

# EL MUNDO

Martes, 19 de abril de 2005. Año XVII. Número: 5.607.

## OPINION

### TRIBUNA LIBRE

## El problema jurídico de la muerte y del dolor

ENRIQUE GIMBERNAT

En Derecho penal se distinguen tres modalidades de eutanasia. En primer lugar, la eutanasia indirecta, cuando se administran calmantes con la intención principal de aliviar los dolores del enfermo terminal, aunque conociendo que ello puede traer como consecuencia probable la anticipación de la muerte. Después, la eutanasia pasiva, cuando el médico resuelve no prolongar la situación del paciente y suspende la asistencia, bien omitiendo tratar la pulmonía que se le presenta al enfermo de cáncer desahuciado, bien retirando el respirador del politraumatizado al que le queda poco tiempo de vida; el reverso de la eutanasia pasiva lo constituye el llamado «encarnizamiento médico», es decir: el agotamiento de los numerosos recursos terapéuticos que ofrece la moderna medicina para prolongar la dolorosa existencia de quien no puede salvarse ya de las garras de la muerte (casos de Francisco Franco, el mariscal Tito o el emperador Hirohito). Y, finalmente, la eutanasia activa o directa, cuando existe el propósito, no de aliviar los dolores de otra persona, aceptando, secundariamente, el probable acortamiento de la vida, como en la eutanasia indirecta, sino de causar la muerte del enfermo incurable o del tetrapléjico que no puede valerse por sí mismo, administrándole para ello una sobredosis de morfina o disparándole un tiro en la sien.

En 1995, y por primera vez en la historia de la legislación penal española, el Código Penal (CP) ha abordado la regulación de la eutanasia en su art. 143.4, que dispone lo siguiente: «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, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

Ciertamente que el legislador penal español no ha adoptado con esa disposición la regulación de Holanda y de Bélgica, que permiten la eutanasia directa, sino que se ha limitado a considerarla un homicidio atenuado; pero del art. 143.4 CP se deriva, implícitamente y argumentando a contrario (en los supuestos eutanásicos dicho precepto sólo castiga la causación «activa» y «directa» de la muerte), que en nuestro Derecho han quedado despenalizadas, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, tanto la eutanasia indirecta como la pasiva.

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, es posible abordar ya qué calificación jurídica es aplicable en España a aquellos supuestos en los que, para aliviar el dolor de enfermos terminales, los médicos administran remedios paliativos en el caso de que, con ello, se produzca una anticipación del momento de la muerte, es decir: qué calificación jurídica es aplicable en España a la eutanasia indirecta, para lo cual hay que distinguir: los casos en los que ésta se practica con la anuencia del paciente, aquellos otros en los que se hace en contra de su voluntad y, finalmente, los supuestos en los que no es posible

recabar su consentimiento (pacientes con bajo nivel de conciencia) o en los que éste es jurídicamente ineficaz por tratarse de menores de edad o porque padecen alguna clase de demencia.

Si el paciente terminal pide que, para aliviar sus sufrimientos, se le apliquen sedantes, sabiendo que ello puede acortar su vida, y el médico se niega a administrarlos, entonces éste sería responsable criminalmente de unas lesiones por omisión. El facultativo que se ha hecho cargo del tratamiento de un paciente no sólo responde de un delito de acción si, por negligencia, mata positivamente al enfermo (por ejemplo, al transfundirle sangre de un grupo incompatible: homicidio imprudente) o le menoscaba su integridad física (por ejemplo, por un error extirpa, no el riñón enfermo, sino el sano: lesiones imprudentes), sino que, por ser garante de la vida y de la salud de quien se ha confiado en sus manos, también responde de un delito de omisión (impropia) en el caso de que se abstenga de aplicar las medidas terapéuticas adecuadas que habrían evitado la muerte (el médico no detecta la peritonitis del enfermo, creyendo que sólo padece aerofagia, falleciendo éste como consecuencia de una perforación intestinal: homicidio imprudente por omisión) o las lesiones padecidas (el facultativo no dispone que se mantenga en observación a un niño que ha sufrido una contusión craneal con conmoción cerebral, sufriendo el accidentado posteriormente, por el retraso de la intervención quirúrgica, graves secuelas físicas y psíquicas: lesiones imprudentes por omisión). El dolor constituye un menoscabo de la salud -que es el bien jurídico protegido por los delitos contra la integridad física-, por lo que si el médico-garante no le aplica cuidados paliativos y permite, en contra de la voluntad del enfermo de cáncer, que éste continúe con sus padecimientos, será responsable de unas lesiones por omisión que en este caso no serían imprudentes, sino intencionales. En estos supuestos el facultativo no puede acogerse, para evitar su responsabilidad criminal, al argumento de que, si no ha accedido a la voluntad del paciente, omitiendo los cuidados que podrían haber evitado sus sufrimientos, ello ha sido porque no quería provocar la probable anticipación de la muerte.

Y no puede acogerse: en primer lugar, porque la eutanasia indirecta, tal como se deduce del art. 143.4 CP, y de la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que dispone que tanto la atención primaria (art. 12.2.g) como la especializada (art. 13.2.f) comprenderán «la atención paliativa a los enfermos terminales», es ahora una conducta conforme a Derecho, por lo que es obvio que un comportamiento penalmente ilícito (lesiones por omisión) no puede estar justificado por la negativa del autor a ejecutar otro comportamiento que el ordenamiento jurídico aprueba: la aplicación de medidas paliativas, aunque ello suponga un probable acortamiento de la vida.

En cambio, si el enfermo terminal quiere afrontar los padecimientos que está sufriendo, porque tiene tendencias masoquistas o porque, siendo católico, como Cristo quiere recorrer su particular vía crucis en la Tierra con la esperanza de evitar su paso por el Purgatorio y entrar así directamente en el Paraíso, esta decisión debe ser acatada por el médico. Por una parte, porque, de acuerdo con el art. 2 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, «toda actuación en el ámbito de la Sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios», reconociéndose su «derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles»; y, por otra, porque así se garantiza el respeto a los derechos constitucionales del paciente al «libre desarrollo de su personalidad» (art. 10.1 CE) y a su «libertad ideológica y religiosa» (art. 16.1 CE). Pero si el médico, a pesar de la oposición del paciente, decide aplicar cuidados paliativos, no por ello incurrirá en responsabilidad penal por homicidio, porque la falta de consentimiento del paciente no puede convertir lo que es una eutanasia indirecta -impune- en una directa -la única que está tipificada como delito en el Código Penal-, sino que esa responsabilidad será una de carácter

administrativo-sancionador, civil, profesional o estatutaria, tal como establece la Disposición Adicional Sexta de la mencionada Ley 41/2002, en relación con el Capítulo VI del Título I de la Ley General de Sanidad.

Por último, y 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 conciencia, 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 interpretada 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.g y 132.f 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 representación 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, juridicoadministrativamente conforme a Derecho y que está admitida por instituciones tan divergentes como el Parlamento Europeo y la Iglesia católica.

Por lo demás, tampoco se alcanza a comprender cómo el Derecho podría permitir que la mujer despechada por el marido adúltero y maltratador, o los padres que odian al hijo que sólo les ha acarreado disgustos, pudieran vengarse de esos parientes a los que aborrecen, prohibiendo al médico vinculantemente la aplicación de cuidados paliativos y consiguiendo, así, que esos enfermos terminales prolongasen su agonía retorciéndose de dolor.

Los principios jurídicos establecidos en esta Tribuna Libre son los que deben ser aplicados a los recientes sucesos que se han producido en el Hospital Severo Ochoa de Leganés, sobre los que, naturalmente, no puedo pronunciarme, ya que desconozco el contenido de las historias clínicas. Pero no quiero concluirla sin llamar la atención sobre dos extremos a los que hasta ahora no se les ha

prestado la suficiente atención: que el médico que, en contra de la voluntad de un paciente terminal, se niega a paliar sus sufrimientos físicos, incurre en un delito de lesiones dolosas por omisión. Y que la escasez de unidades de atención paliativa a los enfermos terminales, tal como ha sido denunciada desde distintas instancias médicas -«Hay que pedir a los políticos que pongan a disposición de los médicos más medios. Ya sabemos que no hay que sedar en Urgencias, pero si el sistema está saturado, ¿qué hacemos? Hacemos lo que podemos», acaba de manifestar el Doctor Guillermo Sierra, presidente saliente de la Organización Médica Colegial-, constituye una gravísima infracción de la Ley 16/2003 por parte de la Administración que no puede seguir siendo tolerada.

**Enrique Gimbernat es catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense y miembro del Consejo Editorial de EL MUNDO.**

© Mundinteractivos, S.A.