoan izatea –bizi eta osotasun fisikoa, askatasuna, duintasuna, intimitatea...– direla eta, ematen zaaien osasun laguntza –berezia haren maiztasun eta intentsitateagatik, bereziki biziaren amaieran– aztertu egin beharra dago Zuzenbidearen mugetatik eta horiek gainditzearen ondorio juridikoetatik.

Giltza-Hitzak: Zaharrak. Osasuna. Oinarrizko eskubideak. Errespetua. Askatasuna. Duintasuna. Intimitatea.

La vulnérabilité des vieillards, leur situation dans un centre d'intérêts opposés et l'affectation de droits fondamentaux –vie et intégrité physique, liberté, dignité intimité...– font que l'assistance sanitaire qu'ils reçoivent –particulière par sa fréquence et son intensité, surtout en fin de vie– devra être analysée à partir des limites du Droit et des conséquences juridiques en cas de transgression.

Mots Clés: Vieillards. Santé. Droits fondamentaux. Respect. Liberté. Dignité. Intimité.

1. INTRODUCCIÓN. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Partiendo de que en la base de la preocupación que motiva estas jornadas se halla el bienestar de los ancianos, y muy particularmente su salud –lo que aporta, sin duda, especificidades a la respuesta legal a los problemas que plantean los tratamientos sanitarios, pero no resta derechos–, hemos de recordar la importancia del derecho a la protección de la salud en las sociedades modernas, con la consiguiente prolongación de la vida humana más allá de lo imaginado apenas dos generaciones atrás, el desarrollo imparable de medios terapéuticos impensables hace unos años y el continuo afán investigador y experimentador de los profesionales de la sanidad y de otras ciencias vinculadas a ésta. Esta realidad es la que hoy acentúa el natural interés del ser humano en preguntarse por los límites de su actividad curativa. Si a ello unimos la reciente consagración constitucional de derechos humanos sin apenas valor hasta hace bien poco, es fácil comprender que nos hallamos ante cuestiones sobre las que la humanidad reflexiona ahora, no por vez primera, pero sí de una manera al menos novedosa.

Esta novedad en el Derecho español la marca, desde luego, la Constitución de 1978, cuyo artículo 43.1 reconoce con carácter general *“el derecho a la protección de la salud”*, derecho que, si bien no se configura como derecho fundamental, se inscribe dentro de *“los principios rectores de la política social y económica”* y va a venir muy influido por otros derechos fundamentales.

Lo primero que hay que destacar de la formulación del artículo 43 es que lo que se reconoce no es el derecho a la salud en sí misma, sino a la protección de la salud, lo que obliga a los poderes públicos a poner los medios necesarios para conseguir recuperar o mantener la salud, aunque los resultados sean dudosos o difíciles de lograr. Este derecho a que la salud de todos los ciudadanos sea protegida es el marco del que parte la previsión del mismo artículo 43 de que *“Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*, de manera que el derecho anteriormente consagrado pueda ser efectivo y exigible. La última consecuencia que la Constitución extrae de las dos anteriores previsiones es la de que *“La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

Naturalmente, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud va a verse intensificado, además, por la situación concreta de las personas de la tercera edad, lo que también prevé la Constitución, como no podía ser de otro modo. Así, su artículo 50 prevé para *“los ciudadanos durante la tercera edad”* que *“los poderes públicos... con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda y ocio”*. Conviene traer también ahora a colación, dada la situación de muchas de las personas ancianas, el artículo 49, que establece que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*.

Todos estos derechos se hallan íntimamente vinculados a otros derechos, también reconocidos en la Constitución, y además con el carácter de derechos fundamentales. Estos derechos van a condicionar la comprensión, regulación, desarrollo e interpretación del derecho a la protección de la salud, con las peculiaridades previstas para la tercera edad, aportando una apreciación global de la persona, que es lo que va a permitir su protección integral haciendo realidad la afirmación de que, *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de su personalidad...son fundamento del orden político y de la paz social”*, en palabras del art. 10 de la Constitución.

Así, el derecho a la vida y a la integridad física y moral –art. 15–; al honor, la intimidad personal y familiar –art.18.–; y derechos como el que garantiza la libertad ideológica y religiosa –art. 16– y el de igualdad ante la ley –art. 14– son los que van a darnos el enfoque necesario –único posible, por otra parte, en perspectiva constitucional– del tratamiento del derecho a la salud y van a fijar los límites de los tratamientos sanitarios.

En la defensa de la dignidad humana y el correspondiente intento de fijación de límites a la actividad investigadora y curativa contribuyen, junto al indicado bloque de derechos constitucionales, las reflexiones de la Bioética –tan importantes sobre problemas tan trascendentes como los derivados de los avances científicos y de su regulación legal en materia del genoma humano, reproducción asistida, de utilización de embriones y fetos humanos...– y su impregnación en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva, incorporando todas esas reflexiones y pensamientos, es desde la que ha de leerse e interpretarse la regulación legal actual de la actividad sanitaria.

2. LOS DERECHOS SANITARIOS

Como casi todos los derechos constitucionales, también el de la protección de la salud precisaba de desarrollo legislativo, a fin de garantizar el mismo. La necesidad de una Ley era, pues, evidente, además de venir anunciada en el propio art. 43.2 de la Constitución, tanto para establecer con claridad los concretos derechos de los ciudadanos como para reformar una estructura sanitaria que no parecía preparada para responder al reto constitucional de garantizar la efectividad de aquel derecho. El 25 de abril de 1986 se aprobó finalmente, después de un trabajoso camino, la Ley General de Sanidad (LGS, en adelante), siendo Ministro Ernest LLUCH, a quien desde aquí quiero recordar y agradecer haber vivido como lo hizo. Ley que, además de otras importantes novedades que no hacen ahora al caso, dedica su artículo 10 a los derechos en materia sanitaria, algo que no estaba previsto, y que se incluyó a instancias del Defensor del Pueblo. Intentos anteriores para establecer los derechos de los usuarios de la sanidad –Real Decreto 2.082/1978, de 25 de agosto, sobre Hospitales; “Carta de los derechos y deberes del paciente”, incluida en el Plan de Humanización en los Hospitales del Insalud de 1 de octubre de 1984 – no habían logrado su objetivo.

Al margen de la opinión sobre la oportunidad de establecer esta lista de derechos –hay quien opina que es un trabajo ocioso, por inacabable–, lo cierto es que catálogos similares existen a nivel europeo e internacional y que la legislación vigente, como ya se ha dicho, la recoge, por lo que a la misma ha de estar-se, ya que va a ser determinante de los límites legales de los tratamientos sanitarios.

Pues bien, este catálogo de derechos es el que va a marcar, básicamente, la frontera o el límite a la actuación sanitario-curativa, de manera que todas las actuaciones médicas que contravengan alguno de estos derechos habrán traspasado esa frontera. Sin embargo, esta respuesta, tan simple y tan resolutive en apariencia, no hace, como se verá, sino mantener vivos el debate y la reflexión que constituyen el título de esta intervención.

Dado que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148-1-21 de la Constitución, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de “sanidad e higiene” y que el Estatuto de autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco la ha asumido en su artículo 18, debemos también contar con la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, del Parlamento Vasco, en cuyo artículo 8 se señala que se considera a la persona como objetivo fundamental del sistema y que se garantiza su personalidad e intimidad y su acceso al sistema sanitario en condiciones de igualdad. Por su parte, su artículo 10 se remite en cuanto a los derechos, a los establecidos en la regulación legal y los garantiza. De ahí que debamos acudir al listado de derechos que nos proporciona la LGS.

CATÁLOGO DE DERECHOS

Una primera precisión es necesaria acerca del alcance de los derechos en cuestión, ya que el artículo 10 LGS los refiere a las administraciones públicas sanitarias, si bien más adelante, el mismo precepto aclara que algunos de estos derechos también serán ejercidos respecto a los servicios sanitarios privados. Obvio es que, por tanto, sólo los derechos ejercitables en todos los servicios sanitarios, con independencia de su naturaleza, se constituyen en el núcleo esencial de los derechos sanitarios y en el límite legal de las actuaciones curativas. Estos derechos van a marcar la pauta de cómo han de prestarse los servicios sanitarios. Comentaremos aquellos derechos con más incidencia y más particularidades respecto a las personas ancianas.

a) La Ley establece como primer derecho de “*todos*”, cómo no, el “*respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical*”. Es de notar que no se hace expresa alusión a la edad como causa de no discriminación, como tampoco se hace en el artículo 14 de la Constitución, que consagra el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Pese a todo, ninguna duda cabe acerca de que la pertenencia a un colectivo que socialmente puede entenderse desfavorecido –el de los ancianos– puede supo-

ner un factor de tratamiento discriminatorio. Altas forzadas, tratamientos médicos menos intensos en tiempo o medios... considerando que podría no ser “rentable” médicamente un determinado tratamiento para un anciano, y otras, son actuaciones absolutamente proscritas por el ordenamiento jurídico. Claro está que un tratamiento médico ordinario, esto es, igualitario, podría considerarse también un inhumano intento de prolongar innecesariamente la vida humana en algunos casos o que un tratamiento absolutamente aconsejado para una persona joven puede estimarse fútil para un anciano. La frontera, por ello, no puede establecerse de manera diáfana, porque el Derecho, como tampoco la medicina, no es –ni debe pretender serlo– una ciencia exacta. La frontera es la que hemos citado, la que marcan en cada caso las circunstancias de cada persona, sus necesidades y sus aspiraciones, siempre con el horizonte del respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.

b) El siguiente derecho sanitario esencial que la Ley reconoce es el de “*la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público*”. Llama la atención en primer lugar que sólo se refiera a las instituciones públicas y a las concertadas, aunque, evidentemente, el derecho de todo paciente al llamado “secreto médico” debe extenderse a todo tipo de institución sanitaria y a todo tipo de actuación médica. Así, tanto todo lo referente a la intervención sanitaria –el diagnóstico, las pautas terapéuticas a practicar o ya practicadas, el juicio pronóstico y la propia estancia hospitalaria– como todo lo conocido por el médico y el resto del personal sanitario en el ejercicio de su profesión acerca del paciente, estaría amparado por este derecho a la confidencialidad. Lo que tiene un interés evidente en el caso de las personas ancianas, las cuales conservan pleno derecho a su intimidad, incluso en relación con su familia más cercana, que, a su vez, puede tener un evidente interés –de todo tipo, legítimo o no– en conocer detalles de la situación del anciano. Pues bien, la frontera de la legalidad en este caso lo marca sin duda la voluntad de la persona anciana en plenitud de facultades mentales de ser la única conocedora de su estado, de su futuro, y ser la decisora acerca de sus necesidades sanitarias, voluntad de secreto que el médico ha de respetar sin fisura alguna.

c) Uno de los derechos sanitarios que cobra un especial sentido respecto de personas pertenecientes a grupos de población particularmente desprotegidos, incluso en cuanto a entorno personal, es el previsto en el punto 4 del art. 10 LGS –en igual sentido el art. 95.4 in fine– en el que se reconoce a todo paciente aquel de “*ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, en que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud*”, siendo “*imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente centro sanitario*”. Incluso quienes no nos dedicamos a ciencias empíricas –aunque el Derecho en cierto modo lo es–, somos conscientes de que no es posible el avance del conocimiento si no es a través de la observación, la comprobación y la experimentación. Es seguro que los avances médicos precisan de la experimentación en pacientes reales – al menos para mantener el rit-

mo de progreso al que nos hemos habituado-, y también es seguro que la participación consciente y voluntaria en determinados programas experimentales revela un alto grado de solidaridad y compromiso, además de un evidente instinto de supervivencia –pienso en las personas enfermas de SIDA, gracias a las cuales ha sido posible ir modificando los tratamientos farmacológicos, a la búsqueda de los más eficaces en cada momento, sin cuyo concurso ignoramos en qué nivel de avance terapéutico real nos hallaríamos ahora-. Pero también es cierto que la sola mención de los ensayos clínicos de medios de diagnóstico y medios terapéuticos –productos farmacéuticos particularmente– nos trae de inmediato la imagen de la persona desvalida, débil y socialmente desprotegida, además de enferma, objeto de los más siniestros experimentos, sin conocimiento alguno por su parte, ya que en la mente de todos están episodios terribles de la más reciente historia de Occidente, en la que similares abusos se han cometido en nombre de la ciencia médica –recuérdese, a este respecto, el conocido como Código o Decálogo de Nuremberg, que ya en 1947, tras el famoso proceso judicial en el que se juzgó, entre otros, a algunos médicos nazis, declaró la necesidad de previo consentimiento del paciente para cualquier experimentación clínica que, además, debía haber sido previamente experimentada en laboratorio y con animales; Código que fue más tarde completado por la Declaración de Helsinki de 1964, la Declaración de Tokio de 1975, y por la Directiva 75/318 de la CEE–.

La cuestión fundamental que se plantea en torno a esta materia es la del alcance del “consentimiento informado” del paciente, dado que difícilmente se le podrá explicar al detalle todo el experimento, habida cuenta de que probablemente se desconocen todos los efectos que pueden derivarse de él y que, en algunas ocasiones, es preciso el desconocimiento de algunos detalles por el paciente para evitar el simple efecto placebo. Todo lo cual, unido al gran problema de que este consentimiento provenga con frecuencia de los grupos de población más desprotegidos, podría ser solventado o, al menos, aliviado, a través del trabajo de los Comités Nacionales de Ética, los Comités Asistenciales y los Comités de Investigación.

d) El derecho “*a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento*” es un derecho previo e inexcusable a otorgar consentimiento antes de cualquier terapia y resulta muy frecuentemente vulnerado en la práctica médica, aunque se haya avanzado grandemente desde 1986, desde luego, tanto en relación al contenido propiamente dicho de la información como al modo de transmisión de la misma. Particularmente interesante es este derecho teniendo en cuenta el destinatario de la información, que debe ser el propio interesado o enfermo. Bien es verdad que en el caso de los incapaces habría de comunicarse a su representante legal, y en el caso de incapacitados de hecho también. Piénsese que muchos ancianos no se hallan legalmente declarados incapaces, y seguramente no lo son, pero tienen muchas dificultades para comprender su situación médica, por lo que, por regla general es la familia directa quien recibe esa información, y sólo en un grado mínimo le es proporcionada al propio anciano, lo que

podría constituir, en algunos casos, una clara vulneración de este derecho, salvo cuando la revelación del diagnóstico pueda ser perjudicial para el enfermo, –así lo prevé el Código de Deontología español–, y también esto es más que discutible, puesto que nadie puede disponer del derecho de toda persona a conocer su estado y sus expectativas de vida en cuanto a duración estimada y/o calidad de la misma y que dicho Código no puede contradecir la previsión legal. No se olvide, tampoco, que el enfermo ha podido prohibir que se comunique información a nadie, o que haya previsto que la comunicación se haga sólo a determinadas personas.

e) Consecuencia inmediata del anterior derecho es el que se recoge “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”. Tal derecho es clásico y básico en los tratamientos médicos, consecuencia del derecho a la integridad física y a que ésta no sea vulnerada sin su consentimiento, y supone que el paciente no ha otorgado una especie de consentimiento general una vez se ha sometido a los cuidados médicos, sino que ha de consentir expresamente, previa la adecuada información, cada intervención. Ahora bien, ello trae consigo la discusión acerca de lo que deba interpretarse por “intervención”, existiendo argumentos a favor de considerarlo limitado a las “intervenciones quirúrgicas” – lo contrario sería imposible en la realidad, dado que haría falta un extraordinario esfuerzo de todo tipo para que cada intervención médica fuera informada al detalle y expresamente consentida–, y a favor de considerar que en esos términos debe entenderse incluida toda “intervención médica”, al menos de cierta entidad e individualizable. Ello habrá de ser, pues, interpretado en cada caso controvertido que se someta al enjuiciamiento de los Tribunales, debiendo apreciarse el alcance real de la intervención médica y la necesidad de que la misma hubiera de haber sido o no consentida expresamente.

En este momento habríamos de plantearnos el problema de los tratamientos obligatorios ya que, al margen de aquellos que vienen impuestos por razones de salud pública –los tratamientos por tuberculosis son la manifestación más importante y extendida de ello–, existen otros –internamientos forzosos, terapias mediante coacción en determinados supuestos de falta de voluntad de la persona...–, que, por su relevancia con respecto al grupo de personas ancianas, conviene dedicarle un apartado independiente.

f) Tendiendo a humanizar cada vez más la asistencia sanitaria, se incluye el derecho de todo paciente “a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad”, de manera que el enfermo se sienta tratado no por todo el aparato sanitario, sino por un

concreto médico, lo que no sólo acerca el aspecto humano, en su caso, también permitirá identificar el sujeto responsable de determinado acto médico.

g) Junto al principio del consentimiento libre e informado para una intervención médica, se consagra el derecho “*a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos...*”. Este derecho plantea interesantes problemas: de un lado, la LGS prevé una muy radical consecuencia a esa negativa al tratamiento, cual es el de la finalización de la relación médico - paciente, a través del alta voluntaria, lo que puede dejar al enfermo en una situación de absoluta desprotección y sin alternativa alguna al tratamiento al que se ha negado; de otro, plantea el problema de los tratamientos obligatorios, en los mismos términos que más arriba hemos mencionado al referir las excepciones al libre consentimiento.

El caso más llamativo, que más jurisprudencia ha generado es el de los Testigos de Jehová, que se niegan concretamente a recibir transfusiones sanguíneas, planteando un especial problema en los supuestos de personas que no pueden prestar el consentimiento por sí mismas, como los menores e incapaces, supuesto en el que muchos ancianos pueden encontrarse, dado que la negativa a la transfusión debe respetarse en el caso de personas con plena capacidad de obrar. En estos casos esa falta de capacidad para prestar el consentimiento –y para rechazar un tratamiento, no lo olvidemos– debe ser suplida por los representantes legales del enfermo, surgiendo el problema cuando éstos se niegan a que a su representado se le pueda transfundir sangre en el curso del tratamiento médico en cuestión –intervenciones quirúrgicas, normalmente–, criterio que choca con el de los facultativos. Pues bien, en esta materia, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de hacer algún pronunciamiento, como en la Sentencia 166/1996, de 28 de octubre. Se trataba de un miembro de la confesión religiosa “Testigos Cristianos de Jehová” que entendía que la negativa al reintegro por parte de la Seguridad Social de los gastos médicos ocasionados por su tratamiento en una clínica privada, lesionan su derecho a la libertad religiosa y el principio de igualdad y no discriminación, ya que tuvo que acudir a la medicina privada por no serle garantizado por los facultativos de la Seguridad Social un tratamiento que, adecuado a sus creencias religiosas, excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le había de practicar. El TC entiende que la cuestión de si está justificada la negativa del Médico de la Seguridad Social a realizar la intervención quirúrgica del recurrente en las condiciones por éste exigidas, no vulnera su derecho a la libertad religiosa, al tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. Por otra parte, manifiesta que lo pretendido en la demanda no es asegurar un trato igualitario, sino lo contrario, modificar, en razón de sus creencias religiosas, el tratamiento médico ordinario, condicionando a la vez la actuación técnica de los facultativos. No puede apreciarse por tanto la denunciada vulneración del derecho a la igualdad en la ley.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en Sentencias de 27 de marzo de 1990 y de 27 de junio de 1997, ha considerado delictivo que los responsables de un enfermo se hubieran negado a una transfusión sanguínea y los ha condenado por diversos delitos (imprudencia en un caso y homicidio en el otro).

3. BREVE REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA SALUD MENTAL

La LGS dedica un capítulo entero, de un solo artículo –el 20– a la Salud Mental, siendo su tenor el siguiente:

“Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones Sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.

Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

4. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general”.

La primera llamada de atención ha de ser al especial cuidado del legislador de potenciar tratamientos no hospitalarios, evitando así los internamientos, y de referirse a dos grupos de personas especialmente vulnerables y a los que la psiquiatría había dedicado poca atención: los niños y los ancianos. Al margen del contenido de la atención psiquiátrica a los ancianos que, sin duda, ha avanzado notablemente, nos interesa la cuestión referida a los ingresos de ancianos enfermos psíquicos en establecimientos sanitarios, ingresos que, si son voluntarios, no plantean, desde luego, problema ninguno. La problemática surge cuando se trata de ingresos involuntarios. En estos supuestos se precisa de una autorización judicial previa al internamiento, salvo que hubiera razones de urgencia, en cuyo caso se dará cuenta al juez dentro del plazo de veinticuatro horas, y todo ello en referencia a *“internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí...”*, siguiéndose el siguiente procedimiento: *“el juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización...”*, debiendo hacerse un seguimiento de la necesidad de proseguir el internamiento cuando el juez lo crea conveniente, pero en todo caso, cada seis meses (artículo 211 del Código Civil).

Se observa, pues, una especial preocupación del legislado de que el juez tutele muy de cerca los internamientos forzosos, habida cuenta de que ello va en

contra de la libertad de la persona que consagra el artículo 17 de la Constitución.

Por ello, fuera de los supuestos de consentimiento libremente otorgado por el enfermo, sólo cabe el internamiento judicialmente autorizado. Un internamiento fuera de estos límites estaría comprendido en el artículo 163 del Código Penal, constituyendo un delito de detención ilegal. Lo que, desde luego, es aplicable no sólo a los enfermos mentales, sino a los internamientos de cualquier anciano que no haya prestado libremente su consentimiento pudiendo hacerlo.

4. OTRA ESPECIAL REFLEXIÓN: EL FINAL DE LA VIDA

En primer lugar, asumo la conveniencia de intentar suprimir el término eutanasia, que muchos estudiosos de la cuestión han propuesto, y sustituirlo por otro(s) distinto(s), debido a la excesiva carga histórica y emocional que conlleva, clarificando vocablos como los de “muerte”, “agonía”, “dolor”, “sufrimiento” ..., como ya se viene haciendo por algunos expertos, lo que permitiría comprender mejor los problemas e intentar acercarse a soluciones dignas.

En cualquier caso, aceptando la realidad actual, y manteniendo la terminología ante la dificultad de utilizar otra distinta y unívoca y mis particulares problemas para ello, hay que constatar que si hay alguna cuestión que preocupe especialmente y que nos venga a la mente inmediatamente en una casi natural asociación de ideas cuando reflexionamos sobre los tratamientos médicos a los ancianos, ésta es la de cómo tratar el final de la vida, y es en este punto cuando nos encontramos con toda la problemática ética y legal de la eutanasia. Si a ello añadimos el debate social y jurídico al que desde hace años asistimos –y en el que, de alguna manera, participamos–, y algunos acontecimientos extraordinariamente llamativos y emocionantes, lo cierto es que concluiremos que se trata de un tema ineludible y de necesario abordaje, dada su real trascendencia para la vida –y para la muerte– de las personas.

Para comprender la regulación legal actual de esta cuestión hay que partir de la opción del Código Penal de 1995, que no castiga el suicidio por razones de política criminal –si el suicidio se consuma, no hay a quien castigar; si fracasa, resultaría cruel castigar a quien intentó quitarse la vida– pero, de un lado, castiga inducción al suicidio y la cooperación al suicidio de una persona con actos necesarios y, de otro, crea un tipo de cooperación atenuado, con rebaja de la pena prevista para tal cooperación para *“el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”* (artículo 143).

Desde luego, no es la respuesta que muchos pedían ni es la que se viene dando en muchos países de nuestro entorno, pero es la vigente y ha de conocerse necesariamente.

El legislador ha apreciado que hay ocasiones en que la cooperación en el suicidio de otro puede constituir un acto humanitario para terminar con una grave situación de padecimiento inútil de una persona que ha decidido que no quiere seguir viviendo así y lo pide de manera expresa, seria e inequívoca, sin que en ningún caso esta petición pueda sustituirse por la opinión de quienes rodean al enfermo. Por eso muchos reclaman una regulación expresa del problema o la abolición del castigo de quien coopera al suicidio, cuando haya petición consciente, libre, seria y expresa, ya que la regulación actual coloca en situación manifiestamente distinta a los enfermos que están en condiciones físicas para suicidarse respecto de aquellos cuya situación física les impide ejecutar su propia muerte –recordemos el caso de Ramón Sampredo, como paradigmático de lo que se dice-. Ahora bien, ha de tenerse una extremada cautela en esta materia, puesto que tampoco es deseable que la voluntad de quien no quiere vivir haga impune toda cooperación con el suicidio –pensemos en una persona con un cáncer o un Alzheimer diagnosticado que desea quitarse la vida, aunque se halle en fases iniciales de la enfermedad, o en supuestos en los que el cooperador ha contribuido de manera determinante a formar la voluntad suicida de la persona.

En todo caso, hay que notar que se castiga la cooperación activa a la muerte de otro, esto es, sólo la *eutanasia activa directa*, pero no la *eutanasia activa indirecta*, consistente en utilizar medios terapéuticos y tratamientos analgésicos para mitigar dolores y calmar los sufrimientos del enfermo que pueden provocar o adelantar la muerte del paciente –también llamada analgesia o sedación de doble efecto–, lo que viene admitido por el Código Deontológico de la Organización Médico Colegial, ni la *eutanasia pasiva*, de manera que tampoco se castiga la omisión de medidas que sólo sirven para prolongar artificial e innecesariamente la vida o la interrupción o cese de un determinado tratamiento fútil, esto es, de un tratamiento que no produce real beneficio al paciente o lo produce muy pequeño o irrelevante.

La razón de ser de la falta de tipicidad de estas conductas de cooperación no activa al suicidio se halla en un mayor reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la consideración de que, en cierto modo, existe un deber de eliminar el sufrimiento de quien no tiene apenas posibilidades de seguir viviendo o de seguir viviendo dignamente. Ahora bien, el mantenimiento de estos tipos penales de cooperación al suicidio –tanto el básico como el atenuado– obedecen a la lógica preocupación social de que se utilice la eutanasia de forma deshumanizada o masiva con determinados enfermos –ancianos, incurables...–, sin solicitud libre, consciente, expresa y seria, que podría llevarnos a la práctica de la llamada eutanasia económica –eliminación de enfermos incurables, ancianos, deficientes mentales, para disminuir cargas económicas a la sociedad– o incluso a una mal entendida eutanasia solidaria, causando la muerte de personas que sufren, sin contar con su voluntad.

A clarificar el panorama podría contribuir el llamado “*testamento vital*” que permite a la persona adelantar su voluntad para un supuesto futuro de grave enfermedad incurable o limitante que no le permita decidir en un momento deter-

minado por falta de consciencia o lucidez. Sería preciso, en todo caso, una regulación más amplia, al margen del Código Penal, que permitiera incorporar valores sociales estables fuera de las emociones en situaciones límite, dado que estas connotaciones emocionales impiden, en muchos casos, una valoración objetiva de los hechos y una ponderada solución de los problemas con vocación de universalidad y permanencia. Es precisamente esta carga emocional lo que ha hecho que este delito haya sido excluido del enjuiciamiento por Jurado, exclusión que tampoco resuelve nada, sino que más bien incluso lo agrava, ya que sería más razonable que la lógica emoción perturbadora de la objetividad la aportara, en todo caso, una representación plural de la sociedad, y no un(os) juez(ces).

Un supuesto distinto del de la cooperación al suicidio –pero que tiene connotaciones parecidas y puede ayudarnos a entender la respuesta jurídica a algunos problemas – es el de la posición a adoptar por el profesional médico ante un supuesto de decisión del enfermo de negativa a recibir tratamiento médico o a dejarse morir. La cuestión ha sido tratada por el Tribunal Constitucional a propósito de huelgas de hambre de carácter político, admitiéndose la alimentación forzosa por vía parenteral de los huelguistas presos que han llegado a una situación de peligro de muerte, estableciéndose como claves de esta decisión las siguientes: que el huelguista está bajo la tutela del Estado, al estar en prisión; y que la alimentación forzosa no se puede imponer en cualquier momento, sino cuando surge el peligro inminente de muerte; así como que la alimentación forzosa lo ha de ser por vía parenteral, so pena de atentar gravemente a la dignidad de la persona. El razonamiento sustancial del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 120/90, de 27 de junio; 137/90, de 17 de julio y 11/91, de 17 de enero fue el que sigue: la asistencia médica obligatoria no vulnera el derecho fundamental a la vida, porque no existe el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege.

Pues bien, supuestos similares pueden darse en relación a personas que han perdido las ganas de vivir, y que no desean llevar a cabo ningún acto más tendente a conservar la vida, ni siquiera actos básicos de alimentación. En este caso, hay una diferencia fundamental: el enfermo que se niega a alimentarse no quiere seguir viviendo, y el huelguista de hambre quiere reivindicar algo, pero no quiere morir. La respuesta no podrá ser la dada a las huelgas de hambre, sino que habrá de asimilarse a todo lo expuesto respecto de la eutanasia y la cooperación al suicidio, sin dejar de recordar que el profesional médico a cuyo cuidado se halla el enfermo viene obligado a poner todos los medios para salvar su vida, con todos los matices hechos más arriba y con el respeto al básico derecho del enfermo de consentir un tratamiento y de negarse a recibirlo. Tampoco olvidemos que esta respuesta no va a servir para todos los casos de negativa a alimentarse: en los casos de anorexias nerviosas, entendiéndose que no existe una consciente opción de morir, y considerándose que se trata de una alteración mental que no permite una decisión libre, se acude incluso a internamientos forzados, autorizados debidamente por el juez.

El supuesto contrario, esto es, la prolongación de la vida innecesaria y artificialmente plantea también algunos problemas, dado que en ocasiones, cuando no exista expreso consentimiento, va a constituir un tratamiento médico forzoso u obligatorio no permitido por el ordenamiento jurídico. En este sentido debemos recordar que la actividad médica tiene que tender a lograr la continuidad de la vida, salvo voluntad contraria del paciente, en los términos vistos anteriormente. Ahora bien, incluso cuando no haya expresa voluntad del enfermo en contra del tratamiento que va a prolongar artificial y dolorosamente el proceso irreversible de muerte o gran incapacitación y sufrimiento, existen determinados límites a ese deber de tratamiento médico. Límites que no pueden venir marcados sólo por las posibilidades que la técnica ofrezca en cada momento para mantener la vida, sino que el tratamiento debe basarse en una finalidad curativa, no compatible con maneras degradantes que atentan a la dignidad del enfermo.

En todo caso, parece claro y necesario que ha de evitarse la bipolarización de las opciones. El final de la vida no debe necesariamente venir determinado por su acortamiento o su prolongación artificiales, es decir, no debemos caer en la dialéctica eutanasia –tratamiento forzoso alargador de la vida, sino que es preciso llegar a medidas de atención integral del anciano enfermo, mediante el impulso de unidades de cuidados paliativos que, de modo interdisciplinar, ayuden al anciano a vivir con dignidad y tranquilidad, y que ayuden también a quienes rodean al anciano.

Algunos datos elementales sobre la utilización de medios terapéuticos relevantes que van a tener incidencia en el final de la vida pueden ilustrar la realidad de hecho a la que el ordenamiento jurídico debe responder:

- los avances en los métodos analgésicos hacen poco frecuente en los servicios con experiencia la sedación con un objetivo puramente analgésico: así, se hace cada vez menos preciso controlar el dolor mediante fármacos que, a su vez, van a producir otros efectos (sedación con diversos fines). Una correcta analgesia debe ser un objetivo prioritario en el tratamiento de la enfermedad en cualquiera de sus fases.

- el uso de la sedación en servicios específicos está en torno a un 20%: se trata de administrar fármacos con fines distintos (control de síntomas neuropsicológicos –delirios, insomnio...–, tratamiento de situaciones extremas en las que existe gran angustia –agonía difícil, crisis de disnea intensa...–, sedación en diversos grados como efecto secundario de la analgesia). La sedación es una medida que tiene por finalidad combatir esos síntomas; en ella participa el enfermo y su familia; es una medida gradual. En este sentido, conviene no confundir la sedación con el llamado cocktail lítico que supone la administración de fármacos con el fin de abolir la consciencia y acortar la vida, en forma brusca y normalmente sin petición del enfermo, a petición de la familia o por decisión del equipo médico.

- en la práctica existe una tendencia cada vez mayor a no realizar tratamientos fútiles, entendiendo por tales aquellos que no van a producir beneficio

al paciente o éste va a ser muy pequeño, irrelevante o intrascendente para mejorar su calidad de vida. La no administración de antibióticos a un paciente terminal, la suspensión de una nutrición con medios extraordinarios... pueden ser ejemplos de intervenciones fútiles rechazadas.

Estas prácticas, que responden sin duda a criterios médicos impulsados por el criterio de proteger la salud de la persona y de tratar de mantener su vida sin sufrimiento inútil y sin prolongarla más allá de límites que la harían inhumana por indigna, y se han ido asentando al margen del Derecho. En efecto, es la ética médica unida a la praxis diaria y a los medios que proporcionan los avances científicos la que está permitiendo que determinados tratamientos sanitarios o determinadas formas de prestarlos sean una realidad, sin que la letra de las normas haya variado. Y ello, porque los límites o las fronteras en este terreno no son ni inmutables, ni lineales, ni estrechos, sino movedizos, anchos y cambiantes, sólo cercados por los derechos anteriormente mencionados.

El valor de la vida humana como un bien absoluto ha dejado paso a la consideración de que ese valor ha de venir ponderado y equilibrado por otros valores reconocidos como fundamento de la paz social –la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, esencialmente–. Ello permite que los límites a los tratamientos sanitarios se resitúen en función de dichos valores, a lo que la ética médica contribuye a diario.

Mantener esta idea de la integridad de la persona humana en el horizonte es lo que permite que los límites no sean traspasados.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA VULNERACIÓN DE ESTOS DERECHOS

Si algo está quedando claro en lo que se lleva dicho es que no se puede asegurar con exactitud dónde se halla la frontera de la legalidad para analizar una concreta actuación médica o un concreto tratamiento médico a un anciano enfermo. Ahora bien, se pueden dar determinadas pautas:

– ya hemos visto cómo resuelve el Código Penal la cuestión de la que podríamos llamar eutanasia activa directa, que se reputa cooperación necesaria al suicidio, y que se castiga con pena de prisión atenuada cuando media petición expresa, seria e inequívoca de quien sufre una enfermedad grave que va a conducirle a la muerte o que le produce padecimientos graves permanentes y difíciles de soportar.

– conductas como las anteriormente citadas de la sedación o analgesia de doble efecto, o la no práctica de intervenciones fútiles estarían fuera de la consideración del Código Penal, ya que no serían conductas activas de cooperación a la pérdida de la vida, sino que serían acciones con otra finalidad principal u omisiones justificadas por la falta de beneficio de la intervención médica.

– el incumplimiento de los derechos de los pacientes que anteriormente se han enumerado daría lugar a un abanico distinto de respuestas: podríamos hallarnos en sede de Código Penal ante un internamiento forzoso no autorizado judicialmente, incluso podríamos llegar a esta conclusión en supuestos de actos médicos relevantes no consentidos o consentidos sin previa información eficaz; ante unas sanciones meramente administrativas, como las recogidas en la LGS y en la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi; o ante responsabilidades civiles, previstas en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (supuestos de incumplimiento del deber de secreto...).

En cualquier caso, las respuestas que aquí damos son sólo genéricas, como lo son siempre las respuestas legales a priori. Es después, analizado el caso concreto, cuando hemos de determinar si una sedación tuvo por prioridad calmar una difícil situación del paciente, o si fue destinada desde el inicio a causar la muerte; si una intervención médica solicitada por el enfermo o su familia y negada por los médicos era o no fútil... Esta es la labor de la justicia, una vez que alguien demanda su intervención, y tampoco es fácil aventurar las respuestas, como es conocido por notoriedad.

Además, dado que el derecho es necesariamente una regulación de conductas humanas una vez éstas se han producido ya en la realidad –lo que supone que todo ordenamiento jurídico, por definición, va a ir a remolque de los hechos–, lo cierto es que no existe previsión específica para la mayoría de las conductas observadas, ni las nuevas que van a poder producirse. Ello hará que los Tribunales –que no pueden nunca dejar de resolver asunto alguno– hayan de recurrir a los derechos constitucionales antes mencionados (dignidad, integridad física, intimidad, libre desarrollo de la personalidad...) para analizar si un acto médico concreto los ha respetado o conculcado. En un buen número de casos ello nos marcará la frontera de la legalidad de un acto médico o de un tratamiento sanitario de un enfermo –también, desde luego, de un anciano enfermo–.