

Responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital. *Wrongful living* ¿un nuevo supuesto de responsabilidad civil?

Sumario

Este trabajo estudia la eventual responsabilidad civil del profesional sanitario por la administración no deseada de tratamientos de soporte vital. Se trata de supuestos en los que un paciente capaz manifiesta su voluntad, por regla general -aunque no exclusivamente- en un documento de instrucciones previas, y declara que, bajo ciertas circunstancias, no desea que le sean aplicadas medidas dirigidas a mantener su vida de manera artificial. Sin embargo, llegado el momento, un profesional sanitario incumple esta voluntad y aplica unas medidas que alargan indeseadamente la vida del paciente. El trabajo aborda el conflicto entre el derecho a la vida del paciente y su derecho a la libre autodeterminación personal, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la experiencia de los tribunales alemanes y norteamericanos en las llamadas acciones de wrongful living. También dirige la mirada al derecho español y, en previsión de posibles demandas, argumenta soluciones que puedan cubrir la actual ausencia de criterios jurisprudenciales.

Abstract

This paper analyzes the liability in tort of health providers for the unwanted administration of life-sustaining treatments. In these cases, a competent patient drafts an advance directive or similar documentation expressing his refusal, under certain circumstances, to artificial life-sustaining treatments. Despite this, the health provider breaches the directive and applies a non-wanted life-prolonging medical treatment. This article addresses the conflict between the patient's right to life and his right to self-determination, from the perspective of the European Court of Human Rights case-law and the experience of German and US courts in the so-called action for wrongful living. It also looks at Spanish law and proposes solutions covering the current lack of criteria in Spanish case-law.

Title: Tort liability for unwanted administration of life-sustaining treatment. Wrongful living. A new ground for tort liability?

Palabras clave: Responsabilidad civil médica, Derecho a la autodeterminación personal, Wrongful living.

Keywords: Medical negligence, Right of self-determination, Wrongful living.

DOI: 10.31009/InDret.2024.i3.01

3.2024

Recepción
09/05/2024

-

Aceptación
09/07/2024

-

1. La responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital: un caso alemán

2. Los argumentos a favor y en contra de la indemnización en cada una de las instancias jurisdiccionales alemanas que afrontaron el caso anterior

2.1. La indemnización del daño moral por parte del *Oberlandesgericht*

2.2. El rechazo de la indemnización por parte del *Bundesgerichtshof (BGH)*

a. La negativa a indemnizar el daño moral

b. La negativa a indemnizar el daño patrimonial

2.3. El Auto del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*)

3. Las demandas de wrongful living en la jurisprudencia norteamericana

4. El rechazo al argumento de la vida como daño indemnizable: el paralelismo con las demandas de wrongful birth y wrongful life

5. La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación en la fase final de la vida: la jurisprudencia del TEDH

6. La lesión del derecho a la autodeterminación personal como interés jurídico lesionado

6.1. Principio de dignidad y autodeterminación del paciente.

6.2. Voluntad conocida del paciente en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital

a. La jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová

b. Voluntad del paciente contenida en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

c. Voluntad del paciente en ausencia de documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

6.3. Voluntad desconocida del paciente en relación con la retirada de medidas de soporte vital

7. La responsabilidad civil y el daño indemnizable

8. Conclusiones

9. Jurisprudencia

10. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La responsabilidad civil por administración no deseada de un tratamiento de soporte vital: un caso alemán*

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich de 21 de diciembre de 2017¹ resolvió el siguiente caso: El padre del demandante había nacido en 1929 y falleció el 19 de octubre de 2011. Desde 1997 sufría demencia y estaba sujeto a una institución de guarda (*Betreuung*) que ejercía un abogadro con facultades en la esfera personal y sanitaria. En 2003, la demencia estaba muy avanzada y el paciente tenía dificultades de movilidad. A partir de 2006, pasó a residir en un centro geriátrico. A causa de un trastorno de mutismo, empezó a tener dificultades de comunicación, la cual devino totalmente imposible a partir de 2008. En junio de ese mismo año, se le diagnosticó tetraparesia espástica y rigidez de nuca. Desde noviembre de 2008 y hasta la fecha de su fallecimiento recibió tratamiento con analgésicos opioides. Entre enero de 2010 y octubre de 2011 experimentó fiebre periódica, dificultades respiratorias, úlceras por presión y sufrió neumonía hasta cuatro veces. Desde finales de mayo y hasta mediados de junio de 2011, el paciente estuvo hospitalizado por una inflamación de la vesícula biliar, aunque no pudo realizarse ningún tratamiento quirúrgico debido a su estado de salud general. El 8 de octubre de 2011 fue hospitalizado de nuevo a causa de una neumonía por aspiración, pero se decidió no administrar ningún tratamiento de medicina intensiva. El paciente falleció en el mismo hospital el día 19 de octubre de 2011.

En septiembre de 2006, con ocasión de un ingreso hospitalario y, debido al estado general de desnutrición y deshidratación, el *Betreuer* había consentido la inserción de un tubo de alimentación artificial (sonda PEG), que el paciente mantuvo hasta el momento del fallecimiento.

El paciente no había otorgado ningún documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas y no pudo establecerse su voluntad en lo relativo a la aplicación de eventuales medidas de soporte vital.

Tras el fallecimiento, el hijo y heredero único del paciente, residente en los Estados Unidos, interpuso demanda de responsabilidad civil contra el médico generalista que había atendido a su padre desde la primavera de 2007. Reclamaba, *iure hereditatis*, la indemnización de los daños materiales e inmateriales derivados del mantenimiento de la alimentación artificial durante los años 2010 y 2011, hasta el momento del fallecimiento. En opinión del demandante, desde principios de 2010, la alimentación mediante sonda gástrica dejó de estar indicada médicamente y su mantenimiento tampoco podía ampararse en la voluntad del paciente, que no estaba acreditada. Mantener la nutrición artificial -alegaba- alargó inútilmente el sufrimiento de su padre cuando ya no existían perspectivas de mejora, como puso de manifiesto el cambio de terapia finalmente decidida por el médico al interrumpir la alimentación por sonda y permitir el fallecimiento del paciente bajo cuidados paliativos.

* Josep Solé Feliu (josep.sole@udg.edu). Esta publicación ha sido realizada en el marco del proyecto de investigación PID2022-136571NB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con el título «Dificultades y Retos de la reforma de la responsabilidad extracontractual», cuyos IP son los profesores Miquel Martín-Casals y Josep Solé Feliu. Agradezco la lectura y los comentarios del profesor Jordi Ribot Igualada al original de este trabajo, así como las valiosas aportaciones sugeridas por los evaluadores externos.

¹ OLG Munich, sentencia de 21.12.2017-1 U 454/17 (FamRZ 2018, 723). El texto de la sentencia del *Oberlandesgericht* puede consultarse en <https://openjur.de/u/970218.html> [Fecha de consulta: 12.12.2023].

El demandante también alegaba que el profesional demandado no había proporcionado información suficiente al *Betreuer* sobre la ausencia de indicaciones médicas que justificasen mantener la alimentación artificial. Con esta decisión, se alargó el sufrimiento del paciente, lesionando su integridad física y su derecho general de la personalidad. Además de la indemnización de los daños inmateriales, el demandante reclamaba el reembolso de los gastos derivados del tratamiento y las atenciones sanitarias durante los años 2010 y 2011; estos últimos, por un importe de 52.925 €. En su opinión, estos gastos no habrían tenido lugar si la interrupción del tratamiento y el consiguiente fallecimiento de su padre se hubieran producido con anterioridad.

El *Landesgericht* desestimó la demanda. La citada sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich concedió una indemnización de 40.000 € por el daño inmaterial y desestimó el resto de la demanda². La sentencia fue recurrida por ambas partes ante el *Bundesgerichtshof* (BGH). Mientras que el demandado solicitaba la desestimación total de la demanda, el demandante recurrió la desestimación de la indemnización de los perjuicios económicos. En su sentencia de 2 de abril de 2019³, el BGH estimó el recurso de casación del demandado y rechazó la indemnización del daño inmaterial. Al mismo tiempo, desestimó los recursos interpuestos por el demandante y rechazó indemnizar el daño material consistente en los gastos y cargas económicas derivadas de la continuación no consentida de la vida. El hijo del fallecido interpuso recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*), que fue inadmitido por el Auto de 7 de abril de 2022⁴.

2. Los argumentos a favor y en contra de la indemnización en las distintas instancias jurisdiccionales alemanas que afrontaron el caso anterior

Como se acaba de ver, las distintas instancias jurisdiccionales que se pronunciaron sobre el caso anterior no vieron la cuestión de la indemnización desde el mismo prisma. Todas las instancias rechazaron indemnizar tanto el daño material como el inmaterial, excepción hecha del *Oberlandesgericht* de Munich, que admitió indemnizar el daño inmaterial. A pesar de ello, el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal entreabren la puerta a una posible indemnización, si se diesen determinadas circunstancias.

2.1. La indemnización del daño inmaterial por parte del *Oberlandesgericht*

La sentencia del *Oberlandesgericht* de Munich⁵ fue la única instancia que reconoció al hijo, *iure hereditatis*, una indemnización por el daño inmaterial sufrido por su padre. Para justificar tal decisión, el tribunal afirmaba que, en el marco de su deber de información sanitaria, el demandado estaba obligado a debatir detenidamente con el *Betreuer* las medidas médicamente indicadas en relación con el paciente, según resulta del § 1901b BGB. En el caso, esto significaba

² OLG Munich 21.12.2017, cit.

³ BGH 2. April 2019. VI ZR 13/19. El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=95016&pos=0&anz=1> [Fecha de consulta: 18.3.2024].

⁴ El texto del Auto puede consultarse en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1bvr118719.html [Fecha de consulta: 08.07.2023].

⁵ OLG Munich 21.12.2017, cit.

discutir sobre la continuación o interrupción de la alimentación por sonda, cosa que no hizo. La sentencia concluía que el alargamiento de la vida del paciente y el sufrimiento asociado a él resultaban del incumplimiento de un deber del médico y constituían un daño moral indemnizable derivado de la «lesión del interés de integridad del paciente, que recibió alimentos a través de una sonda gástrica durante un largo período de tiempo sin consentimiento efectivo»⁶.

En opinión del tribunal regional, el demandado no podía ser responsable por la «destrucción generalizada de la personalidad del paciente como consecuencia de la enfermedad cerebral degenerativa ni de las complicaciones de salud descritas», pero sí podía serlo por el hecho de que el paciente continuase viviendo y tuviera que hacerlo en el estado de salud expuesto. Eso era lo que, en opinión del tribunal, justificaba indemnizar un daño moral, que no podía limitarse, además, a una simple indemnización simbólica. Desde el punto de vista de la fundamentación jurídica, la sentencia aludía a la dignidad humana, reconocida en el Art. 1 de la *Constitución Alemana*, y a la jurisprudencia relativa a las demandas sobre el nacimiento de hijos con graves malformaciones congénitas (*wrongful life*), que consideraba no aplicable al caso, porque, «no se trata de calificar de "indigna" la vida de un paciente gravemente enfermo, sino más bien de si sería mejor para su bienestar continuar con la alimentación por sonda o permitirle morir»⁷. La cuestión era, pues, si, en comparación con la muerte, continuar la vida con la salud gravemente menoscabada constituye un daño jurídicamente indemnizable.

Trasladada la cuestión al caso, se trataba de discernir si mantener el tubo gástrico a partir de 2010 y hasta la fecha del fallecimiento suponía una lesión a la integridad física del paciente que requería el consentimiento suficientemente informado del *Betreuer*. De ser así, la falta de dicho consentimiento debería tener, como consecuencia lógica en el terreno de la responsabilidad civil, el reconocimiento del derecho a percibir una indemnización, tal y como admitió el *Oberlandesgericht* en su sentencia⁸.

2.2. El rechazo de la indemnización por parte del *Bundesgerichtshof* (BGH)

Por su parte, el *Bundesgerichtshof* (BGH) acogió el recurso interpuesto por el demandado, anuló la sentencia del *Oberlandesgericht* y rechazó indemnizar los daños inmateriales. Al mismo tiempo, desestimó el recurso interpuesto por el demandante en el que reclamaba la indemnización del daño material consistente en las cargas y gastos económicos generados por la continuación no deseada de la vida.

a. *La negativa a indemnizar el daño inmaterial*

El Alto Tribunal Federal rechaza indemnizar el daño inmaterial con el argumento de que la vida no constituye un daño indemnizable, ni siquiera cuando se trata de una vida enferma. El argumento entronca con la jurisprudencia relativa a las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*. Por un lado, señala que, para apreciar un daño, es preciso «comparar la situación global

⁶ Véase el pár. 8 de la sentencia.

⁷ Pár. 6.1 de la sentencia.

⁸ Pár. 6.1 de la sentencia («[E]l suministro de nutrientes a través de un tubo sonda a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral severo e irreversible, ya no puede comer de forma natural, a pesar de la ayuda, es precisamente una intromisión antinatural en el curso normal de la vida, que incluye también el morir») y pár. 6.3 de la sentencia.

existente con la que habría existido si no hubiese tenido lugar el evento dañoso». A partir de ahí, «cualquier menoscabo que resulte de esta comparación solo se considera daño si el ordenamiento jurídico lo reconoce como tal»⁹, lo que no ocurre en el presente caso, en el que «la continuación de la vida con sufrimiento vinculada a la enfermedad, posible gracias a la alimentación artificial, se contrapone a la situación que existiría si se hubiera suspendido la alimentación artificial, es decir, la muerte. No existía la opción de continuar viviendo sin -o con menos- sufrimiento». Y continúa con un razonamiento que ya es conocido en las demandas por *wrongful life*: «la vida humana es un bien jurídico supremo y absolutamente digno de ser preservado. Ningún tercero tiene derecho a juzgar su valor. Por consiguiente, está prohibido considerar la vida -ni siquiera la continuación de la vida llena de sufrimiento como un daño», con cita de los Arts. 1(1) y 2(2)1 de la Constitución alemana, relativos a la dignidad y a los derechos a la vida y a la integridad física, respectivamente¹⁰.

En coincidencia con el *Oberlandesgericht*, el BGH opina que existen similitudes y diferencias entre los casos relativos a demandas interpuestas por hijos que nacen con malformaciones o enfermedades congénitas y el grupo de casos actual. Mientras que, en aquellos, «se trataba de una vida llena de sufrimiento, cuyo comienzo no se había impedido mediante un aborto, ahora se trata de la continuación de una vida llena de sufrimiento, que no finalizó con la interrupción del tratamiento». Sin embargo, «ambas constelaciones de casos difieren principalmente por el hecho de que, a diferencia del *nasciturus*, a los seres humanos se les reconoce fundamentalmente el derecho a decidir de manera autodeterminada con respecto al tratamiento médico, incluida la interrupción de las medidas dirigidas a mantener la vida». Ahora bien, según el BGH, esta diferencia no significa necesariamente «que pueda apreciarse un daño en el sufrimiento derivado de la continuación de la vida»¹¹.

Por un lado, el Tribunal Supremo Federal admite que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación sanitaria de los pacientes implica que éstos «tienen derecho a decidir por sí mismos, en cada etapa de la vida, incluido el final de la misma, si quieren solicitar ayuda médica»; que este derecho a la autodeterminación halla protección constitucional y se extiende igualmente a los pacientes «que pierden la capacidad para consentir», en cuyo caso, «la voluntad realmente expresada, o la voluntad presunta del paciente, sigue siendo decisiva en relación con la decisión de adoptar o no las medidas médicas», incluidas aquellas dirigidas a no alargar la vida y permitir, así, la muerte. En tales casos, afirma el Tribunal, «*el deber de protección del Estado en relación con la vida, previsto en el Art. 2(2)1 de la Constitución queda relegado frente al derecho del paciente a la autodeterminación, incluso si hubiera posibilidades de recuperación o de seguir viviendo en caso de no interrumpir el tratamiento*»¹² [énfasis añadido].

Mas, por otro lado, el Tribunal también admite que «ni siquiera en este caso, la continuación de la vida, con la inevitable continuación del sufrimiento asociado a la enfermedad, debe considerarse como un daño». Aunque el propio paciente considere que su vida no es digna de ser vivida, «el ordenamiento constitucional prohíbe a todos los poderes del Estado, incluida la jurisprudencia, valorar la vida del paciente en el sentido de concluir que esta vida constituye un daño» en caso de no respetarse su voluntad de poner fin al tratamiento, puesto que «está más

⁹ BGH, sentencia de 02.04.2019 - VI ZR 13/18, párr. 20.

¹⁰ Ibidem, párr. 21.

¹¹ Ibidem, párr. 25.

¹² Ibidem, párr. 26, con referencia a la sentencia del propio BGH, 17.09.2014 - XII ZB 202/13 y a reiterada doctrina.

allá de la capacidad humana determinar si una vida llena de sufrimiento constituye un perjuicio en comparación con la muerte»¹³. Y concluye, el Tribunal, con la siguiente afirmación: «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»¹⁴.

Finalmente, tras rechazar que hubiese lugar a una indemnización por la lesión del derecho general de la personalidad (*Allgemeinen Persönlichkeitsrechts*) del paciente, el BGH abre la puerta, en cambio, a una eventual indemnización del daño moral derivado de la infracción del derecho a la autodeterminación personal, si hubiese podido demostrarse que las medidas de soporte vital se hubiesen aplicado en contra de su voluntad. El hecho de que, en el caso resuelto por la sentencia, esta voluntad contraria del paciente no hubiera podido acreditarse, impide al Tribunal pronunciarse sobre la cuestión y deja abierta la pregunta¹⁵.

b. *La negativa a indemnizar el daño patrimonial*

En relación con la cuestión relativa a la indemnización del daño patrimonial, el tribunal de apelación había desestimado la demanda al considerar que el demandante no había demostrado adecuadamente que el patrimonio de su padre fallecido hubiese experimentado una disminución como consecuencia del incumplimiento del deber de información por parte del médico. El demandante recurrió esta decisión ante el BGH, que mantuvo el rechazo, aunque con argumentos distintos basados, esta vez, en la ausencia de una vinculación entre el fin de protección del deber del médico de informar al *Betreuer* y el daño patrimonial.

Por un lado, el BGH reconoce que la prohibición de equiparar la existencia de un ser humano con un daño indemnizable, cuya base se encuentra en el Art. 1(1) *Grundgesetz*, no es incompatible con la posibilidad de calificar las cargas económicas asociadas a la existencia humana como daño material susceptible de indemnización. Así lo ha venido reconociendo la jurisprudencia del propio BGH en las sentencias relativas al nacimiento de hijos inicialmente no deseados (*wrongful conception*)¹⁶; jurisprudencia que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Federal¹⁷. Sin embargo, para que estas cargas económicas puedan ser indemnizadas, es preciso que pertenezcan al ámbito de riesgos que la norma infringida o el deber jurídico lesionado tienen el fin de evitar. Eso es lo que ocurre en la jurisprudencia relativa al nacimiento de hijos a resultas de una esterilización fallida o de un diagnóstico prenatal incorrecto. En ella, los tribunales conceden indemnizaciones asociadas a las cargas económicas derivadas del nacimiento de un

¹³ Ibidem pár. 27.

¹⁴ Ibidem pár. 28.

¹⁵ Como declara la sentencia, «[Q]ueda todavía abierta la cuestión relativa a si dicha reclamación podría basarse en una lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en el caso de que las medidas de soporte vital se hubiesen mantenido en contra de su voluntad», para concluir que «este no es el caso aquí. El tribunal de apelación no pudo demostrar que la alimentación por sonda se realizó en contra de la voluntad del paciente, lo que tendría que probarse por el demandante» (pár. 30).

¹⁶ Véase pár. 38 de la sentencia, con cita de varias sentencias del propio BGH (sentencias de 16 de noviembre de 1993 - VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, de 4 de marzo de 1997 - VI ZR 354/95, NJW 1997, 1638, 1640, juris Rn. 16, del 18 de junio de 2002 - V I ZR 136/01, BGHZ 151, 133, 145, juris Rn.28).

¹⁷ BVerfG 96, 375.

hijo no deseado «solo en la medida en que las obligaciones asumidas [por el médico] en el contrato de asesoramiento o tratamiento estuvieran dirigidas a proteger frente a tales cargas»¹⁸.

Sin embargo, en el caso resuelto, el BGH consideró que los deberes de información sanitaria infringidos por el médico en relación con el *Betreuer* de un paciente no capaz de consentir «no se dirigían a proteger al paciente frente a las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida, ni siquiera cuando se trata de una vida llena de sufrimiento», sino «sólo a dar cumplimiento al derecho a la autodeterminación del paciente, que el *Betreuer* debe ejercer» en relación con el proceso de morir¹⁹. Adicionalmente, añadía el Tribunal que los deberes de información sanitaria «no sirven para garantizar que el patrimonio del paciente se conservará de la manera más íntegra posible para los herederos». Por todo ello, la conclusión resultaba clara: «las cargas económicas que reclama el demandante no pueden indemnizarse»²⁰.

2.3. El Auto del Tribunal Constitucional Federal

Contra la sentencia del Tribunal Supremo Federal, el hijo del fallecido interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue inadmitido por el *Bundesverfassungsgericht* en su Auto de 7 de abril de 2022²¹.

Más allá de poner en duda la legitimación activa del recurrente para hacer valer, en un proceso de inconstitucionalidad, derechos personalísimos de su padre fallecido²², el Tribunal Constitucional Federal confirma la sentencia del BGH al entender que el rechazo a indemnizar los daños morales y patrimoniales no planteaba problemas de inconstitucionalidad²³.

En primer lugar, considera que, de acuerdo con la Ley Fundamental Alemana, la vida humana es el bien jurídico de mayor rango, digno de protección. No obstante, también reconoce que el mandato del Estado para proteger la vida encuentra su límite en el ejercicio del derecho a la autodeterminación. Aludiendo a su propia jurisprudencia, el *BVerfG* declara que «*la decisión de poner fin a la propia vida tiene un significado existencial para la personalidad, constituye una manifestación del sentido de uno mismo y [es] una expresión fundamental de la capacidad de autodeterminarse y de responsabilidad personal*»²⁴. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional Federal recuerda que, en el caso que le ocupa, no pudo determinarse cuál fue la voluntad real o

¹⁸ Pár. 40 de la sentencia, con cita de reiterada jurisprudencia.

¹⁹ *Ibidem*. pár. 41-42.

²⁰ *Ibidem*. pár. 42.

²¹ *BVerfG*, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022. El texto puede consultarse en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2022/04/rk20220407_1bvr118719.html [Fecha de consulta: 18.3.2024].

²² Pues, como dice el Auto, en relación con el recurso de inconstitucionalidad en Alemania, «el recurso de inconstitucionalidad debe servir para hacer valer los propios derechos», de modo que «un recurso de inconstitucionalidad decae, por regla general, cuando el recurrente fallece», toda vez que «la sucesión jurídica en el proceso tampoco es una opción en el caso de derechos personalísimos» (pár. 15). Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal se remite a la jurisprudencia del TEDH al afirmar que «los recursos no pueden interponerse, por regla general, por familiares próximos o herederos después de la muerte (así, TEDH, *Sanles Sanles c. España*, sentencia de 26 de octubre de 2000, núm. 48335/99). Esto solo cambia si el recurrente participó, por sí mismo y en su propio interés, en el proceso inicial (cf. TEDH, *Koch c. Alemania*, sentencia de 19 de julio de 2012, n.º 497/09, §§ 47 y siguientes, 54)» (pár. 16 del Auto).

²³ Véanse los pár. 17 a 20 del Auto.

²⁴ Pár. 18 del Auto.

presunta del paciente en tanto que expresión de su derecho a la autodeterminación, motivo que impedía apreciar la existencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual²⁵.

Lo anterior no supone menoscabar la protección constitucional del derecho a la autodeterminación frente a la vida²⁶ porque -como también recuerda el *BVerfG*- la sentencia impugnada abría la puerta a una eventual responsabilidad por lesión del derecho a la autodeterminación, en el caso de que la voluntad del paciente contraria a las medidas de soporte vital hubiese sido clara. En tal supuesto, afirma el Tribunal, «el deber del Estado de proteger la vida en virtud del Art. 2(2)1 de la Ley Fundamental pasa a un segundo plano por detrás del derecho a la propia autodeterminación»²⁷. Por consiguiente, «no puede excluirse de entrada que una medida dirigida a mantener la vida en contra de la voluntad del interesado pueda tener consecuencias en materia de responsabilidad»²⁸, aunque no hubiese sido este el caso en la sentencia impugnada.

3. Las demandas de *wrongful living* en la jurisprudencia norteamericana

La cuestión relativa a la eventual responsabilidad civil del prestador de servicios médicos que impone al paciente un tratamiento no deseado en contra de su voluntad también ha sido discutida en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. A diferencia del supuesto alemán que daba inicio a este trabajo, muchos de los casos resueltos por los tribunales norteamericanos se refieren al incumplimiento de una voluntad manifestada en un documento previo de voluntades anticipadas (*advanced directive*). Con frecuencia, los autores se refieren a estos casos con la expresión *wrongful living*²⁹, por oposición a las conocidas demandas de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Mientras que, en éstas, la responsabilidad civil se plantea en relación con el nacimiento de un hijo inicialmente no deseado, en las demandas por *wrongful living*, la responsabilidad se anuda a la prolongación no deseada de la vida de un paciente como consecuencia de la imposición de unas medidas de soporte vital que había rechazado expresamente³⁰.

Sin embargo, conviene precisar que el uso de la expresión *wrongful living* no se refiere al reconocimiento de un *tort* o ilícito civil de nuevo cuño, autónomo o independiente. La expresión se utiliza, más bien, como categoría descriptiva de un concreto grupo de supuestos³¹, cuyo ejercicio judicial se reconduce a los tradicionales *tort of battery*, *tort of assault* o al más general *tort of negligence*³². Mientras que los dos primeros requieren una actuación intencional por parte del causante del daño, el último tan solo exige que se demuestre la falta de la diligencia debida.

²⁵ Pár. 20 del Auto.

²⁶ Pár. 21 del Auto.

²⁷ Pár. 20 del Auto.

²⁸ Pár. 20 del Auto.

²⁹ Según parece, la expresión «*wrongful living*» fue acuñada por primera vez en un artículo publicado en 1986 por ODDI, A. Samuel, «The Tort of Interference with the Right to Die: The Wrongful Living Cause of Action», 75 *Geo. L.J.* 625 (1986).

³⁰ FERNANDEZ LYNCH, Holly / MATHES, Michele / SAWICKI, Nadia N., «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», 29(2) *Journal of Legal Medicine* 133 (2008), pp. 141-142.

³¹ Insisten particularmente en esta idea FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 141.

³² *Ibidem*.

Por su parte, la diferencia entre los *torts* de *battery* y de *assault* se encuentra en el contacto físico con el perjudicado. Si hay contacto físico, se está en el terreno del *tort of battery*, mientras que, en ausencia de él, existe *assault*, aunque hubiera habido intención de contacto³³. El *tort of assault* protege la mera aprensión -fundada- de que va a producirse un contacto físico, sin que este se produzca finalmente, en cuyo caso se entraría en el terreno del *battery*³⁴. En cuanto al *tort of battery*, no es necesario que se produzca un perjuicio corporal efectivo (lesión corporal) ni que exista intención de causarlo; el mero contacto intencional no deseado por el perjudicado ya es suficiente para acreditar la existencia del *tort*, el cual se configura como una suerte de interferencia corporal no deseada³⁵.

En el contexto de la información sanitaria y del consentimiento informado, la posición actual de la jurisprudencia norteamericana considera que existe *battery* en casos en los que el profesional sanitario practica una intervención sin consentimiento alguno del paciente; o bien cuando administra un tratamiento distinto del que éste había consentido. En cambio, cuando se alega falta de información o información insuficiente, suele acudir al *tort of negligence*, en el que la falta de la diligencia debida no se predica del procedimiento médico ejecutado, sino de la información relativa a los riesgos, alternativas o consecuencias que derivan de él³⁶. Esta diferencia explica que la mayoría de demandas por *wrongful living* se planteen bajo la forma de *tort of battery* (tratamiento administrado en contra de la voluntad y sin consentimiento del paciente) o *tort of negligence* (tratamiento administrado sin información o sin la información suficiente), y no tanto bajo la cobertura del *tort of assault*³⁷. Cuestión distinta es que la mayor parte de estas demandas prosperen, porque, para ello y, entre otros requisitos, resulta imprescindible acreditar la existencia de un daño, que ha sido el verdadero caballo de batalla de la jurisprudencia norteamericana. También es la principal razón que explica la reticencia de los tribunales a la hora de conceder una indemnización³⁸.

Así, según admite la doctrina norteamericana, tanto el derecho federal como los derechos estatales reconocen el derecho de los pacientes a expresar sus deseos en relación con las atenciones sanitarias en la fase final de sus vidas, ya sea en un documento de instrucciones previas (*advance directive*), en otra documentación jurídica o por medio de un representante

³³ FLEMING, John G., *The Law of Torts*, 9th., Sydney, The Law Book Co., 1998, pp. 29-30.

³⁴ DOBBS, Dan B. / HAYDEN, Paul T. / BUBLICK, Ellen M., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, St. Paul, Minn., Thomson Reuters-West, 2011, § 38-40, pp. 97-102, para quienes las simples palabras no son suficientes, sino que se requiere acompañarlas de una acción que permita generar una aprensión razonablemente fundada (p. 99).

³⁵ DOBBS / HAYDEN / BUBLICK., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, cit., §§ 33-37, pp. 80-97. Como matiza FLEMING, *The Law of Torts*, 9th., cit., p. 30, debe tratarse de un contacto que sea ofensivo más allá de los usos aceptados de la vida diaria, de modo que no constituye *battery* el mero hecho de tocar la espalda de una persona para llamar su atención, o rozar a alguien cuando se está en una multitud o un pasaje estrecho; salvo que este contacto se haga de forma hostil.

³⁶ DOBBS / HAYDEN / BUBLICK., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, cit., §308, pp. 217-219.

³⁷ SAWICKI, Nadia N., «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, p- 280, nota 3; LOPEZ, Alberto B. & VARS, Fredrick E., «Wrongful Living», *Iowa L. Rev.*, Vol. 104:1921 (2019), pp. 1966-1967, para quienes, en la práctica, los demandantes también pueden combinar argumentos propios de *battery* y del *tort of negligence*, con el fin de reclamar la indemnización de los daños intencionales y los de carácter no intencional.

³⁸ Crítica, con esta posición jurisprudencial, se manifiesta una parte de la doctrina norteamericana: por todos, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 133-178; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 279-302; LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., pp. 1921 y ss.

designado a tales efectos³⁹. Sin embargo y, a pesar de que estos documentos resultan vinculantes jurídicamente para los profesionales sanitarios, en la práctica ocurre que, cuando un profesional impone un tratamiento en contra de lo manifestado por el paciente en la citada documentación, los tribunales rechazan conceder una indemnización, bien por falta de prueba del nexo causal, o bien, en la mayoría de los casos, por considerar que la vida humana no constituye un daño indemnizable desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil⁴⁰. Esta es la razón por la que algunos autores hablan, críticamente, de la existencia de «un derecho sin remedio».⁴¹

Ejemplifica bien esta jurisprudencia la sentencia *Anderson v. St. Francis-St. George Hospital*⁴², dictada por la Corte Suprema de Ohio en 1996 y una de las más citadas por la doctrina. El paciente era un hombre de ochenta y dos años que ingresó en el hospital aquejado de un dolor en el pecho. Después de hablar con su médico de familia sobre posibles tratamientos, éste entendió que el paciente no deseaba que se le aplicaran medidas extraordinarias dirigidas a salvar su vida en caso de enfermedad grave, y así lo registró en la historia clínica al anotar «no código azul»⁴³. Poco después, el paciente experimentó una insuficiencia cardíaca y, a pesar de la indicación registrada, una enfermera lo revivió mediante la aplicación de un desfibrilador cardíaco. Dos días más tarde, el paciente sufrió un infarto cerebral que le produjo una parálisis permanente en el lado derecho. Ello provocó en el paciente gastos médicos considerables debido a la necesidad de atención médica constante, que precisó hasta el momento de su fallecimiento, dos años después. Tras su muerte, los herederos interpusieron demanda de responsabilidad civil contra el hospital, reclamando la indemnización de los daños derivados del dolor, sufrimiento, *emotional distress*, incapacidad, lesiones y gastos sanitarios posteriores a la reanimación cardiopulmonar no deseada.

La Corte Suprema de Ohio concluyó que «no existe ningún fundamento para una demanda por *wrongful living* frente a un hospital por el hecho de no seguir la orden de no resucitación de un paciente». Aludiendo a la conocida sentencia *Cruzan* -la primera en la que la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció la constitucionalidad del derecho de una persona capaz para rechazar un tratamiento médico, aunque esta decisión pudiera tener efectos fatales⁴⁴- también la Alta Corte de Ohio reconoce que el paciente tenía «un derecho a hacer cumplir una decisión informada, competente, dirigida a rechazar un tratamiento de soporte vital». Por un lado, el tribunal admite que «en una acción de *wrongful living*, el demandante ejerce un interés de libertad al rechazar un tratamiento médico no deseado» y que el personal hospitalario debe respetar⁴⁵. Mas, por otro lado, la Corte Suprema de Ohio acaba rechazando la indemnización al centrar su

³⁹ SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 280

⁴⁰ SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 289.

⁴¹ WILBORN, S. Elizabeth, «The Right to Refuse Medical Treatment: Where There Is a Right, There Ought to Be a Remedy», 25 *N. Ky. L. REV.* 649 (1998); WILBORN MALLOY, S. Elizabeth, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», 33 *Wake Forest L. Rev.* 1035 (1998), pp. 1035-1091.

⁴² *Anderson v. St. Francis-St. George Hospital*, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

⁴³ «Código azul» es un sistema de alarma para el manejo de pacientes en situación de parada cardio-respiratoria, por parte de un grupo transversal y entrenado de profesionales sanitarios, que se coordina a partir de unas funciones previamente establecidas en protocolos. El objetivo es lograr una respuesta rápida, coordinada y eficaz, que permita la constatación de una insuficiencia cardiorrespiratoria y la aplicación de medidas de resucitación del paciente (compresión, ventilación y desfibrilación) en el menor tiempo posible. El registro «no código azul» significa la no ejecución del sistema de alarma y reanimación cardiopulmonar.

⁴⁴ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

⁴⁵ *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.*, 227.

razonamiento, no en la autonomía del paciente, ni tampoco en la negligencia del personal sanitario, sino en la dificultad para identificar el daño indemnizable en los supuestos de *wrongful living*, dada la imposibilidad de calificar la «continuación de la vida» o la «preservación de la vida» como un daño indemnizable⁴⁶. Esta es, con muy escasas excepciones, la posición dominante en la jurisprudencia norteamericana⁴⁷.

4. El rechazo al argumento de la vida como daño indemnizable: el paralelismo con las demandas de *wrongful birth* y *life*

En el caso alemán que inicia este trabajo, el BHG rechazó indemnizar el daño moral derivado del mantenimiento artificial de la vida del paciente, en contra de la opinión que había sostenido el *Oberlandesgericht* en la instancia anterior. Desde el punto de vista del derecho a la vida, el Alto Tribunal Federal opina que «la vida humana es un bien jurídico supremo y absolutamente digno de ser preservado. Ningún tercero tiene derecho a juzgar su valor. Por consiguiente, está prohibido considerar la vida -ni siquiera la continuación de la vida llena de sufrimiento como un daño». El fundamento normativo lo hallaba en la protección constitucional de la dignidad humana (Art. 1(1) GG) y los derechos a la vida y la integridad física (Art. 2(2)1 GG)⁴⁸.

Como se ha apuntado anteriormente, el argumento contrario a calificar la prolongación de la vida como daño indemnizable encuentra un paralelismo claro en las demandas de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, particularmente en las dos últimas, relativas al nacimiento de un hijo con malformaciones o enfermedades congénitas, ya sean los progenitores quienes interponen la demanda (*wrongful birth*), ya la interponga el propio hijo -o los progenitores en su nombre y representación- (*wrongful life*). La conexión entre uno y otro grupo de casos se reconoce también en las sentencias del *Oberlandesgericht* y del BGH relativas al caso que da inicio a este trabajo.

Como observa la sentencia norteamericana *Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves* (1984), cuando se trata del nacimiento de hijos no previstos o con defectos o malformaciones congénitos, parece que «instintivamente rechazamos la idea de que los padres puedan sufrir una lesión indemnizable por el hecho del nacimiento de un niño»⁴⁹. En la misma línea, también el BGH alemán, en su sentencia de 18 de enero de 1983 (caso de la rubeola)⁵⁰, había rechazado indemnizar a un hijo nacido con malformaciones no detectadas por el médico durante el embarazo, con el argumento de que la vida no constituye un daño indemnizable y que no puede hablarse de un supuesto derecho a no existir cuya lesión de lugar a una indemnización⁵¹. Esta

⁴⁶ Ibidem, 227. Críticamente, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., p. 1066, opina que al considerar el tribunal que la vida siempre es preferible a la muerte, el resultado es el socavamiento de un derecho fundamental como es el derecho a la autonomía del paciente para rechazar el tratamiento.

⁴⁷ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 142 y ss; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 284-285.

⁴⁸ BGH, sentencia de 02.04.2019, cit., párr. 21.

⁴⁹ *Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves*, 314 S.E.2d 653, 654 (Ga. 1984).

⁵⁰ BGH 18.1.1983 - VI ZR 114/81. Aunque la jurisprudencia alemana sí admite la indemnización de los gastos de manutención que experimentan los progenitores, sobre la base del incumplimiento del contrato de servicios médicos que vincula al médico con la madre y cuyo efecto protector se extiende al padre (OMLOR, Sebastian, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», *JuS* 6/2019, 577-579, p. 577).

⁵¹ En idéntico sentido, también, la sentencia BHG 16.11.1993 (VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, 139).

jurisprudencia ha sido reiterada después por el mismo BGH⁵² y por el Tribunal Constitucional Federal alemán⁵³, al señalar que no tiene cabida constitucional considerar la existencia de un niño como fuente de daño (Art. 1, pár. 1 GG), ni desde el punto de vista del derecho contractual, ni tampoco desde el derecho de la responsabilidad civil extracontractual.

Del mismo modo, la negativa a calificar la vida humana como daño indemnizable se encuentra consolidada en la jurisprudencia española relativa a supuestos de esterilizaciones fallidas (*wrongful conception*), en cuyo ámbito no es infrecuente encontrar declaraciones como que «la vida humana es un bien precioso en cualquier sociedad civilizada, cuyo ordenamiento jurídico la protege ante todo y sobre todo. No puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores» (STS 5.6.1998 [ECLI:ES:TS:1998:3675]; o que «no puede estimarse dañoso el nacimiento de un hijo» (SAP Navarra 26.1.1999 [AC 1999\3020]) o «tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad» (STSJ Aragón 12.7.2012 [ECLI:ES:TSJAR:2012:919])⁵⁴. Lo cual no significa que no pueda existir otro interés, cuya lesión justifique una indemnización, vinculado, por lo general, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad o a la autodeterminación personal⁵⁵, como se verá más adelante.

A pesar de estos paralelismos, las sentencias del *Oberlandesgericht* y del BGH destacan acertadamente las diferencias entre una demanda de *wrongful life* y la reclamación del daño moral derivado de la continuación no deseada de la vida (*wrongful living*). Mientras que, en las primeras, «se trataba de una vida llena de sufrimiento, cuyo comienzo no se había impedido mediante un aborto, ahora se trata de la continuación de una vida llena de sufrimiento, que no finalizó con la interrupción del tratamiento⁵⁶». En uno y otro caso, está en juego la misma «vida llena de sufrimiento»⁵⁷, pero «ambas constelaciones de casos difieren principalmente por el hecho de que, a diferencia del *nasciturus*, a los seres humanos se les reconoce fundamentalmente el derecho a decidir de manera autodeterminada con respecto al tratamiento médico, incluida la interrupción de las medidas dirigidas a mantener la vida»⁵⁸. En efecto, a diferencia del *nasciturus*, que carece

⁵² BVerfG, 28.05.1993 - 2 BvF 2/90.

⁵³ BGH, sentencia de 16.11.1993 – VI ZR 105/92, BGHZ 124, 128, 139, Rn. 35.

⁵⁴ Sobre esta cuestión, véase Miquel MARTÍN-CASALS / Josep SOLÉ FELIU, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *Indret* 03/2001, pp. 1-16.

⁵⁵ *Ibidem*. Para las demandas de *wrongful birth* y *wrongful life*, puede verse, entre otros, MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003, *Indret* 2/20024, pp. 1-12; MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario a la STS 18 de mayo de 2006. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Volumen: 73/2007, pp. 517-542. MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales: (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*, Tirant lo Blanch, 2005; MACÍA MORILLO, Andrea, «Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N.º. 10, 2006, pp. 65-94.

⁵⁶ BGH de 2 de abril de 2019, cit., p. 9.

⁵⁷ Como observa OMLOR, el caso que ahora nos ocupa sustituye el principio por el final de la vida, de modo que la cuestión relativa al «niño como daño» («*Kind als Schaden*») pasa a ser «la vida como daño» («*Leben als Schaden*»): OMLOR, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», cit., p. 577.

⁵⁸ BGH, sentencia de 02.04.2019, pár. 25. ZIMMERMANN destaca todavía otra diferencia: mientras que, en el caso del niño, el nacimiento constituye el proceso natural, no intervencionista, en el caso de enfermos terminales la supervivencia es, precisamente, el resultado de una intervención artificial, sin la cual el fallecimiento sería el resultado del proceso natural de la vida (ZIMMERMANN, Anton S., «Schmerzensgeld für lebensverlängernde

de la capacidad para decidir sobre interrumpir o no el proceso de embarazo, las personas enfermas son titulares del derecho a consentir y a rechazar cualquier tratamiento médico. La misma idea se deduce, en nuestro ordenamiento jurídico, del juego de los apartados 2 y 4 del Art. Ley 41/2002), incluida la decisión relativa a la continuación o interrupción del mismo, «aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal», según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional español en las SSTC 37/2011, de 28 de marzo de 2011⁵⁹, FJ 6; 19/2023, de 22 de marzo de 2023⁶⁰, FJ 6⁶¹.

Estas diferencias no implican necesariamente que, en las demandas de *wrongful living*, esté justificada una indemnización por la continuación no deseada de la vida; al menos, mientras el fundamento de la responsabilidad quiera encontrarse en la consideración de la vida misma como daño. En este aspecto, resultan aplicables los mismos argumentos que se manejan para rechazar la indemnización derivada de la vida del hijo en las demandas de *wrongful wrongful life*: el principio de dignidad humana impide que la mera existencia de una persona pueda calificarse como daño indemnizable; esta dignidad es la misma para toda persona, tanto si sufre una enfermedad como si no⁶², de modo que no es menos digna la vida de una persona por el mero hecho de estar enferma o experimentar sufrimiento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español no es ajena a esta idea cuando, precisamente en relación con demandas de *wrongful birth* y *wrongful conception*, también concluye que «no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida» (entre otras, SSTC, 4ª, 4.11.2008 [ECLI:ES:TS:2008:5899]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). Por consiguiente, el fundamento de la vida no justifica reconocer una indemnización desde el punto de vista de las normas del derecho de la responsabilidad civil⁶³. Como reconoce el BGH al rechazar la indemnización concedida por el *Oberlandesgericht* en el caso que da pie a este trabajo, «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»⁶⁴.

Plantear el debate en torno a la vida misma presenta otra dificultad añadida y es que conduce a la necesidad de comparar la vida (enferma) con la alternativa de no vivir, que es el resultado al que se hubiese llegado si se hubiese interrumpido el tratamiento de soporte vital. Este parece ser el argumento al que se acogió el *Oberlandesgericht* para admitir la indemnización: «no se trata de calificar de «indigna» la vida de un paciente gravemente enfermo, sino más bien de si sería mejor

Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive - Anmerkung zu OLG München v. 21.12.2017, Az. 1 U 454/17⁶⁴, *Zeitschrift für Lebensrecht*, 3/2018, 104-109, p. 107).

⁵⁹ BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011.

⁶⁰ BOE núm. 98, de 25 de abril de 2023.

⁶¹ En el mismo sentido, en la doctrina alemana, SPICKHOFF, Andreas / DEURING, Silvia, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», *JZ 17/2019*, 815-824, p. 820. La misma idea, también, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas (por todos, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., pp. 1047 y ss).

⁶² Como se indica en las directrices iniciales de la propia sentencia del BGH de 02.04.2019. En el mismo sentido, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 820; ZIMMERMANN, «Schmerzengeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher cit., pp. 104-109.

⁶³ PRÜTTING, Jens, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, 3/2018, 94-103, p. 100.

⁶⁴ *Ibidem* pár. 28.

para su bienestar continuar con la alimentación por sonda o bien permitirle morir»⁶⁵, cuestión a la que parece responder afirmativamente al otorgar la indemnización⁶⁶. Frente a ello, la respuesta del BGH es precisamente la contraria cuando señala que «está más allá de la capacidad humana determinar si una vida llena de sufrimiento constituye un perjuicio en comparación con la muerte»⁶⁷. En efecto, es más que discutible que la «no-existencia» o el estado de «no-vida» constituyan, por sí mismos, intereses jurídicamente válidos aptos para esta comparación⁶⁸.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, la dificultad de abordar la cuestión desde el punto de vista del derecho a la vida no significa que no puedan existir otras alternativas que hagan viable la indemnización. Se trata de encontrar un interés protegido igualmente relevante y más fácil de operar. Y este interés, en el que coinciden tanto la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas⁶⁹ como el BGH y el BVerfG alemanes en las resoluciones que se exponen al principio del trabajo, no es otro que la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación personal en relación con los tratamientos sanitarios, incluidas las medidas de soporte vital⁷⁰.

5. La relación entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación en la fase final de la vida: la jurisprudencia del TEDH

La primacía del derecho a la autodeterminación personal frente al derecho a la vida se encuentra en conexión directa con el reconocimiento de la dignidad humana, lo que resulta particularmente importante en la fase final de la vida de las personas. Como reconocen SPICKHOFF/DEURING, existe una vinculación directa entre la decisión de morir dignamente y la autonomía del paciente, de modo que «la protección de la autonomía del paciente al final de la vida suele discutirse únicamente en el marco de la protección de la dignidad humana (Art. 1.1 GG)»⁷¹. Tal vez podría añadirse que, más allá de la dignidad humana, el derecho a la autodeterminación personal también se conecta con otros principios y derechos fundamentales.

En nuestro país, reconoce de forma expresa esta conexión el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*⁷², cuando señala que «la eutanasia conecta con un derecho fundamental de la persona constitucionalmente protegido como es la vida, pero que se debe cohesionar también con otros derechos y bienes, igualmente protegidos constitucionalmente, como son la integridad física y moral de la persona (art. 15 CE), la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de

⁶⁵ Pár. 6.1 de la sentencia.

⁶⁶ Ibidem («[E]l suministro de nutrientes a través de un tubo sonda a un paciente que, como consecuencia de un daño cerebral severo e irreversible, ya no puede comer de forma natural, a pesar de la ayuda, es precisamente una intromisión antinatural en el curso normal de la vida, que incluye también el morir»).

⁶⁷ BGH, sentencia de 02.04.2019, pár. 27.

⁶⁸ PRÜTTING, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», cit., pp. 101-102.

⁶⁹ Por todos, WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., pp. 1043 y ss.

⁷⁰ En palabras del Auto del BVerfG de 7 de abril de 2022: «[S]i el paciente (...) realmente quiere morir de forma autónoma, el deber del Estado de proteger la vida en virtud del artículo 2, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental pasa a un segundo plano después del derecho a la autodeterminación» (pár. 20).

⁷¹ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815.

⁷² BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021, páginas 34037 a 34049 (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-4628> [fecha de consulta: 21.02.2024]).

conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)». A continuación, el mismo Preámbulo reconoce que, en aquellos casos en los que concurren los requisitos legales que configuran el contexto eutanásico definido por la ley, «el bien de la vida puede decaer en favor de los demás bienes y derechos con los que debe ser ponderado, toda vez que no existe un deber constitucional de imponer o tutelar la vida a toda costa y en contra de la voluntad del titular del derecho a la vida».

Esta ponderación ha sido reiterada por la sentencia del Tribunal Constitucional español que confirma la constitucionalidad de la ley orgánica reguladora de la eutanasia (STC 19/2023, de 22 de marzo). En ella, el Tribunal declara que «[L]a Constitución no exige (...) una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. *Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)*» (FJ 6)⁷³ [énfasis añadido].

El propio Tribunal Constitucional vincula este enfoque con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual ha abordado la cuestión de la prioridad entre el derecho a la vida y la autodeterminación personal en el ámbito sanitario en diversas sentencias relativas, entre otros, a los asuntos *Pretty c. Reino Unido (sentencia de 29 de abril de 2002)*⁷⁴ *Lambert y otros c. Francia (sentencia de 5 de junio de 2015)*⁷⁵ o, de forma más reciente, en la sentencia *Mortier c. Bélgica (sentencia de 4 de octubre de 2022)*⁷⁶.

En particular, la sentencia *Lambert* tenía su origen en una demanda planteada en Francia por algunos parientes de Vincent Lambert quien, como consecuencia de un accidente de circulación en septiembre de 2008, había sufrido un traumatismo craneal que lo había dejado tetrapléjico, en estado vegetativo crónico y en situación de completa dependencia. El paciente se encontraba ingresado en un centro hospitalario de la ciudad de Reims, donde se le mantenía con vida mediante hidratación y nutrición artificiales. Al amparo de los requisitos previstos en la *Loi n°*

⁷³ Antes, la misma sentencia, en su FJ 4, también reconoce que «[E]l "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad».

⁷⁴ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%222346/02%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-60448%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 28.02.2024].

⁷⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%22246043/14%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-155352%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%7B%22fulltext%22:%5B%22Mortier%20c.%20Belgique%20decision%202022%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-219559%22%5D%7D> [Fecha de consulta: 4.04.2024].

2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie (Loi Leonetti [2005])⁷⁷, vigente en enero de 2014⁷⁸, el médico a cargo de Vincent Lambert decidió suprimir la alimentación y la hidratación del paciente. La decisión se tomaba con el acuerdo de la esposa del paciente pero sin informar a los demás familiares. Los padres y dos de los hermanos del paciente impugnaron la decisión ante el tribunal administrativo de Châlons-en-Champagne, solicitando que se prohibiera al médico y al hospital interrumpir el tratamiento de soporte vital. El tribunal dictó sentencia suspendiendo la decisión médica.

La esposa de Vincent Lambert y uno de sus sobrinos recurrieron la sentencia ante el *Conseil d'État*. En su testimonio, la esposa declaró que, puesto que ambos esposos eran enfermeros, habían hablado en reiteradas ocasiones de pacientes en situación de dependencia. Con respecto a ello, el Sr. Lambert había expresado de forma clara su deseo de no ser mantenido artificialmente con vida en caso de encontrarse en un estado de alta dependencia, lo que fue corroborado por uno de sus hermanos. Tras solicitar opinión pericial a un panel de tres médicos y a relevantes instituciones de carácter médico y ético, el *Conseil d'État* dictó la sentencia de 24 de junio de 2014 en la que, a la vista de las conclusiones periciales, anulaba la sentencia del tribunal administrativo y consideraba conforme a derecho la decisión adoptada por el médico responsable de Vincent Lambert en el sentido de poner fin a la alimentación y nutrición artificiales.

Entonces, los padres y dos hermanos de Vincent Lambert acudieron al TEDH, alegando que la suspensión del tratamiento de alimentación e hidratación artificiales contravenía las obligaciones positivas del Estado francés con respecto al Artículo 2 de la CEDH, que reconoce el derecho a la vida; también con respecto al Artículo 3 de la CEDH, al considerar que interrumpir el tratamiento constituía un supuesto de malos tratos determinantes de tortura; y con respecto al Artículo 8 de la CEDH, porque consideraban que interrumpir la alimentación artificial lesionaba la integridad física del Sr. Lambert. Alegaban que las opiniones verbales del paciente sobre las condiciones relativas al final de su vida no podían aceptarse por ser demasiado genéricas⁷⁹.

Vincent Lambert no había otorgado ningún documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas (*directives anticipées*) en el que constase su voluntad con respecto al mantenimiento de medidas de soporte vital. En este punto, el caso se asemeja al que tuvieron que resolver los tribunales alemanes en el supuesto expuesto al principio. Sin embargo, a diferencia de este, en el caso francés existían testigos -la esposa y un hermano- que declararon que el paciente había manifestado verbalmente sus preferencias con respecto a la interrupción de las medidas artificiales de soporte vital para el caso de encontrarse en una situación parecida a la que estaba viviendo.

En su sentencia de 5 de junio de 2015, el TEDH rechazó la posibilidad de que los familiares de Vincent Lambert pudieran personarse ante el Tribunal en nombre y por cuenta del paciente, puesto que no concurría ninguna de las causas excepcionales en las que así lo permite la

⁷⁷ JORF n° 0095 du 23 avril 2005: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240/> [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁸ Con posterioridad, en el año 2016, el legislador aprobó la ley actualmente vigente: LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (Loi Claeys-Leonetti): <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000031970253> (JORF n°0028 du 3 février 2016) [Fecha de consulta: 15.12.2023].

⁷⁹ Párrafos 80-81 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

jurisprudencia del mismo Tribunal. En cambio, reconoció que se encontraban legitimados para interponer una demanda en su propio nombre, como afectados directos por la vulneración de sus derechos propios⁸⁰. Tras analizar el fondo del asunto, el Tribunal europeo desestimó la demanda y rechazó que el Estado francés hubiera lesionado derechos propios de los familiares reconocidos en la Convención.

En cuanto a la protección del derecho a la vida del Art. 2 CEDH, el Tribunal recuerda que impone a los Estados signatarios tanto obligaciones positivas, dirigidas a adoptar medidas adecuadas para salvaguardar la vida de quienes se encuentran dentro de la jurisdicción de los Estados, como negativas, en el sentido de abstenerse de privarles de la vida «intencionalmente»⁸¹. Al trasladar estas obligaciones al caso planteado, el TEDH reconoce que la legislación vigente en 2014 en Francia (*Loi Leonetti*) no autorizaba la eutanasia ni el llamado suicidio asistido, puesto que el Art. artículo R. 4127-38 del *Code de Santé publique* prohibía a los médicos quitar la vida a un enfermo de manera intencional⁸². Desde este punto de vista, entiende que el Estado Francés no había violado su obligación negativa de abstenerse de quitar la vida intencionalmente. Sin embargo, en la medida en que la ley francesa permitía que los médicos pudieran interrumpir el tratamiento (abstención terapéutica) si la continuación del mismo suponía una «obstinación irrazonable»⁸³, se planteaba si el Estado había incumplido las obligaciones positivas que le imponía la Convención⁸⁴.

Con respecto a estas últimas, se trata de valorar si el Estado francés ofrecía un marco legal dirigido a los centros sanitarios, públicos o privados, que garantizase la adopción de medidas adecuadas para proteger la vida de sus pacientes⁸⁵. Al respecto y, siguiendo su propia jurisprudencia, el TEDH declara que, en el contexto de las obligaciones positivas de los Estados, especialmente cuando se trata de cuestiones complejas desde el punto de vista científico, jurídico o ético, como son las relativas al final de la vida, la ausencia de consenso entre los Estados conduce a reconocerles cierto margen de apreciación que, en el concreto ámbito objeto de análisis, califica como «considerable»⁸⁶.

En particular y, en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital, el TEDH reconoce que, pese a la falta de consenso, la mayoría de los estados signatarios acepta dicha posibilidad. Si bien la regulación concreta varía de un país a otro, se constata cierto acuerdo en lo relativo a la importancia primordial de los deseos del paciente en el proceso de decisión. Y ello, con independencia de cómo se expresen estos deseos. En opinión del Tribunal, el margen de decisión reconocido a los Estados se refiere tanto a permitir o no la retirada del tratamiento, como a los medios dirigidos a lograr un equilibrio entre la protección del derecho a la vida de los pacientes,

⁸⁰ Párrafos 89-112 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸¹ Párrafo 117 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con cita de la sentencia del propio TEDH *L.C.B. v. the United Kingdom*, de 9 de junio de 1998.

⁸² Según dicha disposición, «[L]e médecin doit accompagner le mourant jusqu'à ses derniers moments, assurer par des soins et mesures appropriés la qualité d'une vie qui prend fin, sauvegarder la dignité du malade et réconforter son entourage. Il n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort».

⁸³ Párrafo 121 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁴ Párrafo 124 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁵ Párrafo 140 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con abundantes referencias jurisprudenciales.

⁸⁶ Párrafo 144 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*, con citas a las sentencias *Haas c. Suiza* (sentencia de 20 de enero de 2011) y *Koch c. Alemania* (sentencia de 19 de julio de 2012).

por un lado, y la protección de su derecho al respeto a la vida privada y a su autonomía personal⁸⁷, por otro, lo que tiene que ver con el Art. 8 CEDH. Este margen de decisión, sin embargo, no es ilimitado.

Como se ha dicho, el derecho francés admitía la posibilidad de retirar el tratamiento si su mantenimiento suponía una «obstinación irrazonable», la cual existe, de acuerdo con el Art. L. 1110-5 (II) del *Code de Santé Publique*, cuando el tratamiento deviene «inútil, desproporcionado o no tiene otro efecto más que mantener artificialmente la vida». En su sentencia de 24 de junio de 2014, el *Conseil d'État* identificó los factores que el médico debe considerar para establecer si se cumplen los criterios que determinan la «obstinación irrazonable»⁸⁸. En ella, además, el tribunal francés identificó dos salvaguardas importantes. En primer lugar, afirmó que «el mero hecho de encontrarse una persona en un estado irreversible de falta de conciencia o, *a fortiori*, haber perdido de forma irreversible su autonomía y, por tanto, depender de una alimentación e hidratación artificiales, no equivale por sí solo a una situación en la que la continuación del tratamiento parecería injustificada por motivos de obstinación irrazonable». En segundo lugar, declaró que «cuando se desconocen los deseos de un paciente, no se puede suponer que consistan en una negativa a ser mantenido con vida»⁸⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TEDH concluye que las disposiciones legales vigentes en el momento del tratamiento, tal y como las interpretó el *Conseil d'État* francés, «constituyen un marco jurídico suficientemente claro, a los efectos del Art. 2 de la Convención, para regular con precisión las decisiones que toman los médicos en situaciones como el presente caso». Por consiguiente, «el Estado [francés] estableció un marco regulatorio adecuado para garantizar la protección de la vida de los pacientes»⁹⁰. También considera que la organización del proceso de toma de decisiones en lo relativo a la retirada del tratamiento, incluida la designación de la persona que toma la decisión final y las medidas concretas para la toma de la decisión «caen dentro del ámbito de la competencia correspondiente al margen de apreciación del Estado» que, en el caso del Sr. Lambert, «fue largo y meticuloso, yendo más allá de los requisitos establecidos por la ley», por lo que «dicho procedimiento cumplió los requisitos que derivan del Art. 2 de la Convención»⁹¹.

Finalmente, en lo relativo a los remedios judiciales disponibles en el derecho interno para los demandantes, el TEDH también considera que el asunto fue objeto de un análisis detenido por parte del *Conseil d'État*, en el que todas las partes pudieron manifestar sus puntos de vista y todos los aspectos del caso pudieron ser considerados, tanto desde el punto de vista de los expertos, como de las más reconocidas instituciones de carácter médico y ético. Particularmente, el Tribunal europeo pone énfasis en la importancia que el *Conseil d'État* francés dio al hecho de que el médico tuviera muy en cuenta los deseos del propio paciente. Al no haber otorgado ningún documento de directivas anticipadas, el órgano jurisdiccional trató de identificar los deseos de

⁸⁷ Párrafos 147-148 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁸⁸ En concreto, se refería a «los factores médicos (que deben cubrir un período suficientemente largo, ser evaluados colectivamente y referirse, en particular, al estado actual del paciente, a su evolución, a su grado de sufrimiento y al pronóstico clínico) y a los factores no médicos, es decir, los deseos del paciente, cualquiera que sea su expresión, a los que el médico se había referido "conceder especial importancia", y las opiniones de la persona de confianza, de la familia o de personas cercanas al paciente» (pár. 158 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*).

⁸⁹ Según se citan en la sentencia *Lambert y otros c. Francia* del TEDH (pár. 159).

⁹⁰ Pár. 160 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁹¹ Pár. 168 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

Vincent Lambert a partir del testimonio de su esposa y de algunos de sus hermanos. Según la esposa, tales deseos indicaban la voluntad de no ser mantenido con vida artificialmente en caso de encontrarse en un estado de alta dependencia. A partir de estos datos, el TEDH consideró que el *Conseil d'État* había cumplido suficientemente el requisito de consultar a la familia, según requería la ley francesa⁹².

La conclusión a la que llega el TEDH es que el Estado francés no incumplió las obligaciones positivas que el Art. 2 de la Convención le impone en relación con la protección del derecho a la vida. Del mismo modo, considera que, al quedar absorbida la reclamación por infracción del Art. 8 de la Convención (violación de la vida familiar) por las reclamaciones relativas al Art. 2, resulta innecesario pronunciarse separadamente con respecto a ella⁹³.

Lo relevante de todo ello es que, también en el contexto de la jurisprudencia del TEDH, el reconocimiento prioritario del derecho a la vida contenido en el Art. 2 CEDH puede ceder ante el derecho del paciente a decidir sobre el rechazo a un tratamiento de soporte vital que podría conducirle a la muerte, al amparo del derecho a la vida privada contemplado en el Art. 8 CEDH y el correlativo derecho a la autonomía personal. Con anterioridad, el TEDH ya había declarado en la sentencia *Pretty c. Reino Unido*⁹⁴ que «...en la esfera del tratamiento médico, el rechazo a aceptar un particular tratamiento podría, inevitablemente, conducir a un resultado fatal, pero imponer un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría en la integridad física de una persona en forma tal que puede comprometer los derechos protegidos en el Art. 8.1 de la Convención. Como reconoce jurisprudencia doméstica, *una persona puede elegir morir mediante la negativa a consentir un tratamiento que podría tener el efecto de alargar su vida*»⁹⁵. Y continúa: «la verdadera esencia de la Convención es el respeto de la dignidad humana y de la libertad humana. Sin negar de ningún modo el principio de la santidad de la vida protegida en la Convención, el Tribunal considera que es en el marco del Artículo 8 que las nociones de la calidad de la vida toman significación. En una era de creciente sofisticación médica, combinada con mayores expectativas de vida, a mucha gente le preocupa no ser forzada a continuar viviendo en la vejez o en estados de avanzada decrepitud física o mental que entran en conflicto con ideas fuertemente arraigadas sobre el yo y la identidad personal»⁹⁶. Aunque la sentencia *Pretty* resolvía un supuesto sustancialmente distinto a los que se abordan en este trabajo⁹⁷, la ponderación de intereses que realizaba el TEDH apuntaba en la misma dirección.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, con cita expresa de la jurisprudencia del TEDH, también reconoce que la «facultad de autodeterminación del paciente», como manifestación de

⁹² Pár. 176 de la sentencia *Lambert y otros c. Francia*.

⁹³ Del mismo modo, considera que, al quedar absorbida la reclamación por infracción del Art. 8 de la Convención (violación de la vida familiar) por las reclamaciones relativas al Art. 2, resulta innecesario pronunciarse separadamente con respecto a ella. La sentencia, aprobada con el voto de 12 magistrados, contó con el voto particular de 5 magistrados, los cuales criticaban el carácter excesivamente determinante que se atribuía a la voluntad presunta del paciente a la hora de configurar la valoración del médico.

⁹⁴ Sentencia del TEDH de 29 de abril de 2002.

⁹⁵ Párrafo 63 de la sentencia *Pretty v. Reino Unido*.

⁹⁶ Párrafo 65 de la sentencia *Pretty v. Reino Unido*.

⁹⁷ Puesto que la sentencia trataba de la solicitud de ayuda al suicidio de una paciente que sufría una enfermedad neuronal degenerativa. Pese a los razonamientos señalados, el Tribunal Europeo rechazó en la sentencia que el Reino Unido hubiese violado los preceptos de la Convención.

sus derechos fundamentales, incluye la facultad «*de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo (...) aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal*» (STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 6). Más recientemente, la STC 19/2023 de 22 marzo, sobre la ley reguladora de la eutanasia, también ha declarado que «escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es "la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica", sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte. En suma, *la autodeterminación sobre el propio sustrato corporal impide que pueda activarse una protección de la vida a través de terapias salvadoras contra la voluntad del paciente*» (FJ 6).

Ahora bien, los pronunciamientos del TEDH en las sentencias *Lambert*, *Pretty* o *Mortier* asumen la existencia de una voluntad conocida del paciente dirigida a interrumpir el tratamiento de soporte vital. Nada se dice para el caso de desconocerse esta voluntad, bien porque no se ha otorgado un documento de instrucciones previas o similar, o bien porque, en su ausencia, la voluntad no ha podido establecerse de otro modo. Eso es, precisamente, lo que ocurrió en el caso alemán, con respecto al cual el BGH y el BVerfG se pronunciaron a favor del derecho a la vida, negando la responsabilidad al no quedar acreditada la voluntad del paciente.

La misma opinión parece compartir el *Conseil Constitutionnel* francés en la sentencia⁹⁸ que resolvió la constitucionalidad de la *Loi Claeys-Leonetti*⁹⁹ (2016), que sustituyó la anterior *Loi Leonetti*, vigente en el momento en el que se plantearon los hechos del caso *Lambert*. En esta sentencia, el órgano constitucional francés declaró que «cuando la voluntad del paciente sigue siendo incierta o desconocida, el médico no puede basarse únicamente en esta circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender el tratamiento»¹⁰⁰.

A la vista de lo expuesto, conviene profundizar en el análisis del derecho a la autodeterminación del paciente y, en particular, en la distinción entre aquellos supuestos en los que existe constancia de la voluntad del paciente contraria a mantener el tratamiento, y aquellos otros en los que esta voluntad se desconoce.

6. La lesión del derecho a la autodeterminación personal como interés jurídico lesionado

6.1. Principio de dignidad y autodeterminación del paciente

Además de la autodeterminación del paciente, la sentencia del BGH alemán planteaba otros posibles fundamentos alternativos para una eventual responsabilidad del médico y hablaba de la lesión de la integridad física o del derecho general de la personalidad. Esta búsqueda de alternativas tiene mucho sentido en el ordenamiento alemán, cuyo sistema de responsabilidad civil circunscribe la indemnización a los perjuicios que derivan de la lesión a uno de los intereses

⁹⁸Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632QPC.htm> [Fecha de consulta: 19.12.2023].

⁹⁹ LOI n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie (JORF n°0028 du 3 février 2016).

¹⁰⁰ Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017, núm. 11. Aunque que la regla general parece quedar clara, lo cierto es que el uso de la expresión «no puede basarse únicamente en esta circunstancia» para suspender el tratamiento, no excluiría que otras circunstancias distintas pudieran conducir al médico a la decisión contraria.

jurídicos protegidos enumerados en el § 823 BGB, entre los que no se encuentra la citada autodeterminación personal. Sin embargo, puede no resultar tan necesaria en un sistema de cláusula general como el nuestro, en el que, por regla general, no existen restricciones a la indemnización de los perjuicios resultantes de la lesión de cualquier interés protegido, siempre que sean suficientemente ciertos y resulten probados¹⁰¹.

Por esta razón, vista la cuestión desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, es probable que sean el principio de dignidad humana y el derecho a la autodeterminación del paciente los intereses que mejor permiten fundamentar la decisión del paciente en torno a si continuar o suspender las medidas de soporte vital. De forma explícita, el Art. 2.1 de la Ley 41/2002 se refiere a «la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad», como principios orientadores de la actividad dirigida a transmitir la información sanitaria y a obtener el consentimiento informado con ocasión de cualquier actuación relativa a la salud del paciente. En este sentido, conviene recordar que no se demanda al médico por alargar la vida como tal, sino por lesionar el derecho a la autodeterminación del paciente en relación con los procedimientos y tratamientos dirigidos a prolongar su vida de manera artificial¹⁰².

Ello significa que la voluntad del paciente puede limitar la actuación del médico, siempre que aquella voluntad se manifieste de forma libre, consciente e informada, y no contravenga el ordenamiento jurídico o imponga al médico conductas contrarias a la *lex artis* o contraindicadas terapéuticamente. También cuando, tratándose de una persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo, manifiesta su voluntad con la correspondiente medida de apoyo, de acuerdo con lo previsto en el Art. 9.7 Ley 41/2002¹⁰³. Bajo estas condiciones, ignorar la voluntad del paciente supone degradarle «a la condición de mero objeto de la conducta médica que lesiona su dignidad humana»¹⁰⁴. Y si expresó esta voluntad cuando todavía poseía capacidad de

¹⁰¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual*. Parte general, 9ª, Dykinson, Madrid, 2023, p. 185; MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1902», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2047.

¹⁰² ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., p. 108.

¹⁰³ Como señala el segundo inciso del precepto, «Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento». Sobre la cuestión, véase Esther TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret 3/2022*, pp. 76-113; M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n^o 39, 2021, p. 220.

¹⁰⁴ En palabras de SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815. En nuestro país, señala Mirentxu CORCOY BIDASOLO que la dignidad humana se compone de un doble aspecto, positivo y negativo. En el aspecto positivo, la dignidad supone el «derecho a vivir en unas condiciones que sirvan a la autoestima propia de cada persona, es decir, un concepto de dignidad subjetivo», en la medida en que depende de la concepción que tenga cada persona de su vida. Sería el «derecho de cada persona a conformar sus vidas conforme a su personalidad». En cambio, «[E]n sentido negativo el derecho a la dignidad se concibe como un derecho a no sufrir indignidad, a no ser tratado como un objeto, como una cosa. Este aspecto negativo de la dignidad es objetivo y exigible en todo caso respecto de cualquier persona y en cualquier condición» (CORCOY BIDASOLA, Mirentxu, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO, María (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 65 (publicación disponible en acceso abierto, consultable en <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/libro-alzheimer-problemas-eticos-y-juridicos> [Fecha de consulta: 28.02.2024]).

comprender, a través de un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, entonces la expresión de esa dignidad será la manifestada en el momento de su otorgamiento, que fue cuando ejerció válidamente su libre capacidad de autodeterminación personal¹⁰⁵.

6.2. Voluntad conocida del paciente en relación con la retirada de tratamientos de soporte vital

Cuando la voluntad del paciente se muestra de forma clara, la solución es menos problemática; incluso si entre el momento en qué expresó su voluntad y aquél en el que debe aplicarse se ha producido una pérdida de la capacidad para adoptar o manifestar la decisión, puesto que es suficiente que hubiera prestado su consentimiento libre, consciente y en forma válida, en el momento en el que tuvo lugar la decisión (al otorgar, por ejemplo, el documento de voluntades anticipadas). Las dificultades surgen cuando la voluntad no es clara o se desconoce, como ocurría en el caso resuelto por las sentencias alemanas comentadas. En tales supuestos, el centro de atención se desplaza a la figura del representante sanitario -si hubiese sido designado- a los familiares y personas próximas al paciente o, en el caso de personas con discapacidad, a las personas que ejercen las medidas de apoyo¹⁰⁶, para tratar de esclarecer cual pudiera haber sido esta voluntad.

En nuestro derecho, la obligación de los profesionales sanitarios de respetar la voluntad informada del paciente manifestada válidamente encuentra su fundamento legal en el Art. 2.6 Ley 41/2002¹⁰⁷, según el cual «*todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado (...) al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*», precepto ubicado en el Capítulo I de la Ley (Principios generales), aplicable tanto las disposiciones relativas al consentimiento informado (Arts. 8 a 10) como al documento de instrucciones previas (Art. 11). Esta voluntad incluye también la negativa al tratamiento (cfr. Art. 2.4 de la misma Ley), aun cuando sus consecuencias puedan conducir a un «resultado fatal» (SSTC 37/2011, de 28 de marzo de 2011, FJ 6; 19/2023, de 22 de marzo de 2023). En la jurisprudencia, el AAP Vizcaya 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A] reconoce expresamente «el valor vinculante de la voluntad expresada en el correspondiente documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas», con cita de los artículos 11 de la Ley 41/2002 y 2 y 3 de la ley autonómica vasca (Ley 7/2002, de 12 de diciembre, *de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad*)¹⁰⁸. Del mismo modo, la doctrina alemana reconoce la fuerza obligatoria del documento de voluntades anticipadas frente al médico, aunque precisa que dicha fuerza no deriva tanto del § 1901a BGB (actual § 1827 BGB, desde la reforma de 1.1.2023), que es el que regula el documento de voluntades anticipadas, sino

¹⁰⁵ CORCOY BIDASOA, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, cit., p. 71.

¹⁰⁶ Sobre la función de las medidas de apoyo en el ámbito sanitario, entre otros, puede verse TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., pp. 76-113; GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., pp. 213-247.

¹⁰⁷ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, n. 1, 2017, 150-160, p. 155.

¹⁰⁸ BOPV núm. 248, de 30 de diciembre de 2002.

del § 630e BGB, regulador del deber de información sanitaria y del consentimiento informado en general¹⁰⁹.

Criterios parecidos, aunque más desarrollados, se encuentran en el actual Art. L 1111-4 del *Code de la Santé Publique*¹¹⁰, en su versión aprobada en 2020, el cual dispone que «toda persona tiene el derecho a rechazar o a no recibir el tratamiento», para señalar, a continuación, que «*el médico tiene la obligación de respetar la voluntad de la persona, después de haberla informado de las consecuencias de su elección y de su gravedad. Si, por su voluntad de rechazar o interrumpir todo tratamiento, la persona pone su vida en peligro, debe reiterar su decisión en un plazo razonable*» [énfasis añadido]. Por su parte, las disposiciones reglamentarias del mismo *Code* disponen que «[C]uando el paciente no pueda expresar su voluntad el médico a cargo del paciente deberá respetar la voluntad expresada por aquél en las instrucciones anticipadas (...)» (Art. R4127-37-1). Además, el Art. R4127-37-2 *Code*, en su versión actualmente en vigor, reitera que «[L]a decisión de limitar o suspender el tratamiento respeta los deseos del paciente previamente expresados en las directivas anticipadas» aunque, a continuación, el mismo precepto atribuye cierto margen de decisión al médico, *si el paciente no puede expresar su voluntad*, para decidir en torno a la limitación o suspensión de los tratamientos, cuando mantenerlos suponga una «*obstinación irrazonable*»¹¹¹. Contribuye a clarificar el sentido de la expresión «obstinación irrazonable» el Art. R4127-37 del *Code*, que impone al médico el deber de «esforzarse por aliviar el sufrimiento del paciente por medios adecuados a su estado y ayudarle moralmente», de modo que «*debe abstenerse de toda obstinación irrazonable y podrá negarse a emprender o continuar tratamientos que parezcan inútiles, desproporcionados o que no tengan otro efecto que el exclusivo mantenimiento artificial de la vida*» [énfasis añadidos]. En este punto, el legislador francés atribuye al médico cierto margen de evaluación, aunque sujeto a control, puesto que solo podrá tomar la decisión al final de un procedimiento colegiado encaminado a tratar de identificar, a través de la persona de confianza o, en su defecto, de los familiares o allegados, la voluntad del paciente al respecto¹¹² [énfasis añadidos].

Pese a ello, en la práctica, el compromiso del médico en relación con el contenido de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas no siempre resulta claro. En primer lugar, por la forma en la que se recibe esta obligación en la práctica jurisdiccional. En segundo lugar, por las limitaciones y excepciones que afectan al contenido mismo de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas.

a. *La jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová*

¹⁰⁹ LIPP, Volker, en LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8. Aufl, Münchener CH Beck, 2021, pp. 246-247, Rn. 152.

¹¹⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006072665/ [Fecha de consulta: 29.02.2024].

¹¹¹ El texto completo del primer apartado del Art. R4127-37-2 dispone: «I.- La decisión de limitar o suspender el tratamiento respeta los deseos del paciente previamente expresados en las voluntades anticipadas. Cuando el paciente no pueda expresar su voluntad, la decisión de limitar o suspender los tratamientos previstos, por rechazo de obstinación irrazonable, sólo podrá tomarse al final del procedimiento colegiado previsto en el artículo L. 1110-5. -1 y en cumplimiento de voluntades anticipadas y, en su defecto, después de haber sido recabado de la persona de confianza o, en su defecto, de los familiares o de uno de los allegados, el testimonio de la voluntad expresada por el paciente.»

¹¹² Véase el Art. R4127-37-2 del *Code de la Santé Publique*, reproducido en la nota anterior.

En el caso alemán comentado, tanto la sentencia del BGH como el auto del BVerfG reconocen la posibilidad de indemnizar el daño moral resultante de la «lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en caso de que las medidas de soporte vital se hubiesen mantenido en contra de su voluntad» y siempre que esta voluntad hubiese podido acreditarse¹¹³. A pesar de ello, la propia doctrina alemana reconoce que la práctica jurisprudencial anterior no era precisamente clara al respecto¹¹⁴.

Así, al analizar este contexto jurisprudencial, SPICKHOFF y DEURING¹¹⁵ exponen una sentencia dictada en 2002 por el *Oberlandesgericht* de Munich¹¹⁶ que absolvió al médico demandado y rechazó indemnizar el daño moral reclamado por una paciente, testigo de Jehová, a quien se había practicado una transfusión de sangre en contra de su voluntad manifestada en un documento previo de voluntades anticipadas. Al comentar la sentencia, los citados autores consideran que, si bien la práctica de una transfusión de sangre podría justificar la responsabilidad del profesional sanitario cuando el paciente capaz la ha rechazado de forma expresa, los tribunales pueden acabar introduciendo excepciones, como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia en el que, si bien en un primer momento el médico responsable había asumido que no sería necesaria ninguna transfusión, más adelante consideró que la transfusión era el único tratamiento posible para poder mantener en vida a la paciente. En tales supuestos, escriben los autores, «el médico no está obligado a cumplir lo dispuesto en el documento de voluntades anticipadas si no está realmente seguro de si el paciente en cuestión se habría opuesto a la transfusión como recurso último para mantener la vida»¹¹⁷.

Si bien la jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre a pacientes testigos de Jehová difiere en algunos aspectos de los supuestos relativos a la interrupción de medidas de soporte vital, comparte con esta constelación de casos el conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación personal del paciente afectado. Es, desde este punto de vista, que se considera oportuno abordar la cuestión.

En realidad, el caso planteado por SPICKHOFF y DEURING introduce un elemento nuevo en el debate, relativo a la aparición de una circunstancia, con respecto a la cual existen dudas sobre si el paciente la había tenido en cuenta en el momento de otorgar el documento de voluntades anticipadas: ¿habría decidido lo mismo, el paciente, enfrentado a una situación de grave riesgo vital, si la transfusión fuese el único tratamiento posible para poder salvar su vida?

Una manifestación extrema de esta problemática se planteó en la sentencia de la Corte de Apelación de Michigan *Werth v. Taylor* (1991)¹¹⁸. En ella, la demandante era una paciente embarazada, testigo de Jehová, que registró un escrito en el hospital donde iba a dar a luz manifestando su deseo de no recibir transfusiones de sangre. Dos meses después, con ocasión

¹¹³ BGH, sentencia de 02.04.2019 - VI ZR 13/18, párr. 30;) y BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022, párr. 20.

¹¹⁴ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 815-816.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ OLG Munich, sentencia de 31.01.2002, 1 U 4705 / 98, NJW-RR 2002, 811.

¹¹⁷ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 815, con cita de otras sentencias en la misma dirección.

¹¹⁸ *Werth v. Taylor*, 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991).

del parto, la paciente ingresó en el hospital. El esposo gestionó los trámites de admisión, en el transcurso de los cuales firmó, en nombre y representación de su esposa, un formulario en el que volvía a rechazar la transfusión. Tras el alumbramiento y, mientras se encontraba bajo anestesia general, la Sra. Werth sufrió una hemorragia uterina que puso en peligro su vida, momento en el que los médicos ignoraron las negativas anteriores y practicaron la transfusión. La Corte de Apelación de Michigan reconoció que los pacientes tienen derecho a rechazar la atención médica, pero sostuvo que, en situaciones de urgencia, se presume un consentimiento implícito a la actuación médica, que solo puede anular un consentimiento contemporáneo y plenamente informado de los pacientes. El tribunal dudaba que estos requisitos se hubieran cumplido de forma efectiva en el caso, y consideró que el contexto en el que la paciente había expresado su rechazo tan solo contemplaba procedimientos terapéuticos rutinarios y no situaciones en las que -como era el caso- la transfusión se consideraba necesaria para sobrevivir. Conforme a ello, concluyó que el rechazo al tratamiento había sido ineficaz porque se había manifestado en unas circunstancias distintas a las que existían cuando la transfusión devino necesaria.

Se trata de una sentencia que ha sido objeto de severas críticas doctrinales, no solo por socavar el derecho a la autonomía del paciente en la toma de decisiones relativas a cualquier tratamiento médico, sino porque, ante una negativa al tratamiento, el médico podría intentar eludir los deseos expresados por el paciente retrasando cualquier actuación hasta el momento en que su estado fuese lo suficientemente crítico y su falta de capacidad tan evidente que convirtieran en urgente y necesaria la transfusión¹¹⁹. Por esta misma razón, entiendo que, en nuestro ordenamiento jurídico, tampoco podría acudirse a la excepción prevista en el Art. 9.b) Ley 41/2002, el cual autoriza al médico a llevar a cabo las intervenciones indispensables «en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento» cuando «existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización». En mi opinión, esta excepción resulta aplicable cuando no es posible obtener el consentimiento del paciente previo al acto médico y se desconoce cuál es su voluntad al respecto¹²⁰. En cualquier otro caso, el médico podría retrasar intencionalmente cualquier actuación, en espera de que el paciente se viera imposibilitado para expresar su autorización y actuar entonces al amparo de la causa relativa al «riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo».

En la jurisprudencia española, es posible encontrar un cuerpo relevante de sentencias de audiencias provinciales relativas a pacientes que, por razones religiosas, rechazan la administración de transfusiones sanguíneas, incluso en caso de necesidad. Con contadas excepciones, la mayoría de las sentencias reconocen el mayor valor del derecho a la autodeterminación del paciente frente a su vida, siempre que aquél manifieste su voluntad de forma libre, consciente e informada, de acuerdo con los requisitos previstos por la ley¹²¹. Por el

¹¹⁹ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 143-144.

¹²⁰ Tal vez, por ello, el precepto exige que el médico consulte, cuando las circunstancias lo permitan, a los familiares o personas vinculadas de hecho con el paciente, lo que le permitirá, entre otras informaciones, conocer la hipotética opinión del paciente al respecto.

¹²¹ Sobre el consentimiento o rechazo a transfusiones de sangre en pacientes testigos de Jehová menores de edad, véase la Circular de Fiscalía General del Estado 1/2012, *sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave* y los criterios en ella establecidos. Texto accesible en: <https://www.fiscal.es/-/nueva-circular-sobre-conflictos->

momento, no se ha tenido conocimiento de ninguna sentencia que plantee la eventual responsabilidad civil de los profesionales sanitarios por incumplir la negativa expresa del paciente contenida en la documentación clínica sobre el consentimiento informado, en un documento válido de instrucciones previas o en otra documentación similar¹²².

Una de las pocas excepciones a favor de reconocer un valor preeminente a la vida, justificando la transfusión incluso en contra de la voluntad del paciente, se contiene en el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Toledo de 8.4.2003 (ECLI:ES:APTO:2003:134A). El auto resolvía el recurso de apelación interpuesto por una paciente contra la resolución del Juzgado de instrucción que había autorizado una transfusión de sangre en una situación de riesgo para la vida de aquella. Al resolver el recurso, la Audiencia Provincial declara que *«la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y, en caso de conflicto o colisión, pueden estar limitadas por otros derechos constitucionalmente protegidos, y entre los que se encuentra el derecho a la vida»*. Tras señalar, citando jurisprudencia constitucional, que *«el derecho fundamental a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte"»*, concluye que *«no puede afirmarse, a priori, que una persona sea libre de arrostrar la propia muerte y que ello constituya un derecho fundamental, que es lo que parece pretender el recurrente, sino meramente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro ordenamiento constitucional, de modo que no puede convenirse en que la paciente goce sin matices de tanta facultad de autodisposición sobre su propio ser, lo que lleva al rechazo del recurso»* [énfasis añadidos].

Frente a esta posición, son mayoritarias las sentencias que defienden el derecho del paciente a rechazar el tratamiento, aunque ello suponga un grave riesgo para su vida. Explica bien los argumentos a favor de esta posición el AAP Vizcaya 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A] cuando declara que *«no existe un estado de necesidad, como conflicto entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida (...); es la propia Ley 41/2002, de 14 de noviembre la que resuelve el conflicto, porque ha adoptado una decisión vinculante para todos, para los cuadros médicos y para los Juzgados y Tribunales. La Ley da primacía a la autonomía del paciente, opta por su derecho a prestar el consentimiento informado a un tratamiento o, en sentido negativo -como las dos caras de la misma moneda- a rechazarlo. La decisión que se toma para salvar la vida (...) resuelve un conflicto en realidad inexistente. La sustitución de la voluntad de la paciente, que consta debidamente expresada y en la forma legalmente establecida, por la voluntad judicial, realiza una ponderación distinta a la ponderación legislativa, que es la que debe prevalecer»*. El caso trataba de una paciente testigo de Jehová que había otorgado un documento de instrucciones previas rechazando recibir

[hospitarios-en-torno-a-transfusiones-y-otras-intervenciones-urgentes-a-menores](#) [Fecha de consulta: 08.07.2024].

¹²² A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia de otros países, como es el caso de la sentencia canadiense dictada en 1990 por la *Court of Appeal* de Ontario *Malette v. Schulman* (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.), que se expone más adelante. Recientemente, sin embargo, los medios de comunicación españoles se han hecho eco de una sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Lleida, que absolvía penalmente a la doctora que atendió a un paciente testigo de Jehová, a quien había practicado cuatro transfusiones de sangre. El paciente sufría hemorragias internas y se encontraba grave, sin que hubiera tratamiento alternativo a la transfusión. La sentencia pone de manifiesto que el paciente no pidió el alta voluntaria y señala que él mismo había colaborado físicamente durante la transfusión. Tras el alta, el paciente inició un proceso penal alegando delitos de coacciones, contra la integridad moral y de lesiones. Solicitaba también una indemnización de 10.000 euros, en concepto de responsabilidad civil derivada de delito, por los daños morales sufridos. El Juzgado absolvió a la doctora demandada y, según las últimas informaciones publicadas, la sentencia acaba de ser recurrida ante la Audiencia Provincial de Lleida (https://www.segre.com/es/lleida/240609/la-transfusion-de-sangre-a-un-testigo-de-jehova-llega-a-la-audiencia_469772.html) [Fecha de consulta: 08.07.2024].

transfusiones de sangre, aunque fuesen necesarias para conservar la vida. Ante la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica de carácter vital en la que, en opinión del equipo médico, existía una alta probabilidad de precisar una transfusión, la paciente y sus familiares reiteraron la negativa. Los médicos, sin embargo, solicitaron autorización judicial para la transfusión, que les fue concedida por el juzgado de instrucción. La Audiencia Provincial revocó tal decisión y señaló que *«la imposición del tratamiento no respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico. Este no puede ordenar una cosa y su contraria; esto es, no puede regular la autonomía del paciente, por un lado, dándole la prioridad máxima y protegiendo el derecho a rechazar un tratamiento, y al tiempo considerar adecuada a derecho, jurídicamente correcta, la imposición judicial del tratamiento contraria a la voluntad del paciente. La lógica del sistema es respaldar en todos los casos la autonomía del paciente, estableciendo el correlativo deber de todos de abstenerse de lesionarla; de lo contrario, no se trataría de un verdadero derecho y quedaría vacío de contenido»*. Y continúa, más adelante: *«el legislador ha decidido el conflicto aparente entre derechos en casos como el presente, y lo ha hecho en favor de la dignidad humana, conforme a la cual las personas no son objetos instrumentales, sino sujetos libres, y en esa condición, no les puede ser impuesto un tratamiento médico sin su consentimiento informado, sean cuales fueren las razones que sustenten sus convicciones -éticas, religiosas o cualesquiera otras-. Con los límites establecidos en la ley -afectación de la seguridad, de la salud o de la moral pública-, que no eran rebasados, dicha voluntad debió ser respetada, pues tampoco resultaba contraria al ordenamiento jurídico ni a la buena práctica clínica»* [énfasis añadido].

Anteriormente, había apuntado en esta misma dirección el AAP Ciudad Real 31.12.2001 [-ECLI:ES:APCR:2001:86A] que, con cita de jurisprudencia anterior de la misma audiencia, declaraba que *«no existe conflicto entre la libertad personal y de conciencia frente al derecho a la vida porque la Constitución lo que garantiza es precisamente un derecho a vivir»* y *no un deber a vivir, lo que se constata con la ausencia de toda sanción por el intento de suicidio (...). Menos aún (...) existe un deber a vivir a toda costa, sacrificando las más íntimas convicciones morales, éticas y religiosas del sujeto»*. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 120/1990, de 27 de junio, la Audiencia recuerda que *«no se plantea conflicto entre un pretendido e inexistente deber de vivir y la libertad personal, ideológica y de conciencia»*, sino que el paciente *«desea vivir, mas aceptando el riesgo inherente a no serle administrado un tratamiento médico que colisione frontalmente con sus creencias religiosas... En definitiva, el sujeto pide que se le respeten sus creencias, asumiendo él y solo él, el riesgo inherente a esa decisión personal»*¹²³ [énfasis añadidos].

Del mismo modo, el AAP Lleida 25.1.2011 [ECLI:ES:APL:2011:32A] resolvía un recurso de apelación interpuesto contra el auto del juzgado de instrucción que había autorizado una transfusión de sangre en un paciente que, por razones religiosas, había expresado su rechazo a las transfusiones en un documento previo de voluntades anticipadas. Esta negativa se reiteró después, ante el equipo médico que iba a practicarle una intervención quirúrgica, mediante una declaración libre, consciente y tras haber recibido la información pertinente. La Audiencia Provincial revocó la decisión del Juzgado de instrucción y, después de revisar la legislación y la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al respecto, señala que *«nos hallamos ante un derecho del paciente que puede ser ejercitado, pero también*

¹²³ A pesar de estos razonamientos, la Audiencia acabó confirmando el Auto del Juez de instrucción, que autorizaba la transfusión, por considerar que, en el momento de tomar la decisión, la paciente carecía de capacidad de expresar su voluntad al tener «mermada su capacidad completa de comprensión sobre la decisión que ha tomado, los riesgos y las consecuencias que acarrearía llevar a término esa decisión».

renunciado, negándose al tratamiento que se le prescriba por el centro de salud (...). Esta delegación de la competencia para decidir sobre los aspectos cruciales que afectan a la salud supone, no cabe duda, un reconocimiento muy importante de la autonomía personal del paciente». Por consiguiente, «se trata de un ejercicio de autodeterminación en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la ley, no resultando justificada la imposición obligatoria de la intervención médica en contra de la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente» [énfasis añadido]. El posterior AAP Lleida 9.12.2021 [ECLI:ES:APL:2020:857A], en relación con un supuesto de hecho parecido, reproduce literalmente los mismos razonamientos¹²⁴.

El principal problema que plantea esta jurisprudencia es que, cuando las audiencias provinciales dictan el auto revocatorio de la autorización concedida por los jueces de instrucción, la transfusión de sangre ya ha tenido lugar y no puede retrocederse. La lesión de la libre autodeterminación personal ya se ha producido y no es posible volver atrás. Como explica el auto de la AP Guipúzcoa 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A], aunque en el recurso se haya solicitado la nulidad de la resolución que autorizó la transfusión, carece de sentido decretar la pérdida de sus efectos «porque lo que no puede dejarse sin efecto son las consecuencias de la transfusión». En tal caso, la única consecuencia de la estimación del recurso es la obtención de una resolución favorable a la tesis del apelante en apoyo de sus convicciones, pero no puede modificar las consecuencias derivadas de la resolución recurrida, de modo que «el pronunciamiento de la Sala, debe efectuarse teniendo en cuenta dichas circunstancias y poniendo de manifiesto la ausencia de interés en recurrir, como no sea el mantenimiento de unos principios ideológicos, insuficiente para motivar la presente actuación judicial». En un sentido parecido el AAP Vizcaya de 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A], se limitó a revocar el auto impugnado y a declarar «que no debió suplirse la voluntad de la [paciente] por la voluntad judicial, ni autorizarse al equipo médico a llevar a cabo un tratamiento médico que incluyera transfundir sangre a la recurrente».

Hasta el momento, todas las resoluciones se limitan a declarar la lesión del derecho del recurrente, sin atribuir ninguna consecuencia jurídica adicional que compense los perjuicios derivados de la lesión. Por un lado, pues, se reconoce la lesión de unos derechos de alcance constitucional, pero al mismo tiempo, se corre el riesgo de dejarlos vacíos de contenido al no reforzarlos con una protección jurídica efectiva. El reconocimiento de una indemnización por los perjuicios sufridos podría cubrir, en parte, este déficit y ofrecer una alternativa eficaz desde el derecho de la responsabilidad civil. Aunque ello presupone que la disposición contenida en el documento de voluntades anticipadas o documentación análoga es válida y respeta los límites establecidos por el ordenamiento jurídico¹²⁵.

Una solución en tal sentido la adoptó, por ejemplo, la sentencia canadiense *Malette v. Schulman* [(1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.)]¹²⁶, relativa a una paciente (Georgette Malette) que ingresó inconsciente en un hospital tras un accidente de circulación. Dado que estaba perdiendo gran cantidad de sangre, el médico que la atendió (Dr. Shulman) consideró necesario practicar una transfusión de sangre, con el fin de incrementar los niveles de oxígeno y evitar la destrucción de

¹²⁴ Con argumentos distintos, aunque en la misma dirección favorable al derecho a la autodeterminación del paciente, véase también el AAP Guipúzcoa 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A].

¹²⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 155.

¹²⁶ El texto de la sentencia puede consultarse en: <https://ctdj.ca/en/jurisprudence/malette-v-shulman-1990-72-or-2d-417-c-a/> [Fecha de consulta: 08.07.2024].

tejidos vitales. En estos mismos momentos, una enfermera descubrió en el bolso de la Sra. Malette una tarjeta que la identificaba como testigo de Jehová y en la que rechazaba las transfusiones de sangre por razones religiosas. La tarjeta, firmada por la paciente, llevaba escrita en francés la indicación: «no transfusión de sangre». A pesar de que se advirtió al médico de esta circunstancia, ante el evidente deterioro del estado de salud de la paciente, el Dr. Shulman practicó la transfusión. Una vez recuperada, la paciente interpuso demanda de responsabilidad civil contra el médico, el hospital, su director ejecutivo y cuatro enfermeras. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda en relación con el hospital, su director ejecutivo y las cuatro enfermeras, pero condenó al Dr. Shulman porque, al ignorar la información contenida en la tarjeta de la paciente y practicar la transfusión, había cometido un *tort of battery*. Conforme a ello, le condenó al pago de una indemnización de 20.000 \$ en concepto de responsabilidad civil. El médico demandado interpuso recurso de apelación ante la *Court of Appeal* de Ontario, que lo rechazó, confirmando el fallo del juzgado de primera instancia¹²⁷.

b. *Voluntad del paciente contenida en un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas*

Para que la voluntad del paciente pueda imponerse sobre la decisión del médico es preciso que aquella se haya expresado de forma libre, voluntaria e informada (Art. 8.1 Ley 41/2002)¹²⁸. Si, además, tal voluntad se expresó en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas, el otorgante debe ser una persona mayor de edad, capaz (Art. 11.1 Ley 41/2002) y constar «por escrito» (Art. 11.2 Ley 41/2002), con los requisitos adicionales que, en su caso, puedan establecer las correspondientes legislaciones autonómicas¹²⁹.

Cuando no existe documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas y el rechazo al tratamiento se lleva a cabo mediante el consentimiento inmediatamente previo al acto médico, éste deberá constar por escrito en los casos previstos en el Art. 8.2 Ley 41/2002: 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^E. El incumplimiento de dicha forma, cuando así viene impuesta por el legislador, contraviene el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH, según ha declarado el TEDH en la sentencia *Reyes Jiménez c. España*, de 8 de marzo de 2022¹³⁰. En esta sentencia, el Tribunal europeo recuerda que «cuando el derecho interno

¹²⁷ Los argumentos desarrollados por la sentencia de la *Court of Appeal* son parejos a los ya expuestos en líneas anteriores, tanto con respecto al hecho que la autonomía del paciente incluye el derecho a consentir y a rechazar tratamientos sanitarios, como en relación con el la prioridad que en determinados supuestos tiene la autonomía y libertad del paciente frente al interés del estado en preservar la vida y la salud de los pacientes.

¹²⁸ AAP de Vizcaya 6.7.2001 [ARP\2001\749].

¹²⁹ DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 345-347; NAVARRO MICHEL, Mónica, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 3, 2007, pp. 687-718; ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, nº 6, 2017, p. 13 (versión digital).

¹³⁰ Asunto *Reyes Jimenez v. Spain*, sentencia de 8 de marzo de 2022, Demanda núm. 57020/18 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216017> [Fecha de consulta: 08.07.2024]). El caso tenía su origen en tres intervenciones quirúrgicas que se realizaron al demandante, menor de edad, con el fin de extirparle un tumor cerebral. Los padres del menor consintieron por escrito la primera y la tercera intervenciones, pero no la segunda, para que tan solo prestaron un consentimiento verbal. Los tribunales nacionales consideraron que el consentimiento verbal de los padres no era contrario a la Ley 41/2002 porque la segunda intervención se llevó a cabo casi un mes después de la primera, de la que se consideraba continuación. Como consecuencia, entendieron que los padres, que se habían mantenido en contacto permanente con los médicos, estaban informados y que su

establece ciertos requisitos explícitos, éstos deben cumplirse» y, «a pesar de que el Convenio no exige en absoluto que el consentimiento informado se preste por escrito, siempre que sea inequívoco, la normativa española exige consentimiento escrito»¹³¹, de modo que la falta de cumplimiento de esta forma supone una lesión del derecho a la vida privada protegido en el artículo 8 CEDH, tanto más cuando los tribunales nacionales «no explicaron suficientemente porqué consideraron que la ausencia de dicho consentimiento escrito no lesionaba el derecho del demandante»¹³².

La relevancia constitucional de la información sanitaria y del propio consentimiento informado como presupuestos de validez de la actuación de los profesionales sanitarios ha sido puesta de relieve por el propio Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia de 28 de marzo de 2011 (STC 37/2011, de 28 de marzo), vinculándola a derechos fundamentales como la integridad física y moral del paciente, su propia libertad, así como al principio de autonomía de la voluntad: «(...) *el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro. (...) La información previa, (...), puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.*» [énfasis añadido]

Estas declaraciones resultan igualmente relevantes, tanto si el consentimiento se presta de forma contemporánea a la actuación médica, como si se refiere un consentimiento prestado de forma anticipada en un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas¹³³. En ambos casos, la falta de información o la prestación de un consentimiento no informado o insuficientemente informado impedirán que el consentimiento exprese una decisión consciente y autónoma¹³⁴. Si se trata de personas con discapacidad, este consentimiento deberán prestarlo

consentimiento no escrito era conforme al derecho español. Sin embargo, el TEDH sostuvo la opinión contraria al entender que si el derecho interno exige la forma escrita para el consentimiento informado, no respetar esta forma contraviene el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH.

¹³¹ Reyes Jimenez v. Spain, pp. 36-47.

¹³² Ibidem.

¹³³ Pues, como destacan, en la doctrina alemana, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 821, un documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas no es sino una «forma especial de consentimiento». Del mismo modo, en nuestra doctrina también se ha definido el «testamento vital» como «un tipo *sui generis* de consentimiento informado» (BETANCOR, Juana Teresa, «El testamento vital», *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, nº 9/1995, 97-112, p. 100). Por su parte, ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 10 (versión digital) afirma que «[C]omo expresión del consentimiento informado, las voluntades anticipadas tienen que ser el resultado de un proceso de reflexión personal, en el que el papel del médico y otros profesionales sanitarios resulta fundamental. Por tanto, han de ser consecuencia de una adecuada información, cuyo objetivo es ayudar al paciente a tomar decisiones de forma autónoma». En la misma línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2020, p. 6 y FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 152, para quienes el documento de instrucciones previas se asienta sobre los mismos principios o el mismo fundamento que el consentimiento informado.

¹³⁴ En opinión de ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 10 (versión digital), «las voluntades anticipadas otorgadas sin que conste una adecuada información (...), supondrían un

ellas mismas, con la correspondiente medida de apoyo, si la precisan, en cuyo caso el artículo 249.2 Código Civil señala que «[L]as personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias»¹³⁵.

En cuanto a los límites para la eficacia de las cláusulas de un documento de instrucciones previas¹³⁶, dispone el Art. 11.3 de la Ley 41/2002 que «no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la "lex artis", ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas»¹³⁷. En la legislación autonómica existen previsiones semejantes, con leves matices, principalmente en relación con la expresión relativa a la «lex artis», que se sustituye por otras como «buena práctica clínica» en la ley catalana,¹³⁸ o que «resulten contraindicadas para su patología» en la ley vasca¹³⁹. Entre todos los límites, el que, con toda probabilidad, puede plantear mayores problemas es el relativo a la falta de correspondencia entre el supuesto de hecho previsto por el paciente en el momento de otorgar el documento de voluntades anticipadas y el existente en el momento en el que hay que aplicarlas¹⁴⁰. Ello es especialmente relevante en relación con las dudas y valoraciones que tendrán que hacer, en situaciones límite, el profesional sanitario, el representante designado en

consentimiento viciado por error y, por tanto, podría ser inválido». En el mismo sentido, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 6.

¹³⁵ TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 95.

¹³⁶ Para un estudio empírico sobre el grado de conocimiento de los profesionales sanitarios que trabajan en servicios de urgencia acerca de los documentos de instrucciones previas o voluntades anticipadas, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, puede resultar interesante el trabajo de Carolina YLLERA SANZ, «¿Cumplimos nuestros deberes respecto a los Documentos de Voluntades Anticipadas?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, pp. 82-94.

¹³⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., pp. 155-156; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., pp. 710-714; NAVARRO MICHEL, Mónica, «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 7, 2006, p. 2.

¹³⁸ Art. 8.3 Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació concernent la salut i l'autonomia del pacient, i la documentació clínica. En la doctrina, puede verse FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 170.

¹³⁹ Art. 5.4 Ley 7/2002, de 12 de diciembre, *de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad* (BOPV núm. 248, de 30 de diciembre de 2002).

¹⁴⁰ En este mismo sentido, DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360; NAVARRO MICHEL, «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», cit., p. 2. En opinión de GÓMEZ TABOADA, Jesús, «El documento de voluntades anticipadas en Cataluña: una aproximación notarial», en LÁZARO, Carmen María (Coord.), *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Barcelona, IESF. Universitat Internacional de Catalunya, 2012, 111-144, pp. 138-139, el supuesto debe entenderse en el sentido de que no se tendrán en consideración las instrucciones si estaban previstas para un caso distinto del que después se produjo. En este sentido, considera el autor que este límite requiere una correspondencia exacta entre la situación real y la contemplada en el documento de voluntades anticipadas, lo que impediría cualquier forma de aplicación analógica del documento.

el documento de instrucciones previas¹⁴¹ o la medida de apoyo con funciones representativas¹⁴², cuando tengan que decidir sobre el mantenimiento o interrupción de tratamientos dirigidos a sostener la vida del paciente¹⁴³.

Ilustra bien este problema la ya citada sentencia norteamericana *Werth v. Taylor* (1991)¹⁴⁴, en relación con la transfusión de sangre impuesta a una paciente embarazada, testigo de Jehová, quien, antes del parto, había manifestado de forma expresa y reiterada su voluntad de no recibir transfusiones, pese a lo cual se le administró la transfusión. Ante la demanda interpuesta por los esposos *Werth* contra los médicos y el hospital, la Corte de Apelación de Michigan consideró que existían dudas en torno al hecho de que la negativa de la paciente hubiese sido contemporánea a la intervención y suficientemente informada. En particular, señalaba que el contexto en el que la paciente había expresado su rechazo solo se refería a procedimientos médicos rutinarios, pero no a situaciones en las que la transfusión era necesaria para salvar la vida de la paciente, como fue el caso. En opinión del tribunal, las circunstancias en las que la paciente había manifestado su rechazo eran distintas a las que concurrieron en el momento en que le fue practicada la transfusión, por lo que resolvió desestimar la demanda.

Aunque, como se ha dicho, la sentencia ha sido fuertemente criticada por la doctrina debido a las claras y reiteradas negativas de la paciente¹⁴⁵, pone de manifiesto uno de los problemas básicos en el momento de ejecutar las instrucciones anticipadas: la necesidad de poner en relación las instrucciones previas con el contexto en el que tienen que ser aplicadas, así como la necesidad de interpretarlas para conocer la voluntad real del otorgante. Ello es particularmente necesario en el caso de instrucciones ambiguas o generales y en los supuestos en los que el contexto ha podido cambiar, como puede ser un cambio en las circunstancias personales del paciente¹⁴⁶, el desarrollo de nuevos conocimientos científicos y técnicos o la aparición de nuevos tratamientos

¹⁴¹ Sobre la cuestión, en relación con el representante, FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156, para quien, precisamente para orientar a los profesionales sanitarios y al representante, en caso de que deba tomar las decisiones en sustitución del otorgante, es oportuno que este último incluya en el documento de instrucciones previas la llamada «historia de valores», sus objetivos vitales y sus convicciones.

¹⁴² Como establece el Art. 242.3 CC, cuando, excepcionalmente, las medidas de apoyo a una persona con discapacidad incluyan funciones representativas, también en este caso la persona que ejerce la medida de apoyo deberá indagar sobre cuál hubiera sido voluntad de la persona sujeta a la medida, si hubiera podido tomar ella misma la decisión: «[E]n este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (véase GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228).

¹⁴³ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 162, exponen el caso del paciente que rechaza un tratamiento de respiración asistida en una situación de final de vida, pero que aceptaría su uso, con carácter temporal, en el transcurso de una intervención quirúrgica, con anestesia general, en la que no existe riesgo para su vida.

¹⁴⁴ 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991).

¹⁴⁵ Por todos, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 143-144.

¹⁴⁶ De nuevo, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., p. 162, ilustran la situación con un paciente que, en su momento, otorgó unas instrucciones previas rechazando recibir transfusiones por ser testigo de Jehová, pero que, después, cambia de confesión religiosa y, en el momento en el que se plantea la posibilidad de transfundir, profesa la religión musulmana.

que pueden salvar la vida del paciente, mucho más favorables en términos de sufrimiento, dolor, efectos secundarios, etc¹⁴⁷.

Naturalmente, si se ha producido una evolución del conocimiento médico de tal entidad que el paciente no pudo contemplar de ninguna manera, la voluntad anticipada quedará sin efectos al caer plenamente en la excepción que contempla el Art. 11.3 Ley 41/2002 (supuesto de hecho no previsto por el otorgante en el momento de manifestar su voluntad)¹⁴⁸.

Si en el documento de voluntades anticipadas se hubiera designado un representante sanitario, será éste quien estará facultado para recibir la información médica y, en su caso, para prestar o no el consentimiento, atendiendo a la voluntad, los deseos, los valores, los principios o las preferencias manifestadas por el paciente en el documento previo¹⁴⁹. En el caso de una persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo, en principio será ella misma quien reciba la información y decida, con el apoyo de la persona que ejerce la medida, la cual deberá prestar el apoyo «atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera» (Art. 249.2 CC). Si, además, el apoyo requiere de funciones representativas -lo que, en el régimen actual, debería ser excepcional- y no es posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, el Art. 249.3 CC dispone que «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (Art. 249.3 CC)¹⁵⁰.

En ocasiones, sin embargo, la designación de un representante tampoco evitará tener que interpretar la voluntad del paciente, particularmente cuando sus instrucciones o declaraciones con respecto al tratamiento que se considera médicamente indicado han sido imprecisas, poco claras o dudosas. Por esta razón, las tareas de interpretación incumben tanto al médico como al representante del paciente, en particular, al designado en el documento de voluntades anticipadas, a quien la ley compele a «procurar el cumplimiento de las instrucciones previas» (Art. 11.1.final Ley 41/2002). En la medida en que el paciente ya no está en condiciones de recibir la información o de expresar su voluntad, uno y otro deben tratar de establecer si el paciente

¹⁴⁷ FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÀNDEZ / FERRER RIBA (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya*, cit., pp. 175-176; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., p. 713.

¹⁴⁸ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 15 quien opina que, en estos casos, además, se tratará de una voluntad no informada; NAVARRO MICHEL, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, cit., p. 713.

¹⁴⁹ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156; ECHEVARRÍA DE RADA, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», cit., p. 27 (versión digital); ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», cit., p. 15.

¹⁵⁰ En este caso, como señala la doctrina, la persona que ejerce la medida de apoyo no es, estrictamente, un representante, entendido en sentido técnico, sino un sustituto «de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarla» (por todos, GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228). En la misma, TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 96, para quien tampoco se trata de un representante que actúe por sustitución, sino que se trata de reconstruir la voluntad hipotética de la persona, «de forma objetiva, en base a datos como la religión, filosofía vital, valores, opinión, juicios sobre situaciones parecidas, etc. de la persona con discapacidad».

hubiese consentido o rechazado el tratamiento sujeto a discusión. Y eso es algo que tan solo puede hacerse regresando a las declaraciones anteriores del paciente contenidas en el documento de voluntades anticipadas y situándolas en el contexto y circunstancias en las que el paciente las realizó. Para ello, pueden ser relevantes los deseos, valores personales, convicciones éticas y principios que inspiraron al propio paciente en el momento de efectuar su declaración¹⁵¹; puede ser útil conocer sus opiniones, escritas o verbales, coetáneas al momento de otorgar el documento, acerca de determinadas situaciones vitales o de salud; también puede recabarse la opinión de sus allegados o familiares¹⁵², con el fin de discernir lo que el paciente quiso en el momento de manifestar la instrucción¹⁵³. En cualquier caso, todos ellos deben ser factores significativos que permitan identificar la voluntad real del paciente y tener una conexión concreta e individualizada con su persona, sin que sirva acudir a criterios objetivos tales como la experiencia general de la vida o lo que habría decidido una persona razonable¹⁵⁴. Estos últimos no son necesariamente representativos de lo que el paciente en cuestión pensaba subjetivamente acerca de valores como la vida, la dignidad, la integridad física o la autodeterminación de la concreta persona afectada.

Resulta difícil llegar a conclusiones definitivas sobre el resultado final de cualquier tarea interpretativa¹⁵⁵. Lo que sí puede afirmarse es que, habida cuenta de los intereses jurídicos en conflicto y de las consecuencias que ello puede tener sobre la vida del paciente, en relación con la retirada de tratamientos dirigidos a alargar la vida deberían exigirse estándares de prueba rigurosos, lo que supone un nivel de certeza elevado acerca de la voluntad del paciente para interrumpir un tratamiento de soporte vital¹⁵⁶.

c. Voluntad del paciente en ausencia de documento de instrucciones previas o voluntades anticipadas

Lo anterior lleva a plantearse la cuestión relativa a si, en ausencia de una voluntad expresa contenida en un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, podría tener relevancia la voluntad presunta del paciente, extraída de deseos o manifestaciones que hubiera podido trasladar a familiares o personas próximas, en un momento en el que todavía era capaz de expresar su opinión. El valor de estas declaraciones se reconoce expresamente en otros derechos, si bien sus efectos son de menor intensidad a los de un documento formal de instrucciones previas que refleje una voluntad clara y real¹⁵⁷. Es el caso del § 1827.2 BGB, según

¹⁵¹ DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359; FERNÁNDEZ CAMPOS, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», cit., p. 156;

¹⁵² DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 360, habla de tomar en consideración también la opinión de «las personas que, según el artículo 9 de la Ley 41/2002 pueden otorgar el consentimiento por sustitución, para que se pudiera arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada» del otorgante.

¹⁵³ LIPP, en LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, *Arztrecht*, 8. Aufl, cit., pp. 249-251, Rn 160-162.

¹⁵⁴ MüKoBGB/SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., München, C.H.Bech, 2024, § 1827, pp. 2049-2050, Rdn.48-49.

¹⁵⁵ Como, en relación con el representante sanitario y su función como intérprete de la voluntad presunta del paciente, afirma DOMINGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit. p. 359, «la figura del representante puede aclarar situaciones o volverlas aún más turbias».

¹⁵⁶ En este mismo sentido, para el derecho alemán, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 823-824; BGHZ 202, 226 Rn. 37 (NJW 2014, 2572).

¹⁵⁷ Sobre ello, MüKoBGB/SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2049, Rdn. 46.

el cual, a falta de documento de instrucciones previas -o cuando sus disposiciones no se aplican a la situación de vida o de tratamiento actuales de la persona sujeta a *Betreuung*- atribuye al *Betreuer* la facultad de establecer los deseos de tratamiento o la voluntad presunta de la persona a su cargo y decidir, sobre esta base, si consiente o rechaza las medidas sanitarias que menciona el apartado 1 del mismo artículo. En esta tarea, el precepto señala que deberán tomarse especialmente en consideración las declaraciones previas, las creencias éticas y otros valores personales del paciente sujeto a *Betreuung*.

Al interpretar el precepto, la doctrina alemana observa que el legislador no habla del carácter vinculante de la voluntad presunta del paciente, sino de «decidir sobre la base» de esta voluntad, confirmando que una voluntad presunta no es sino el resultado de valores y declaraciones diversas, que carecen de la misma eficacia que un consentimiento o negativa formalizados por un paciente capaz de decidir¹⁵⁸. Por lo demás, conviene notar que el precepto requiere que la voluntad «*se determine a partir de indicios concretos*» («*konkreter Anhaltspunkte*») y que el mandato legislativo se dirige al *Betreuer* y no al médico responsable del tratamiento. Ello presupone, naturalmente, que la toma de decisiones relativas a tratamientos médicos se encuentra dentro del ámbito de funciones asumidas por el *Betreuer* y que el estado actual del paciente le impide decidir si consentir o rechazar el tratamiento¹⁵⁹.

Por su parte, el artículo R4127-37-2(1) del *Code de la Santé Publique* francés dispone que cuando el paciente no pueda expresar su voluntad, la decisión médica de limitar o cesar el tratamiento por existir una situación de «obstinación irrazonable»¹⁶⁰ solo podrá tomarse «al final del procedimiento colegiado previsto en el artículo L1110-5. 1 y en cumplimiento de las instrucciones previas (*directives anticipées*) y, en su defecto, después de haber sido recogidas de la persona de confianza o, en su defecto, de la familia o de uno de los allegados que dé testimonio de los deseos expresados por el paciente» [énfasis añadido]¹⁶¹.

La relevancia de la voluntad presunta también se discutió en la conocida sentencia *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*¹⁶², dictada en 1990 por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En ella, el Alto tribunal norteamericano confirmó la sentencia de la Corte Suprema de Missouri, la cual había rechazado interrumpir el tratamiento de alimentación artificial que venía recibiendo la paciente, Nancy Cruzan, en estado vegetativo permanente desde que sufrió un accidente de circulación en 1983. En 1988, los padres de Nancy solicitaron y obtuvieron una

¹⁵⁸ MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2049, Rdn. 46.

¹⁵⁹ MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*. Familienrecht II, 9. Aufl., cit., § 1827, p. 2047, Rdn. 40.

¹⁶⁰ Sobre el significado de la expresión «obstinación razonable», véase la nota 90 y el texto que la acompaña.

¹⁶¹ El citado Art. 1110-5.1 del *Code de la Santé Publique* establece que «[L]os actos mencionados en el artículo L. 1110-5 no deben ejecutarse ni continuarse cuando resulten de una obstinación irrazonable. Cuando parezcan inútiles, desproporcionadas o cuando no tengan otro efecto que el exclusivo mantenimiento artificial de la vida, podrán suspenderse o no realizarse, de acuerdo con la voluntad del paciente y, si éste está fuera de control. expresar su voluntad, siguiendo un procedimiento colegiado definido reglamentariamente». La regulación del «procedimiento colegial» en cuestión se contempla en el Art. R4127-37-2 del mismo *Code de la Santé Publique*.

¹⁶² 497 U.S. 261 (1990). La sentencia puede consultarse en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/> [Fecha de consulta: 25.4.2024].

autorización judicial para que le fuese retirada la sonda¹⁶³, pero esta resolución fue revocada por la Corte Suprema de Missouri al considerar que la presunta voluntad de Nancy Cruzan no se basaba en la existencia de un documento de instrucciones previas adecuado ni en «*pruebas claras, convincentes y en sí mismas confiables*» de la voluntad de Nancy antes de perder la capacidad. La sentencia, recurrida por los padres, fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por un lado, el Alto Tribunal norteamericano reconoce como «corolario lógico de la doctrina del consentimiento informado que la paciente posee el derecho a no consentir, es decir, a rechazar el tratamiento», lo que tiene que ver con su derecho a la autodeterminación personal. Sin embargo, también considera que, dada la importancia de los intereses en juego, «*un Estado puede aplicar un estándar basado en la existencia de prueba clara y convincente en procesos en los que quien ejerce funciones de guarda pretende interrumpir la nutrición y la hidratación de una persona con diagnóstico de estado vegetativo persistente*», lo que es particularmente importante cuando se trata de los deseos expresados anteriormente por una persona que ya no es competente. Al mismo tiempo, rechaza la posibilidad de que los miembros más próximos de la familia puedan sustituir la voluntad del paciente, puesto que «no existe garantía automática de que el punto de vista de los miembros próximos de la familia coincidirá necesariamente con el que la paciente habría tenido en caso de enfrentarse a la perspectiva de su situación mientras era competente».

En nuestro derecho, la necesidad de actuar conforme a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» -no limitadas al ámbito sanitario- se contempla expresamente en el Art. 249.2 CC, en relación con el ejercicio de las medidas de apoyo a una persona con discapacidad, procurando «la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias». Incluso cuando no pueda determinarse esa voluntad, deseos y preferencias y las medidas de apoyo ejerzan funciones representativas, el mismo Art. 249 CC, en su apartado 3, dispone que la persona que ejerce el apoyo «deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». Como señala la doctrina, no se trata tanto de una representación entendida en sentido técnico como sustitución del paciente, sino que «el representante emite el consentimiento informado que el paciente hubiera expresado»¹⁶⁴. Se trata, pues, de esclarecer la hipotética voluntad de la persona con discapacidad.

Más allá de la discapacidad, no se conocen normas que, en el ámbito sanitario, doten de valor a la voluntad presunta del paciente, y menos fuera del marco de un documento de voluntades

¹⁶³ El juez de instancia había concedido la autorización basándose en la declaración de una compañera de piso de Nancy a quien, aproximadamente un año antes del accidente, le había comentado que no desearía continuar con vida, en caso de enfermedad o accidente, si no podía «vivir al menos la mitad de lo normal»

¹⁶⁴ TORRELLES TORREA, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», cit., p. 96, según quien, la «medida de apoyo o asistente deberá conocer bien los deseos y valores del paciente. No caben las valoraciones subjetivas del representante, sino que debe conocer su trayectoria vital y en función de ello deberá decidir conforme a lo que el paciente hubiera decidido en el caso de poder formular su decisión. En estos supuestos la medida de apoyo o el asistente construyen la voluntad hipotética o posible de la persona con discapacidad». En el mismo sentido, opina GONZÁLEZ CARRASCO, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», cit., p. 228 que se trata más bien un sustituto «apoyo y sustitución de la expresión de lo que hubiera sido la voluntad del paciente de haber estado en condiciones de prestarla».

anticipadas. Por esta razón, sería recomendable que, en el contexto sanitario, nuestro legislador se pronunciara con respecto al valor de las declaraciones realizadas fuera del marco formal de un documento de voluntades anticipadas, ya sea en su función interpretativa de las instrucciones mismas o ya, en ausencia de documento, para tratar de esclarecer una voluntad presunta del paciente. Entretanto, tiene sentido la opinión de DOMÍNGUEZ LUEMO¹⁶⁵ cuando sostiene que, «en caso de que existan carencias o lagunas en el documento de instrucciones previas, puede acudir al auxilio del representante. Incluso si éste no ha sido nombrado, sería factible acudir a las personas que, según el art. 9 Ley 41/2002 pueden otorgar el consentimiento por sustitución, para que se pudieran arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada». De este modo, las opiniones o los deseos previos expresados por el paciente a familiares y a personas allegadas, en momentos y situaciones en los que todavía era capaz, podrían tener relevancia, aunque sujetos a ciertas cautelas, habida cuenta de su mayor indeterminación. En este sentido, puede resultar oportuno exigir «pruebas claras y convincentes» de la voluntad del paciente, como hacía la sentencia *Cruzan*; o bien requerir que la voluntad presunta del paciente se establezca «a partir de indicios concretos», según resulta del § 1827.2 BGB; o incluso limitar el círculo de posibles testigos de la voluntad presunta a familiares y personas allegadas al paciente, como hace el derecho francés. En este sentido, no está de más recordar la opinión del *Oberlandesgericht* de Munich en la sentencia que daba inicio a este trabajo cuando afirmaba que «los supuestos deseos del paciente deben determinarse con gran diligencia, especialmente cuando se trata de interrumpir el tratamiento nutricional»¹⁶⁶.

6.3. Voluntad desconocida del paciente en relación con la retirada de medidas de soporte vital

En último término, si el paciente no otorgó ningún documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, si este documento no incluye ninguna instrucción relativa a las posibles medidas de soporte vital o bien no es posible conocer la voluntad presunta del paciente con ciertas garantías, no parece que la decisión médica de mantener las medidas constituya una lesión de su derecho a la autodeterminación personal.

En relación con esta cuestión, la doctrina y la jurisprudencia alemanas sostienen que cualquier decisión debería tener en cuenta el bienestar del paciente y la protección de su vida (*in dubio pro vita*)¹⁶⁷. Del mismo modo, algún sector de la doctrina norteamericana opina que, en ausencia de evidencia clara sobre la voluntad del paciente con respecto a las medidas de soporte vital, tiene sentido que «el gobierno pueda extender su defensa general de la vida, estableciendo una regla que, por defecto, la favorezca, es decir, que vele por prolongar la vida»¹⁶⁸. En nuestro ordenamiento jurídico, tales principios podrían encontrar acomodo en la regla del Art. 9.6 Ley 41/2002 cuando, en sede de consentimiento otorgado por el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho al paciente no capaz para tomar decisiones y a personas menores de edad, dispone que «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al

¹⁶⁵ DOMINGUEZ LUEMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit. p. 360.

¹⁶⁶ OLG Munich, 21.12.2017, cit., p. 45.

¹⁶⁷ Para el derecho alemán, entre otros, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 822-824. En la jurisprudencia germana, el principio *in dubio pro vita* lo recoge de forma explícita la sentencia del OLG Munich, 21.12.2017, cit.: «[A] menos que existan otras indicaciones, se aplica “in dubio pro vita”» (p. 45).

¹⁶⁸ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 151-152, 162.

mayor beneficio para la vida o salud del paciente». En el caso de decisiones contrarias a dichos intereses, el precepto establece la necesidad de contar con autorización judicial¹⁶⁹, salvo que razones de urgencia impidiesen recabar la autorización «en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad». Aunque el precepto se refiere a situaciones distintas (consentimiento por sustitución) de las que ahora nos ocupan, la regla favorable a la vida parece inspirar también la decisión del legislador español en estos supuestos. En este punto, sin embargo, me parece importante destacar la necesidad de que la protección de la vida vaya siempre acompañada de la idea de bienestar del paciente, en coherencia con el respeto a la dignidad de la persona. Solo así es posible evitar situaciones de encarnizamiento terapéutico y asegurar que el paciente pueda seguir viviendo con el mínimo sufrimiento y la máxima calidad de vida posibles¹⁷⁰.

Declarar la responsabilidad civil del médico que no ha interrumpido el tratamiento en estos casos supondría volver al debate -ya rechazado- sobre si hay vidas que merecen ser vividas y vidas que no. A falta de constatación de lesión al derecho a la autodeterminación del paciente, es su vida la que, por defecto, goza de protección prioritaria. Como se ha expuesto anteriormente, el debate no puede centrarse en torno a si, en comparación con una vida enferma, era mejor para el paciente fallecer pues, como se ha visto, no existe un derecho a no vivir. Tampoco la enfermedad del paciente, con el sufrimiento y el dolor que comporta, puede imputarse al médico, puesto que la alternativa no se da entre vida sana o vida enferma, sino entre continuar la vida enferma o no vivir, sin que el paciente se haya pronunciado al respecto. Este fue el punto de vista del BGH alemán al rechazar la indemnización en el caso que da inicio a este trabajo. Del mismo modo, el *Conseil Constitutionnel* francés, en relación con la constitucionalidad de la ley de reforma del *Code de la Santé Publique* de 2016, que introdujo la versión actualmente vigente señaló que «cuando la voluntad del paciente permanece incierta o desconocida, el médico no puede fundarse en esta sola circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender los tratamientos»¹⁷¹. La regla general resulta clara, aunque el texto de la sentencia francesa introduce un matiz importante. Al precisar que la decisión de suspender el tratamiento «no puede fundarse en esta sola circunstancia» (la desconocida voluntad del paciente), el *Conseil* no excluye que otras posibles circunstancias puedan llegar a justificar la decisión del médico de suspender el tratamiento, para lo que se remite a la acción del legislador, que es quien posee la competencia para establecer y definir legalmente la ya explicada excepción de la «obstinación terapéutica irrazonable». En este sentido, declaraba el *Conseil* que «no pertenece al *Conseil*

¹⁶⁹ En conexión con esta cuestión y con respecto al procedimiento judicial a seguir para obtener la autorización judicial relativa a cualquier actuación que afecte el derecho a la vida de una persona con discapacidad provista de una medida de apoyo de carácter representativo, véase la reciente STC 146/2023, de 26 de octubre de 2023 (BOE) núm. 286, de 30 de noviembre de 2023), que declara la inconstitucionalidad de DA 2ª de la Ley de la Asamblea de Madrid 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad. La citada Disposición Adicional establecía la necesidad de que la autorización judicial se tramitara a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La declaración de inconstitucionalidad del precepto autonómico se basa en la invasión de la competencia general del Estado en materia procesal (Art. 149.1.6 CE), al entender el TC que la norma autonómica regula cuestiones que le están vedadas.

¹⁷⁰ Sobre la problemática jurídica vinculada a la sedación, tanto paliativa como terminal, puede verse SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Consentimiento informado y sedaciones», *Indret* 2005, pp. 1-7; FARNÓS AMORÓS, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ / FERRER RIBA (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya*, cit., p. 170.

¹⁷¹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017*, p. 11. El texto puede consultarse en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632OPC.htm> [Fecha de consulta: 12.03.2024].

constitutionnel, que no dispone de un poder general de apreciación y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento, sustituir su valoración por la del legislador sobre las condiciones en las que, en ausencia de voluntad conocida del paciente, el médico puede tomar, en una situación de obstinación terapéutica irrazonable, una decisión de suspender o seguir los tratamientos»¹⁷².

Por la misma razón, al menos mientras nuestro legislador no decida pronunciarse al respecto -lo que sería altamente recomendable- e introduzca una excepción de este tipo, la ausencia o desconocimiento de la voluntad del paciente en torno a la decisión de suspender o mantener los tratamientos de soporte vital no parece que pueda leerse como presunción favorable a la desconexión, sino más bien todo lo contrario.

7. La responsabilidad civil y el daño indemnizable

Lo dicho hasta el momento confirma la opinión ya apuntada, en el sentido de que el respeto de la dignidad humana y el derecho a la autodeterminación personal de los pacientes podría justificar, bajo ciertas circunstancias, la responsabilidad civil del profesional sanitario que ignora la voluntad acreditada del paciente en contra de la aplicación de medidas de soporte vital¹⁷³.

Si, al amparo del derecho a la autodeterminación personal, el ordenamiento jurídico permite a un paciente incorporar la decisión de rechazar tratamientos como parte del contenido válido de un documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas, la responsabilidad civil parece una de las consecuencias lógicas cuando el médico que conoce esta voluntad la frustra e impone un tratamiento que el paciente había rechazado. Lo contrario sería tanto como reconocer, por un lado, un derecho y, por otro, no prever ninguna consecuencia cuando alguien impide negligentemente (o intencionalmente) su ejercicio¹⁷⁴, más allá de una mera declaración de reconocimiento del derecho, como pone de manifiesto la jurisprudencia relativa a transfusiones de sangre impuestas a pacientes testigos de Jehová¹⁷⁵. Como apuntaba el Auto del Tribunal Constitucional Federal alemán en el supuesto de hecho que iniciaba este trabajo «no puede excluirse de entrada que una medida dirigida a mantener la vida en contra de la voluntad del interesado pueda tener consecuencias en materia de responsabilidad»¹⁷⁶.

El mantenimiento de una medida de soporte vital no deseada, además de lesionar la autodeterminación del paciente con el consiguiente perjuicio moral que puede suponer *per se*,

¹⁷² Ibidem.

¹⁷³ Para el derecho alemán, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 823. En la doctrina norteamericana, LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., p. 1965; SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, pp. 279 y ss; FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153.

¹⁷⁴ FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153; WILLBORN MALLOY, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», cit., p. 1066.

¹⁷⁵ Véase las sentencias expuestas en el epígrafe 6.2(a) de este mismo trabajo.

¹⁷⁶ BVerfG, *Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2022*, pár. 20 de la sentencia. En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo Federal, BGH, Urteil vom 02.04.2019 - VI ZR 13/18, véase también el pár. 30.

también puede incrementar su sufrimiento físico y psíquico¹⁷⁷ u originar lesiones corporales de naturaleza diversa. Del mismo modo, el paciente puede sufrir perjuicios económicos en forma de gastos sanitarios y hospitalarios vinculados a la continuación de las medidas. Todos ellos son, de entrada, perjuicios indemnizables desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil, que derivan de la lesión de un interés jurídico protegido como es la dignidad del paciente y el derecho a su autodeterminación personal.

En nuestro país, la indemnización del daño moral derivado de la lesión de principios y derechos fundamentales viene siendo reconocida por la doctrina¹⁷⁸, el legislador¹⁷⁹ y por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha declarado «la esencial vinculación del daño moral con la vulneración del derecho fundamental» (SSTS, 4ª, 5.10.2017 [ECLI:ES:TS:2017:3908]; 6.2.2019 [ECLI:ES:TS:2019:615]; 19.5.2020 [ECLI:ES:TS:2020:1733])¹⁸⁰; o bien que, en el terreno del derecho al honor, «la existencia del perjuicio se presume siempre que se acredita la intromisión ilegítima» (SSTS, 1ª, 3.11.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]; 17.4.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]), presunción que algunas sentencias califican, además, como «iuris et de iure» (SSTS, 1ª, 21.6.2018 [ECLI:ES:TS:2018:2296]; 20.4.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1413] 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:2894]). En el contexto de las demandas de *wrongful birth* y *wrongful conception*, el Tribunal Supremo también ha indemnizado el daño moral derivado de la «vulneración del derecho de autodeterminación de los padres» (STS, 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]) o de la «facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad» (SSTS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]; 3ª 30.6.2006. [ECLI:ES:TS:2006:5418]; 1ª, 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216]; 3ª, 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). Asumiendo la esencial diferencia entre este tipo de demandas y los supuestos que ahora se analizan, la reflexión que hace el Tribunal Supremo en torno a la indemnización del daño moral derivada de la vulneración a la autodeterminación personal en los supuestos relativos a hijos inicialmente no deseados resulta perfectamente extrapolable al caso de los tratamientos vitales forzosos.

Alguna sentencia norteamericana ha propuesto reconocer tan solo indemnizaciones nominales, particularmente si la infracción del derecho a la autodeterminación del paciente no repercute en

¹⁷⁷ Como observa, en la doctrina alemana, ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., pp. 108-109, los perjuicios consistentes en el dolor o sufrimiento físico o psíquico que la continuación de la vida provoca en el paciente son distintos del daño moral que deriva estrictamente de la lesión a su autodeterminación personal, puesto que este último existirá incluso en los casos en los que el paciente carece de sensibilidad o de conciencia.

¹⁷⁸ MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (COORD.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, p. 872-876; AGUILERA RULL, Ariadna, «Daño moral por discriminación», en GÓMEZ POMAR, Fernando / MARÍN GARCÍA, Ignacio (DIR.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª, Bosch, Barcelona, 2017, p. 571 quien, en relación con el derecho a la no discriminación, habla de «automaticidad entre la constatación de una lesión del derecho fundamental y el reconocimiento del daño» y de «presunción del daño moral», cuyo origen encuentra 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*.

¹⁷⁹ Entre otros, por ejemplo, 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*; o bien en la Ley 53/2003, de 2 de diciembre (Art. 9.3), en la Ley 3/2007, de 22 de marzo, *de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, en relación con conductas discriminatorias (Art. 72.1); en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* (Art. 183).

¹⁸⁰ Sobre la cuestión, en el contexto de la vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de despido laboral declarado nulo, véase Belén GARCÍA ROMERO, «Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo», *Revista de jurisprudencia laboral*, 4/2002, pp. 1-9.

una lesión física directa¹⁸¹. Sin embargo, ello es tanto como otorgar a la sentencia una función meramente declarativa del derecho y obviar la función esencialmente compensatoria de la responsabilidad civil¹⁸². Al respecto, conviene recordar que, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido el propio Tribunal Supremo quien ha rechazado la posibilidad de que las indemnizaciones tengan carácter simbólico, señalando que es «doctrina reiterada de esta sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico», las cuales resultan «a todas luces insuficientes para reparar el daño moral causado» (STS 1ª, 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]). Conforme a ello, la reparación debe ser «acorde con el relieve de los valores e intereses en juego, puesto que se trata de proteger el derecho fundamental no en sentido teórico e ideal, sino como derecho real y efectivo, no convirtiendo la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o en un puro formalismo incompatible con el contenido de los arts. 1.1, 9.1 y 53.2 CE» (entre otras muchas, SSTS, 1ª, 12.12.2011 [ECLI:ES:TS:2011:8688]; 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]; 13.1.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]; 17.4.2023 [RJ 2023\2536]; 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]). Tales reflexiones son perfectamente aplicables al grupo de supuestos que está siendo analizado, sin que la supuesta dificultad para cuantificar el daño moral en estos casos pueda ser un argumento atendible, puesto que no se trata de una dificultad mayor que la que pueda existir en otros casos relativos a la infracción de otros derechos fundamentales.

Una vez constatada la lesión del derecho a la autodeterminación personal, tampoco se ven obstáculos para admitir la indemnización de los perjuicios psico-físicos asociados al mantenimiento forzoso de los mecanismos de soporte vital. Se trata de perjuicios tales como lesiones pulmonares o laringotraqueales provocadas por la intubación, traumatismos torácicos y lesiones abdominales motivados por la aplicación de técnicas de reanimación cardiopulmonar¹⁸³, quemaduras o lesiones a tejidos como consecuencia del empleo de un desfibrilador, infecciones, asepsias, etc. Todos ellos, son perjuicios directamente vinculados, desde el punto de vista causal, a las medidas cuya aplicación ha sido impuesta al paciente en contra de su voluntad, tanto en sentido fáctico como desde el punto de vista de la imputación objetiva, por lo que, en principio, deberían poder indemnizarse¹⁸⁴.

Por último, en cuanto a los perjuicios económicos causados por el mantenimiento no consentido de las medidas de soporte vital, de entrada, no parecen plantear problemas desde el punto de vista de la causalidad fáctica: parece evidente que, si las medidas hubieran cesado, los gastos hospitalarios y sanitarios asociados a ellas, no hubiesen tenido lugar. Así lo admiten la doctrina y alguna jurisprudencia norteamericanas¹⁸⁵. Del mismo modo, en la sentencia expuesta al principio de este trabajo, el BGH alemán tampoco cerraba la puerta a su indemnización

¹⁸¹ Así ocurrió, por ejemplo, en la citada sentencia *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.* 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

¹⁸² En este sentido, en la doctrina norteamericana, LOPEZ & VARS, «Wrongful Living», cit., p. 1968. En la doctrina alemana, rechaza también la concesión de indemnización simbólicas, ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive», cit., p. 109.

¹⁸³ *Anderson v. St. Francis-St. George Hosp.*, 614 N.E.2d 841, 846 (Ohio Ct. App. 1992); caso resuelto en apelación por la Corte de Apelación de Ohio [1995 WI 109128 (Ohio Ct. App. Mar. 15, 1995), rev'd, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996)].

¹⁸⁴ En la misma línea, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 293.

¹⁸⁵ Véase, sobre este punto, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., pp. 293-294, con cita de la sentencia *Gragg v. Calandra* (696 N.E.2d 1282, 1286 (Ill. App. Ct. 1998)), si bien reconoce que, en el caso, el tribunal rechazó finalmente la indemnización por no estar clara la voluntad del paciente acerca de la continuación o supresión de las medidas.

apoyándose en su propia jurisprudencia relativa a las demandas sobre el nacimiento de hijos inicialmente no deseados, aunque, en el caso concreto, acabó rechazando la indemnización por considerar que no entraban dentro de los perjuicios imputables objetivamente a la conducta del médico demandado. Al respecto, hay que recordar que, en el caso resuelto por la sentencia alemana, la negligencia del médico se refería al incumplimiento del deber de información con respecto al *Betreuer* y no respecto del paciente mismo. Por ello, afirmaba la sentencia, los deberes de información del médico frente al *Betreuer* «no se dirigen a proteger al paciente frente a las cargas económicas asociadas a la continuación de su vida», sino «sólo a dar cumplimiento al derecho a la autodeterminación del paciente, que el *Betreuer* debe ejercer»¹⁸⁶. Al mismo tiempo, en la medida que la demanda la interpuso, *iuris hereditatis*, el hijo del paciente fallecido, el BGH observó que el deber de información sanitaria del médico tampoco sirve «para garantizar que el patrimonio del paciente se conservará de la manera más íntegra posible para los herederos»¹⁸⁷.

A mi modo de ver, resulta claro que, entre las consecuencias razonablemente previsibles para un profesional que incumple la voluntad clara de un paciente contraria a la aplicación de un tratamiento de soporte vital, se incluyen los gastos provocados por el tratamiento en cuestión y, por ello, deberían ser objeto de indemnización. La razón es la misma que explica que este tipo de perjuicios también se indemnicen en las sentencias relativas a demandas por *wrongful birth* (SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]). No obstante, en mi opinión, tan solo deberían indemnizarse aquellos gastos asociados directamente al tratamiento forzoso y no los gastos generales de alimentos o manutención¹⁸⁸. Regirían aquí las mismas razones que llevan a rechazar la indemnización de los costes de los alimentos derivados del nacimiento de hijos no deseados o nacidos con una malformación: los alimentos normales son de cuenta de cada uno o, en defecto, de las personas legalmente obligadas a prestarlos, sin que puedan trasladarse a terceros. Como resumía bien la SAP Tarragona 23.10.2002 [ECLI:ES:APT:2002:1636], «el deber legal de alimentos, como obligación legal inalienable, viene impuesta a los padres por el artículo 154 del Código Civil, no pudiéndose desplazar dicha responsabilidad a terceros, aunque pretenda disfrazarse como contribución a los gastos de crianza de unas hijas». En cambio, sí deberían indemnizarse los gastos derivados de alimentos extraordinarios que van más allá de lo normal y se asocian a la aplicación del tratamiento de supervivencia no deseado (por ejemplo, el sobrecoste provocado por líquidos y sustancias necesarias para la nutrición o hidratación artificiales). Como declaran, entre otras, las SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000] y 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673], relativas a supuestos de *wrongful birth*, «los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria (...) puede haber daño y proceder la indemnización». El mismo razonamiento creo que es aplicable a los gastos de manutención forzosa del paciente que había rechazado la aplicación de la medida.

8. Conclusiones

Este trabajo responde afirmativamente a la pregunta relativa a si la imposición forzosa de un tratamiento de soporte vital no querido por el paciente puede generar, bajo ciertas

¹⁸⁶ Véanse los párr. 41-42 de la sentencia.

¹⁸⁷ Párrafo 42 de la sentencia.

¹⁸⁸ A favor de indemnizar los gastos de manutención, en la doctrina norteamericana, FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 171-172.

circunstancias, responsabilidad civil. Para ello, será preciso que se cumplan todos los presupuestos exigidos por el derecho de la responsabilidad civil. Ahora bien, cualquiera que sea el fundamento en qué se base la indemnización, éste no puede encontrarse en la calificación de la vida misma como daño. La dignidad humana impide calificar la vida de una persona como daño, pues toda vida es igualmente digna de ser vivida, con independencia de si se trata de una vida enferma o sufriente¹⁸⁹. Como declara el BGH alemán en la sentencia relativa al caso planteado al inicio del trabajo, «[E]l sufrimiento inherente a la vida relacionado con la enfermedad, el cual se prolonga como consecuencia de la aplicación de medidas de soporte vital, no puede considerarse en sí mismo un daño, porque no puede separarse de la vida»¹⁹⁰.

Por consiguiente, el fundamento de una posible indemnización hay que buscarlo en la protección de otro interés distinto, vinculado al ejercicio del derecho a la autodeterminación personal, en relación con la libertad, la dignidad humana y la integridad corporal. En ciertos casos, como aquellos que son objeto de análisis en este trabajo, tales derechos y principios pueden prevalecer frente al derecho a la vida, si la continuación de esta en contra de la voluntad del paciente conduce a vivirla de una manera que el propio paciente considera indigna. Así lo reconoce, para el contexto eutanásico, el Preámbulo de la LO 2/2021, de 24 de marzo, *de regulación de la eutanasia*, y lo reitera la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo, que confirma la constitucionalidad de la Ley, al declarar que «la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (FJ 6). En relación con el derecho a decidir sobre el tratamiento médico y sus posibles consecuencias, la misma sentencia señala que «escoger entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas, es "la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica" sin que se vea limitada por una previsible consecuencia de muerte» (STC 19/2023, de 22 de marzo, FJ 6). Se trata de una jurisprudencia coherente con la del TEDH, entre otras, en las sentencias *Pretty*, *Lambert o Mortier*¹⁹¹.

Sin embargo, para que la voluntad libre del paciente dirigida a rechazar un tratamiento de soporte vital produzca efectos, es preciso que se haya expresado de forma válida y clara. Por esta razón, resulta fundamental distinguir aquellos supuestos en los que esta voluntad es conocida y se encuentra formalizada en un documento de instrucciones previas o de consentimiento informado, de aquellos otros en los que se trata de una voluntad presunta. Y ambos supuestos,

¹⁸⁹ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., p. 820; ZIMMERMANN, «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher cit., pp. 104-109

¹⁹⁰ Ibidem pár. 28.

¹⁹¹ Así, por ejemplo, en la sentencia *Pretty c. Reino Unido*, STEDH de 29 de abril de 2002, el Tribunal, al amparo de la protección de la vida privada y familiar del Art. 8.1 CEDH, declaró que «...en la esfera del tratamiento médico, el rechazo a aceptar un particular tratamiento podría, inevitablemente, conducir a un resultado fatal, pero imponer un tratamiento médico sin el consentimiento de un paciente adulto mentalmente competente interferiría en la integridad física de una persona en forma tal que puede comprometer los derechos protegidos en el Art. 8.1 de la Convención».

además, deben distinguirse del caso en que la voluntad del paciente directamente se desconoce. Las consecuencias en el terreno de la responsabilidad civil diferirán en uno y otros casos.

Así, cuando la voluntad del paciente capaz es conocida, clara y está válidamente formalizada, el incumplimiento médico de una instrucción de rechazo a una medida de soporte vital puede lesionar su derecho a la autodeterminación personal y dar lugar a la responsabilidad civil por parte del médico incumplidor, incluso cuando la interrupción del tratamiento pueda llevar al fallecimiento del paciente¹⁹².

Dado los intereses en juego, en estos casos suelen exigirse estándares de prueba elevados¹⁹³, lo que plantea la duda en torno al valor que puede tener la voluntad presunta del paciente, manifestada en declaraciones a parientes o personas allegadas, fuera del marco formal de un documento de instrucciones previas. Algunos países abordan la cuestión por vía legislativa o jurisprudencial y suelen asignar cierto valor a las declaraciones no formalizadas del paciente, sujetándolas a determinados requisitos y limitaciones. Entre ellas, la necesidad de que la voluntad presunta se determine sobre la base de «indicios concretos» (§ 1827.2 BGB); o venga apoyada por «pruebas claras y convincentes» (*Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*)¹⁹⁴; o bien mediante la delimitación del círculo de personas cuyo testimonio acerca de los deseos del paciente puede resultar relevante, como es el caso del artículo R4127-37-2(1). *Code de la Santé Publique* francés, que habla «de la persona de confianza o, en su defecto, de la familia o de uno de los allegados que dé testimonio de los deseos expresados por el paciente». En el ordenamiento español, a falta de regulación al respecto, cautelamos como las que se acaban de citar podrían ofrecer a los tribunales criterios razonables con los que abordar la cuestión¹⁹⁵.

Una vez reconocida la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente en los supuestos en los que el profesional impone un tratamiento de soporte vital en contra de la voluntad conocida del paciente, la responsabilidad civil aparece como una consecuencia lógica si no quiere reducirse la tutela jurídica a una simple declaración de reconocimiento de un derecho, vacía de cualquier otro contenido¹⁹⁶. Admitir la responsabilidad civil implica reconocer la indemnización del daño moral derivado de la lesión misma del derecho a la autodeterminación personal, en tanto que vinculada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, como viene reconociendo nuestra jurisprudencia en relación con las demandas de *wrongful conception* y

¹⁹² STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011), FJ 6; STC 19/2023, de 22 de marzo (BOE) núm. 98, de 25 de abril de 2023), FJ 6.

¹⁹³ SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 823-824.

¹⁹⁴ 497 U.S. 261 (1990). La sentencia puede consultarse en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/> [Fecha de consulta: 25.4.2024].

¹⁹⁵ En nuestra doctrina y, a los efectos de cubrir las carencias o lagunas de un documento de instrucciones previas, DOMINGUEZ LUELMO, Derecho sanitario y responsabilidad médica, cit. p. 360 se refiere al auxilio del representante o, en su defecto, de las personas llamadas a prestar el consentimiento por sustitución en el art. 9 de la Ley 41/2002 «para que se pudieran arrojar luces sobre una voluntad deficientemente manifestada» por quien otorgó un documento de voluntades anticipadas.

¹⁹⁶ En la doctrina norteamericana, por todos, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302, pp. 279 y ss; FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 152-153. En la jurisprudencia canadiense, esta solución ha sido acogida por la sentencia *Malette v. Schulman* (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.).

*wrongful birth*¹⁹⁷. Igualmente, resultan indemnizables los perjuicios psico-físicos causalmente vinculados a la aplicación de los mecanismos de soporte vital rechazados por el paciente, tales como traumatismos y lesiones físicas provocadas por la intubación, la aplicación de técnicas de reanimación cardiopulmonar, quemaduras o lesiones producidas por desfibriladores, etc¹⁹⁸.

En cuanto a los perjuicios económicos, también deberían ser objeto de indemnización los gastos médicos y sanitarios asociados a la aplicación forzosa del tratamiento no querido de soporte vital¹⁹⁹. Sin embargo, en relación con los costes de manutención del paciente, la indemnización tan solo debería incluir los costes extraordinarios vinculados al tratamiento mismo que vayan más allá de los alimentos normales, pues son los únicos que resultan objetivamente imputables a la conducta del médico que omitió el rechazo del paciente al tratamiento en cuestión (por ejemplo, el sobre coste provocado por líquidos y sustancias necesarias para la nutrición o hidratación artificiales). Los alimentos normales deben ser asumidos con cargo al patrimonio mismo del paciente o por aquellos a quienes la ley impone el deber legal de prestarlos²⁰⁰.

Por el contrario, cuando la voluntad del paciente acerca del rechazo a tratamientos de soporte vital se desconoce, no cabe deducir de ello una presunción favorable a rechazar el tratamiento²⁰¹. A salvo de excepciones y matices que pudiera establecer el legislador, la regla por defecto en estos casos favorece el derecho a la vida del paciente²⁰². En nuestro ordenamiento jurídico, esta idea encontraría acomodo en el principio que inspira la regla del Art. 9.6 Ley 41/2002 cuando, al ocuparse del consentimiento por sustitución en relación con personas menores de edad y pacientes no capaces para tomar decisiones, establece que «la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente», remitiéndose a la autorización judicial para aquellos casos en que la decisión médica sea contraria a tales intereses. Si no fuere posible recabar la autorización judicial, la norma exonera a los profesionales sanitarios que adoptan medidas dirigidas a salvaguardar la vida o la salud del paciente, al amparo de las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad. En cualquier caso, los profesionales sanitarios no quedan eximidos de velar por el bienestar del paciente, de modo que el principio de dignidad de la persona conduce a la necesidad de acompañar la protección de la vida del paciente con la búsqueda de su bienestar, garantizando el menor sufrimiento y la mayor calidad de vida posibles.

¹⁹⁷ Entre otras, STS, 3ª, 30.6.2006. [ECLI:ES:TS:2006:5418]; 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]; SSTS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]; 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216].

¹⁹⁸ En la misma línea, SAWICKI, «A New Life for Wrongful Living», cit., p. 293.

¹⁹⁹ Dichos gastos también se indemnizan en el contexto de las demandas de «wrongful birth» (SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]; 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]).

²⁰⁰ El mismo argumento, en relación con las demandas de «wrongful birth», puede verse en las SSTS 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000] y 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673].

²⁰¹ Como ha reconocido también el CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017*, pár. 11, según el cual «cuando la voluntad del paciente permanece incierta o desconocida, el médico no puede fundarse en esta sola circunstancia, de la que no puede deducir ninguna presunción, para decidir suspender los tratamientos» (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2017632QPC.htm> [Fecha de consulta: 12.03.2024]).

²⁰² Para el derecho alemán, entre otros, SPICKHOFF / DEURING, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», cit., pp. 822-824. En la doctrina norteamericana, vide FERNANDEZ LYNCH / MATHES / SAWICKI, «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», cit., pp. 151-152, 162.

9. Jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Sanles Sanles c. España, sentencia de 26 de octubre de 2000, núm. 48335/99.

Pretty c. Reino Unido, sentencia de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02.

Koch c. Alemania, sentencia de 19 de julio de 2012, núm. 497/09.

Lambert y otros c. Francia, sentencia de 5 de junio de 2015, núm. 46043/14.

Mortier c. Bélgica, sentencia de 4 de octubre de 2022, núm. 78017/17.

Reyes Jimenez c. Spain, sentencia de 8 de marzo de 2022, núm. 57020/18.

Jurisprudencia española

Tribunal Constitucional

STC 37/2011, de 28 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).

STC 19/2023, de 22 de marzo de 2023 (BOE» núm. 98, de 25 de abril de 2023).

STC 146/2023, de 26 de octubre de 2023 (BOE» núm. 286, de 30 de noviembre de 2023).

Tribunal Supremo

STS, 1ª, 5.6.1998 [ECLI:ES:TS:1998:3675]

STS, 1ª, 3.10.2000 [ECLI:ES:TS:2000:7033]

STS 3ª 30.6.2006 [ECLI:ES:TS:2006:5418]

STS 1ª, 10.5.2007 [ECLI:ES:TS:2007:3216]

STS, 4ª, 4.11.2008 [ECLI:ES:TS:2008:5899]

STS, 3ª, 25.5.2010 [ECLI:ES:TS:2010:3000]

STS, 1ª, 12.12.2011 [ECLI:ES:TS:2011:8688]

STS, 3ª, 20.3.2012 [ECLI:ES:TS:2012:1673]

STS 3ª, 19.5.2015 [ECLI:ES:TS:2015:2494]

STS, 4ª, 5.10.2017 [ECLI:ES:TS:2017:3908]

STS, 1ª, 21.6.2018 [ECLI:ES:TS:2018:2296]

STS, 4ª, 6.2.2019 [ECLI:ES:TS:2019:615]

STS, 4ª, 19.5.2020 [ECLI:ES:TS:2020:1733])

STS, 1ª, 20.4.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1413]

STS 1ª, 10.5.2021 [ECLI:ES:TS:2021:1875]

STS, 1ª, 13.1.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]

STS, 1ª, 3.11.2022 [ECLI:ES:TS:2022:3970]

STS, 1ª, 17.4.2023 [ECLI:ES:TS:2023:1476]

STS, 1ª, 27.6.2023 [ECLI:ES:TS:2023:2894]

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Aragón, Cont., 12.7.2012 [ECLI:ES:TSJAR:2012:919]

Audiencias Provinciales

SAP Navarra, Sec. 1ª, 26.1.1999 [AC 1999\3020]

AAP de Vizcaya, Sec. 6ª, 6.7.2001 [ARP\2001\749]

AAP Ciudad Real, Sec. 1ª, 31.12.2001 [ECLI:ES:APCR:2001:86A]

SAP Tarragona 23.10.2002 [ECLI:ES:APT:2002:1636]

AAP Toledo, Sec. 2ª, de 8.4.2003 [ECLI:ES:APTO:2003:134A]

AAP Guipúzcoa, Sec. 2ª, 22.9.2004 [ECLI:ES:APSS:2004:503A]

AAP Lleida, Sec. 1ª, 25.1.2011 [ECLI:ES:APL:2011:32A]

AAP Vizcaya, Sec. 2ª, 26.3.2018 [ECLI:ES:APBI:2018:564A]

AAP Lleida, Sec. 1ª, 9.12.2021 [ECLI:ES:APL:2020:857A]

Jurisprudencia alemana

BVerfG, 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90

BVerfG, Beschluss v. 07. April 2022.

BGH 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81.

BHG 16. November 1993 - VI ZR 105/92.

BGH 17. September 2014 - XII ZB 202/13.

BGH 2. April 2019. VI ZR 13/19.

OLG München, 21. Dezember 2017-1 U 454/17.

OLG München, 31. Januar 2002, 1 U 4705 / 98, NJW-RR 2002.

Jurisprudencia norteamericana y canadiense

Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves, 314 S.E.2d 653, 654 (Ga. 1984).

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

Malette v. Schulman (1990), 72 O.R. (2D) 417 (C.A.)

Werth v. Taylor, 475 N.W.2d 426 (Mich. App. 1991)

Anderson v. St. Francis-St. George Hospital, 671 N.E.2d 225 (Ohio 1996).

Gragg v. Calandra, 696 N.E.2d 1282, 1286 (Ill. App. Ct. 1998)

Jurisprudencia francesa

Conseil Constitutionnel Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017.

10. Bibliografía

AGUILERA RULL, Ariadna, «Daño moral por discriminación», en Fernando GÓMEZ POMAR / Ignacio MARÍN GARCÍA (DIR.), *El daño moral y su cuantificación*, 2ª, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 558-585.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Las voluntades anticipadas (el testamento vital) en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Derecho Privado*, mayo-junio 2020, pp. 3-33.

BETANCOR, Juana Teresa, «El testamento vital», *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, n° 9/1995, 97-112.

CORCOY BIDASOA, Mirentxu, «Alzheimer y derechos de la persona», en CASADO, Maria (COMP.), *El Alzheimer: problemas éticos y jurídicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (publicación disponible en acceso abierto, consultable en <https://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/libro-alzheimer-problemas-eticos-y-juridicos> [Fecha de consulta: 28.02.2024]).

DOBBS, Dan B. / HAYDEN, Paul T. / BUBLICK, Ellen M., *The Law of Torts*, 2nd., vol. 1, Thomson Reuters-West, St. Paul, Minn., 2011.

DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa, «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista Doctrinal*, n° 6, 2017, 71-113.

FARNÓS AMORÓS, Esther, «Comentari a l'Art. 212-3», en EGEA FERNÁNDEZ, Joan / FERRER RIBA, Josep (DIR.), *Comentari al llibre segon del Codi Civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona*, Atelier, Barcelona, 2017.

FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio, «Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, n. 1, 2017, 150-160.

FERNANDEZ LYNCH, Holly / MATHES, Michele / SAWICKI, Nadia N., «Compliance With Advance Directives: Wrongful Living and Tort Law Incentives», 29(2) *Journal of Legal Medicine* 133 (2008).

FLEMING, John G., *The Law of Torts*, 9th., The Law Book Co., Sydney, 1998.

GÓMEZ TABOADA, Jesús, «El documento de voluntades anticipadas en Cataluña: una aproximación notarial», en LÁZARO, Carmen María (Coord.), *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, Barcelona, IESF. Universitat Internacional de Catalunya, 2012, 111-144.

GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n^o 39, 2021, pp. 213-247.

LAUFS, Adolf / KATZENMEIER, Christian / LIPP, Volker, *Arztrecht*, 8. Aufl, CH Beck, München, 2021.

LOPEZ, Alberto B. / VARS, Fredrick E., «Wrongful Living», *Iowa L. Rev.*, Vol. 104:1921 (2019).

MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconcepcionales y prenatales: (las llamadas acciones de "wrongful birth" y "wrongful life")*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MACÍA MORILLO, Andrea, «Una visión general de las acciones de responsabilidad por "wrongful birth" y "wrongful life" y de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N^o. 10, 2006, pp. 65-94.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *Indret* 03/2001, pp. 1-16.

MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «El daño moral», en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (COORD.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wrongful birth). Comentario a la STS, 1^a, 18.12.2003», *Indret* 2/2004, pp. 1-12.

MARTÍN CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario a la STS 18 de mayo de 2006. Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 73/2007, pp. 517-542.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, «Comentario al Art. 1902», en Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MüKoBGB/ SCHNEIDER, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch. Familienrecht II*, 9. Aufl., München, C.H.Beck, 2024.

NAVARRO MICHEL, Mónica «Advance Directives autonomy enhancers: reality or mith?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 7, 2006, 1-2.

NAVARRO MICHEL, Mónica, «Médicos, familia y pacientes: sobre las voluntades anticipadas», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 106, núm. 3, 2007, 687-718.

ODDI, A. Samuel, «The Tort of Interference with the Right to Die: The Wrongful Living Cause of Action», *75 Geo. L.J.* 625 (1986).

OMLOR, Sebastian, «Haftung wegen Lebenserhaltung durch künstliche Ernährung», *JuS* 6/2019, pp. 577-579.

PRÜTTING, Jens, «Lebenserhaltung als Haftungsmoment-Eine kritische Analyse», *Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL)*, 3/2018, 94-103.

SAWICKI, Nadia N., «A New Life for Wrongful Living», 58 *N.Y.L. Sch. L. Rev.* 279 (2014), 279-302.

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, «Consentimiento informado y sedaciones», *Indret* 2005, 1-7.

SPICKHOFF, Andreas / DEURING, Silvia, «Haftung wegen Lebenserhaltung? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18», *JZ* 17/2019, 815-824.

TORRELLES TORREA, Esther, «La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el "mayor beneficio para la vida y salud del paciente" en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario», *InDret* 3/2022, pp. 76-113.

WILBORN, S. Elizabeth, «The Right to Refuse Medical Treatment: Where There Is a Right, There Ought to Be a Remedy», 25 *N. Ky. L. REV.* 649 (1998), pp. 649 y ss.

WILBORN MALLOY, S. Elizabeth, «Beyond Misguided Paternalism: Resuscitating the Right to Refuse Medical Treatment», 33 *Wake Forest L. Rev.* 1035 (1998), pp. 1035-1091.

YLLERA SANZ, Carolina, «¿Cumplimos nuestros deberes respecto a los Documentos de Voluntades Anticipadas?», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 32, septiembre 2014, pp. 82-94.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 9ª, Dykinson, Madrid, 2023.

ZIMMERMANN, Anton S., «Schmerzensgeld für lebensverlängernde Maßnahmen aus haftungsrechtlicher Perspektive - Anmerkung zu OLG München v. 21.12.2017, Az. 1 U 454/17», *Zeitschrift für Lebensrecht*, 3/2018, 104-109.