

LA SEDACIÓN TERMINAL II

Ricardo de Lorenzo, De Lorenzo Abogados

En lo que respecta al marco ético de la sedación en la agonía, o sedación terminal, es preciso señalar que la aplicación de dicha medida implica el cumplimiento de una serie de principios éticos. Los primeros van orientados a que ésta se realice en el marco de los criterios *CRITERIOS BIOÉTICOS DE NO MALEFICENCIA Y DE PRACTICA CLÍNICA CO-RRECTA* y el último tiene que ver con los *CRITERIOS BIOÉTICOS DE AUTONOMIA Y BENEFICENCIA*.

En lo que respecta a los requerimientos técnicos exigibles para la aplicación de la sedación terminal, los mismos han sido puestos de manifiesto con reiteración por las Sociedades Científicas, pudiendo concretarse los mismos en la cumplimentación por parte del profesional sanitario de los siguientes extremos:

1) Precisión diagnóstica y análisis detallado del pronóstico.

Debe haberse realizado una valoración clínica exhaustiva para determinar si nos encontramos ante un paciente en situación de enfermedad avanzada, con un proceso clínico irreversible y en el que la muerte se prevé en un corto espacio de tiempo (horas o días).

La dificultad que entraña la valoración pronóstica en el paciente que precisa de sedación terminal obliga a:

- La exigencia de que el especialista responsable de la decisión posea una sólida formación en cuidados paliativos.
- La obtención sistemática de una segunda opinión por parte de otro facultativo.

- Registro detallado en la historia de indicación clara y contrastada.

2) Existencia de un síntoma refractario.

El profesional sanitario debe asegurarse que se trata de un síntoma refractario y no de un síntoma de difícil control. No debe existir ningún tratamiento alternativo que consiga aliviar el sufrimiento generado por el síntoma manteniendo la conciencia lúcida del paciente.

La valoración clínica detallada debe haber identificado todos los factores potencialmente reversibles del sufrimiento

3) El objetivo debe ser únicamente el alivio del sufrimiento del paciente frente a un síntoma y no acelerar la muerte.

En el paciente en situación de enfermedad avanzada en fase terminal es maleficiente permitir el sufrimiento por el miedo de que se pueda adelantar la muerte al buscar el alivio del mismo.

En la sedación terminal se busca mitigar el sufrimiento del enfermo asumiendo por el principio del doble efecto el efecto indeseado de la privación de conciencia hasta que ocurre la muerte. Dicha muerte será una consecuencia inexorable de la evolución de la enfermedad y/o sus complicaciones.

Acontecimientos recientes relacionados con la sedación terminal nos han enseñado que debe existir un registro sistemático documentado y explícito en la historia clínica de:

- Las intenciones de la sedación en el contexto clínico del paciente.
- El proceso seguido para la adopción de decisiones.
- El procedimiento propuesto y seguido.
- Deben monitorizarse estrechamente y registrarse adecuadamente los parámetros de medida de respuesta del paciente: ansiedad, agitación y nivel de conciencia.

4) Obtención del Consentimiento Informado

Para la sedación terminal debe existir consentimiento del paciente explícito, ya haya sido manifestado éste en la forma verbal, que se prevé como común en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, o por escrito, o bien en forma delegada (es decir, por representación en los casos previstos en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

El consentimiento informado debe entenderse como un proceso en el que el equipo asistencial ha de ser capaz de explicar de forma comprensible razonable y sensible al paciente (si es posible) y a la familia el cambio en la estrategia terapéutica. La información proporcionada debe conseguir transmitir a los mismos la comprensión de la relevancia y consecuencias de la sedación.

En la práctica clínica de la asistencia al final de la vida, la participación del paciente en la decisión puede estar muy dificultada por el elevado porcentaje de delirium en la agonía. El consentimiento de la familia debe obtenerse en estos casos y estar basado en los valores del paciente.

Debe destacarse que resulta obligado en la historia clínica la anotación de todo el proceso de información y del resultado del consentimiento para proceder a la sedación terminal.

Pues bien, permítaseme volver a recalcar que el consentimiento informado, y perdóneseme lo que desde el punto de vista jurídico parece una obviedad, es requisito indispensable para que surja el contrato de servicios médicos o, como hoy preferimos decir con mayor amplitud, la relación médico-paciente. En este sentido decimos que se integra dentro de la *lex Artis*.

El consentimiento informado es por sí un acto jurídico ya que de él deriva efectos jurídicos e integra, junto con el consentimiento del médico, el acto complejo y perfecto, bilateral y negocial, que es el contrato de servicios médicos. El consentimiento informado por sí solo y los consentimientos de médico y paciente integrados constituyen por tanto un acto médico en cuanto dirigidos a la prevención, curación o rehabilitación de la salud realizados entre personas capaces y productores de efectos jurídicos.

Pero junto a esta sencilla constatación nos encontramos con la consagración del consentimiento informado como un derecho del paciente. Y aún más, como un derecho del paciente enfatizado doctrinalmente como directamente enraizado en el derecho a la libertad personal proclamado en las Constituciones y así concebido en términos casi absolutos, lo que viene, en mi opinión, a desbordar los límites de su exigencia. Quiero decir que ante todo de lo que estamos tratando aquí es del derecho a la protección de la salud, cuya primera manifestación es el derecho a una buena asistencia sanitaria, y esto impone considerar que el derecho al consentimiento informado está establecido en beneficio de la salud del

paciente, y no sólo de su libertad. No se puede prescindir de ninguno de estos principios.

Interesa destacar, específicamente en el ámbito de la sedación terminal por tanto, que existe una profunda diferencia entre las acciones basadas en la falta de consentimiento, en las que al paciente demandante sólo le sería necesario probar que la intervención practicada fue sustancialmente diferente de la que se le expuso, y las basadas en la falta de información o consentimiento informado, acciones por negligencia en las que siguen aplicándose los principios básicos de la culpa, y que requieren acreditar la relación de causalidad entre la falta de información y el daño. Los litigios basados en la ausencia de información como requisito del consentimiento se presentan cuando el médico lleva a cabo el tratamiento o la operación que el paciente espera, pero causa un daño que se presenta como producto de un riesgo del que no se le había advertido cumplidamente al obtener el consentimiento.

Ello nos lleva al planteamiento de la cuestión del alcance de la información y de los estándares sobre los que ese alcance debe medirse.

La extensión y la intensidad del deber de información no se pueden determinar apriorísticamente, aunque la doctrina mayoritaria tiende cada vez más a facilitar al paciente la mayor información posible, y así se establece en la Ley Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que requiere una información adecuada.

Además, la información será más o menos exigible cuanto menor o mayor sea la urgencia del caso o cuando el tratamiento esté más o menos indicado, o cuando el riesgo sea más o menos grave, o más o menos actual según las circunstancias

personales del paciente o las profesionales del médico y del lugar en el que trabaja.

El artículo 5 del Convenio de Asturias, del que, como se dijo antes, dimana la Ley Estatal 41/2002, de 14 de noviembre, dice que una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento tras haber recibido previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias, pero sin dejar de reconocer en el artículo 10 que en casos excepcionales las Leyes nacionales pueden fijar restricciones al derecho a saber o no saber y en interés de la salud del paciente.

En el informe explicativo del Convenio, elaborado por el Profesor Jean Michaud se considera, si bien en referencia concreta al pronóstico de muerte que si se transmitiese inmediatamente al paciente podría hacer empeorar su estado, que en algunos casos el deber médico de proporcionar información entra en conflicto con el interés de la salud del paciente y que en esos casos la ley nacional debe resolver estos conflictos teniendo en cuenta el bagaje cultural nacional pudiendo justificar bajo control judicial en su caso que el médico retenga parte de la información o, en cualquier caso, que la revele con cautela.

Se trata en suma de un conflicto de intereses en el que el médico, el intérprete y en último extremo el juez deben ponderar los intereses en presencia e inclinarse por el que en cada momento resulte preponderante.

Así pues, información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención así como de sus riesgos y consecuencias.

Y adecuación de la información no sólo en cuanto a la cantidad de la información que se proporciona sino también de la capacidad de comprensión del paciente o de sus familiares de asumir el objeto de la información y de tomar conciencia de la realidad de la situación y de las consecuencias que su consentimiento o su no consentimiento pueden acarrear.

La naturaleza que he venido predicando del consentimiento informado impone no interpretar éstos preceptos como expresivos de una cierta compasión por el incapacitado o de un paternalismo hacia el menor que únicamente exigirían su simple audiencia. Por el contrario, tanto al menor como al incapacitado se le reconoce un ámbito irreductible de libertad, que habrá de dar lugar a la validez de su consentimiento en lo que a tal ámbito se refiere o en lo que no tenga relación con su incapacidad. Así hay que entender el informe explicativo del Convenio, que entiende que la opinión del menor debe adquirir progresivamente mayor peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. En consecuencia, en algunas ocasiones el consentimiento del menor debe ser necesario o, al menos, suficiente y, por otra parte, no debe excluirse totalmente de las decisiones a los adultos incapaces de consentir, siempre que sea posible, debiendo explicárseles el significado y las circunstancias de la intervención y obtener entonces su opinión.

Desde este punto de vista, el problema puede plantearse, más que por dejar de obtener del consentimiento de los representantes legales, por prescindir de la información del menor o de su consentimiento cuando tenga suficiente juicio y sea capaz de comprender la finalidad, la naturaleza y los riesgos de la intervención.

Esta capacidad de comprender la información, y el entendimiento del

consentimiento informado como garantía de la autonomía del paciente determinan también el modo de informar, que ha de ser comprensible, de forma simple, inteligible y leal, con fines no exclusivamente terapéuticos. El lenguaje debe prescindir en lo posible de términos científicos y acomodarse al entorno de la capacidad del paciente.

Un último apunte sugiere el artículo once de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre instrucciones previas, según el cual, mediante el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

En relación con dicho documento, habrá que ponderar la seriedad del mismo, siendo reveladora de dicha seriedad la el registro del documento en el lugar habilitado para ello y su relación con las circunstancias del momento de la intervención, sin que parezca antijurídico acudir a la consulta del representante designado por el paciente, o de sus familiares o personas vinculadas de hecho con el mismo, pues tanto estas como el documento desvelarán la auténtica voluntad de su autor.

No puedo cerrar mi intervención sin hacer una breve referencia a la problemática penal que plantea la muerte y el dolor, expuesta magistralmente por el Catedrático de Derecho Penal, D. Enrique

Gimbernat en el Diario El Mundo a propósito de los sucesos acontecidos en el Hospital Severo Ochoa de Madrid.

A juicio del mismo, todo lo que se ha venido manifestado en relación a lo que desde el punto de vista bioético es admisible, es lícito, también es lícito desde el punto de vista del Derecho Penal vigente en España, sobre todo a partir de la entrada en vigor del Código Penal, que se llama de 1995, publicado en el BOE de 24 de noviembre de 1995, pero que entró en vigor en realidad seis meses más tarde, el 24 de mayo de 1996.

Nuestro Código Penal provenía de 1848, y ahí la única importancia que se daba al consentimiento en el tema de la muerte, era la tipificación de la inducción y el auxilio al suicidio y del homicidio consentido. Por poner un ejemplo, inducción al suicidio sería cuando a alguien se le dice "úrate por la ventana" y se tira.

La conducta de auxilio al suicidio sería, también por ejemplo, cuando alguien le proporciona a otro una sobredosis de morfina o cianuro. Y el homicidio consentido era cuando alguien, personalmente, ya no inducía o ayudaba, sino que mataba a otra persona con su consentimiento, y, en ese caso, la pena que se imponía, (teniendo en cuenta el consentimiento del sujeto pasivo, de la persona que moría), era menor que la de homicidio.

Pero desde el año 1848 hasta el año 1995, en que se promulgó el Código Penal actualmente vigente, se produjeron, obviamente, muchos avances médicos, por ejemplo, en lo relativo al criterio que determinaba la muerte de una persona se pasó del cese del latido del corazón a la muerte cerebral, criterio éste contenido en la Ley de Extracción de Trasplantes de Órganos.

Pero, además, aparece el problema de la eutanasia con más virulencia que hasta entonces, porque existen toda una serie de avances médicos que permiten mantener con vida a las personas. Pero esos avances se han ideado, no para prolongar la agonía, sino para poder recuperar a una persona y sacarla de las garras de la muerte, no para prolongar indefinidamente esa agonía.

Esos medios están ahí, y si no se utilizan, como sería su sentido, para tratar de recuperar a una persona y que no se muera, sino para procurar una agonía, en ese caso esa práctica no parecía lícita, pero el Código Penal no decía nada. Como consecuencia de todos esos avances médicos, se produce a nivel internacional una discusión sobre la eutanasia y, doctrinalmente, en España, Alemania, Francia e Inglaterra, se distinguen tres clases de eutanasia:

Primero, la eutanasia indirecta, a través de la administración de sedantes al enfermo terminal, en los cuales la intención no es la de provocar la muerte del paciente, sino aliviar su dolor. Ese es el propósito, pero se acepta secundariamente que eso supone un acortamiento de la vida. Eso sería la eutanasia indirecta.

Segundo, la eutanasia pasiva consistiría en no tratar a un enfermo desahuciado, por ejemplo no tratar una pulmonía de una persona que padece un cáncer terminal, o retirar un respirador a un politraumatizado al que le queda poco de vida. La antítesis de la eutanasia pasiva sería el encarnizamiento médico, como en el caso, por ejemplo, de Francisco Franco o en el caso del mariscal Tito.

Y, finalmente, la eutanasia activa o directa, que es cuando el propósito de la persona que aplica una determinada sustancia, (cianuro o sobredosis de morfina, por ejemplo), es acabar con la vida del paciente de manera inmediata.

Estos son los tres casos que examinados por la doctrina científica y que tuvo en cuenta el legislador español al promulgar el vigente Código Penal de 1995.

En principio, aquí habría un acortamiento de la vida y, por tanto, parece que habría un homicidio, porque se está acortando la vida de una persona que todavía no ha fallecido, pero la doctrina científica, y subrayo que esta discusión se desarrolla dentro del campo de la doctrina científica, había tratado de (con referencia a principios generales de derecho penal, entre los que se destacan los de la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a no soportar tratos inhumanos o degradantes) decir que en algunos, o en todos estos casos, se debería acudir a una exención de responsabilidades, porque estaríamos ante un estado de necesidad, y teniendo en cuenta toda esta discusión doctrinal anterior, el legislador español, en 1995, toma posición con la aprobación del nuevo Código Penal.

Para crear seguridad jurídica, el artículo 143.3 que es el único que habla de la eutanasia, dice lo siguiente: "El que causare o cooperare activamente, -eutanasia activa-, con actos necesarios o directos -activa o directa-, 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 condujera 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, es decir, una pena inferior a la del homicidio consentido.

El homicidio consentido no se da en el supuesto eutanásico, sino más bien en el supuesto en que una persona que está perfectamente bien de salud y le dice a otro: "mátame" y éste le

pega un tiro en la sien, por ejemplo, esto tiene menor pena que el homicidio en contra de la voluntad de la víctima.

Pero dentro del homicidio consentido, el Código Penal vigente alude a la eutanasia activa, que es la única clase de eutanasia que el Código Penal español castiga. He de decir que ha quedado despenalizada tanto la eutanasia pasiva como la eutanasia indirecta, y esto no tiene vuelta de hoja porque no hay un prefeto del Código Penal donde se pueda subsumir. Se podría subsumir en la eutanasia, pero la única eutanasia que está castigada es la activa, luego no está castigada, no están tipificadas ni la indirecta, ni tampoco la pasiva.

Por consiguiente, a juicio de D. Enrique Gimbernat, con el que coincido plenamente, los cuidados paliativos que se producen para aliviar el dolor del paciente, aunque acorten la vida, no son nunca delito en derecho español a partir del 24 de mayo de 1996, fecha ésta en que entró en vigor el Código Penal de 1995, de una manera inequívoca.

Dentro de la eutanasia indirecta, se puede distinguir varias posibilidades:

- Con el consentimiento del paciente.
- Contra la voluntad del paciente.
- Cuando no es posible, por la baja conciencia del paciente, o es ineficaz el consentimiento que puede prestar, porque se trata de menores o de personas que tienen limitadas sus facultades mentales.

Por tanto, tenemos tres supuestos: el paciente está de acuerdo, el paciente no está de acuerdo en que le apliquen la eutanasia indirecta, o bien no es posible recabar el consentimiento del paciente o, aun-

que es posible, ese consentimiento es ineficaz.

Si hay consentimiento del paciente, en opinión del Catedrático D. Enrique Gimbernat, si el paciente quiere que le alivien el dolor y no se le alivia, a pesar de que eso pueda acortar su vida, pero si él está conforme con ello, el médico que, en contra de la voluntad del paciente no aplica esa medida paliativa para tratar de disminuir el dolor, está cometiendo un delito de lesiones por omisión, porque el delito de lesiones afecta al bienestar del paciente y el médico es garante.

El médico no solamente puede cometer delitos por acción, también por omisión. Si, por ejemplo, un anestesista abandona el quirófano y no observa el monitor, y cuando vuelve resulta que la persona que está siendo operada sufre graves secuelas físicas, estamos ante unas lesiones del paciente por omisión, y si hay un médico que no detecta a tiempo una meningitis, como el médico es garante de la vida del paciente, y el paciente fallece, hay un homicidio por omisión.

En los casos señalados con anterioridad, no se ha producido la muerte por un error médico activo, como podría ser una transfusión de sangre de grupos sanguíneos incompatibles, sino que el óbito se ha producido por una omisión, y como el facultativo que tiene a su cargo al paciente es el garante de que el mismo esté en buen estado y que ni muera ni padezca, por tanto en esos casos en que el paciente sí que quiere que le alivien el dolor y el médico no lo hace, a pesar que éste es un caso que no se ha resuelto aún jurisprudencialmente, en opinión de la doctrina, el médico que hace eso y permite que el paciente sufra está cometiendo un delito de lesiones por omisión.

Puede acontecer que exista un paciente, que quiera sufrir porque

entiende que así lo aconsejan sus convicciones religiosas; pues bien, en ese caso, y también desde la perspectiva de la doctrina científica, parece claro que, en principio, hay que respetar la voluntad del paciente, que quiere sufrir y que no desea que le acorten la vida, y ello con base en el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, según la cual, como se ha expuesto anteriormente, en el ámbito de la sanidad, se requiere, con carácter general, el consentimiento del paciente y se le reconoce al mismo el derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

Conforme a esta interpretación, el paciente que lo desee tiene derecho a que no le alivien el dolor, y si el médico lo alivia no comete un delito, porque sería una eutanasia pasiva y la única que está castigada es la activa; estaríamos pues, en el caso señalado, ante una responsabilidad administrativa sancionadora, o estatutaria, o responsabilidad civil, pero en ningún caso ante una responsabilidad penal. Es un comportamiento que no es conforme a Derecho, pero no es un comportamiento delictivo; es un comportamiento que solamente tiene consecuencias de carácter administrativo o de carácter profesional.

Pero, ¿Qué sucede cuando no se puede prestar consentimiento por el bajo nivel de consciencia, o cuando se trata de un menor o de una persona que no se halla en plena posesión de su capacidad con el nivel necesario para que ese consentimiento sea eficaz?.

La doctrina entiende al respecto que no se puede interpretar la voluntad del paciente en el sentido de que lo que quiere es pertenecer a esa

minoría que quiere morir padeciendo, y la intervención de los parientes en este caso no sería vinculante, porque la prestación del consentimiento por representación debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender siempre a favor del paciente y con respeto de su dignidad personal.

Evidentemente, el ordenamiento jurídico no podría tolerar situaciones hipotéticas como las que pudieran referirse a familiares vengativos, ante un paciente que está sufriendo, pudieran alegar que como él no puede manifestar su opinión, se le deje sufrir, puesto que habría que entender que esa manifestación de los parientes no tiene carácter vinculante.

Y, por último, si el médico, ante el dolor del paciente, decide actuar y paliar el sufrimiento, con la consecuencia de acortar la vida del paciente, y todo ello sin consentimiento del mismo, también en opinión de la doctrina dicha conducta tampoco es constitutiva de infracción penal. En este caso la responsabilidad en la que incurriría el profesional sanitario sería también de carácter administrativo, estatutario, civil o profesional ya que, si no es posible recabar el consentimiento del paciente, o este es ineficaz, se le aplicarían cuidados paliativos, siendo irrelevante lo que digan los parientes.

La doctrina entiende al respecto que no se puede interpretar la voluntad del paciente en el sentido de que lo que quiere es pertenecer a esa minoría que quiere morir padeciendo
