

TARODO SORIA, SALVADOR, *Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao 2005, 408 pp.

La medicina es un campo que evoluciona a una velocidad vertiginosa. Los cambios no sólo se reflejan en los ámbitos técnico y científico, sino que afectan también a la práctica clínica, es decir a la relación médico-paciente y a la posición que cada agente tiene en el contexto sanitario. Históricamente, las cuestiones relacionadas con la salud han estado dominadas por un planteamiento naturalista que hacía primar el principio de beneficencia sobre cualquier otro: la consideración de la vida y la salud como bienes superiores a la persona, con un valor objetivo y externo al sujeto, que deben conservarse por encima de todo, hacían del médico el principal elemento de la relación clínica porque sus conocimientos y su capacidad para curar justificaban su posición preeminente en la toma de decisiones. El liberalismo sustituye el principio de beneficencia por el de autonomía e implica al individuo en la gestión de su vida y su integridad física, lo que comporta que ya no es el médico quien decide lo que se puede o no hacer, lo que es correcto o incorrecto con relación a dichos bienes, sino que es el propio sujeto quien los gestiona según sus valores, convicciones y creencias. La autonomía personal como principio rector de las relaciones sanitarias se ha infiltrado progresivamente en los códigos deontológicos y en los sistemas jurídicos, hasta el punto de que el paciente es, hoy día, el centro de decisión de todas las cuestiones relativas a su salud.

Sobre estas bases descansa la presente monografía, que aborda los problemas ético-jurídicos derivados de la práctica clínica, desde la perspectiva de la libertad de conciencia. Como señala su autor en la Introducción, se trata de analizar la libertad de conciencia del usuario de los servicios sanitarios en el marco jurídico español. Lo que se pretende es proyectar la libertad de conciencia de las personas que utilizan esos servicios (objeto formal) sobre el Derecho sanitario español (objeto material), para delimitar sus derechos, determinar su contenido y definir sus límites, a fin de señalar las facultades que corresponden al ciudadano en el contexto sanitario. Quedan fuera del Estudio las cuestiones que afectan a la libertad de conciencia del personal sanitario, así como el análisis del Derecho Comparado.

La Obra está estructurada en Capítulos, precedidos de una Introducción y completados con una reseña bibliográfica final, pero tiene dos partes claramente diferenciadas, que no se reflejan en su sistemática, pero se desprenden claramente de su planteamiento: la libertad de conciencia como matriz y eje alrededor del cual giran los restantes derechos referidos en el Trabajo, el de intimidad, el de información y la libertad de decisión sobre la salud, que se conciben como medios o instrumentos tendentes a garantizar cada una de las fases de la libertad de conciencia, es decir su formación, su expresión y su actuación. Porque, según se dice en la Introducción, el derecho a la intimidad en el marco sanitario tiene por objeto proteger un ámbito propio y reservado que es necesario para la formación de las convicciones; el derecho a la información proporciona al sujeto los elementos de conocimiento necesarios para formar dichas convicciones; y la libertad de decisión permite adoptar las posiciones más acordes con las creencias ya formadas.

Por esta razón, la primera parte está constituida por el Capítulo I, que se dedica a desentrañar el significado y contenido de la libertad de conciencia. Y la segunda es comprensiva de los restantes capítulos, en los cuales se determina, primero, el marco normativo sobre los derechos sanitarios, que se adorna con una reseña histórica de los

precedentes y con un análisis de la doctrina norteamericana del consentimiento informado (Capítulos II a IV); y, después, se desmenuzan los derechos objeto de estudio (Capítulos V a IX).

Tras realizar un análisis formal, etimológico y analógico del término conciencia, el autor llega a la conclusión de que por tal hay que entender la propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta, siendo la conciencia ética, es decir, el conocimiento interior del bien y del mal, una dimensión más de la conciencia así definida. Entendida de esa manera, la conciencia está conformada por las convicciones, las cuales se forman a partir de las creencias e ideas, siendo el pluralismo la condición y garantía de su libre formación.

Desde este punto de partida, se mantiene la concepción amplia de la libertad de conciencia defendida por el Prof. LLAMAZARES, como derecho a tener un espacio de privacidad sustraído a la invasión del Derecho, comprensivo de la libre formación de la conciencia, de la libertad para mantener unas u otras creencias, ideas y opiniones, para expresarlas y para comportarse de acuerdo con ellas. El planteamiento conceptual del que se parte es discutible, y así se desprende de la propia descripción crítica que el autor realiza acerca de las distintas posiciones doctrinales sobre la nomenclatura, configuración y relación entre las libertades proclamadas en los arts. 16 y 20 de la CE. Lo que parece irrefutable es su dominio de los conocimientos filosóficos, que redundan en la claridad expositiva hasta el punto de hacer de una cuestión ardua y compleja una lectura fácil e incluso amena.

El Capítulo II es una pincelada histórica sobre los precedentes continentales y españoles de la regulación de los derechos personales en el ámbito sanitario. Los primeros textos internacionales son relativamente recientes y se remontan a la década de los 40, concretamente al Código de Núremberg de 1947 que fue la respuesta a los abusos cometidos por el nazismo en la experimentación con seres humanos. En el ámbito español resulta sorprendente la ausencia de precedentes sobre la regulación de los derechos de los usuarios de servicios sanitarios pues todas las leyes sobre el tema son posteriores a la CE de 1978. Ello obedece al predominio de la protección de la salud colectiva, a la desjuridificación del régimen jurídico sanitario por su desarrollo meramente reglamentario y, en especial, a la primacía del principio de beneficencia, que, sobre todo, se plasma en la Ley de Bases de sanidad nacional de 1944, caracterizada por la utilización de técnicas sanitarias restrictivas de las libertades individuales, entre las que deben reseñarse la imposición de tratamientos médicos obligatorios en un exhaustivo número de casos, o la configuración de la negativa al tratamiento como algo excepcional, objeto de sanciones socioeconómicas si no era calificado de razonable por la autoridad administrativa.

El Capítulo III es un estudio de Derecho comparado que, a priori, ha sido excluido del Trabajo, porque el autor nos ha recalado en la Introducción que el Trabajo se circunscribe al marco jurídico español, pero curiosamente dedica este Capítulo al análisis de la doctrina anglosajona del consentimiento informado, desde la doble perspectiva de su evolución en la jurisprudencia norteamericana y su posterior cristalización normativa en algunos documentos. El análisis es interesante y se justifica por la tradición que tiene en el mundo anglosajón el consentimiento informado, pero si se aborda el Derecho norteamericano, también se podría haber hecho referencia a algunos sistemas europeos más próximos al nuestro, como el francés, el alemán o el italiano que hubieran permitido conocer la concordancia de la situación española con respecto a los países de su entorno más próximo.

Tras el recorrido por el Ordenamiento jurídico norteamericano, se describe el marco normativo español, compuesto por normas de distinta procedencia: internacionales, comunitarias e internas, tanto estatales como autonómicas (Capítulo IV). En el plano internacional, tiene todo el protagonismo el Convenio de Oviedo que es analizado a fondo: estructura, naturaleza jurídica, interpretación, eficacia y relación con otras normas. En el marco comunitario, ante la ausencia de una Carta de derechos del paciente, es relevante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que ha sido invocada por el TJCE para identificar los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho Comunitario. En el ámbito español, la CE de 1978, la Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley 41/2002 de autonomía del paciente constituyen un hito histórico en el reconocimiento y garantía de los derechos de los usuarios de la sanidad. Nuestra Carta Magna ha potenciado la protección de los derechos del ciudadano como sujeto autónomo en su relación con los servicios sanitarios, derechos que se han regulado luego en la ley 41/2002, la cual tiene el rango de ley estatal básica a la que deben ajustarse las normas autonómicas que la ejecuten o desarrollen, so pena de ser consideradas nulas. Este Capítulo concluye con una reseña sobre la normativa deontológica y su eficacia jurídica.

El análisis pormenorizado de los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios empieza por dilucidar su fundamento y naturaleza jurídica (Capítulo V), para concluir que el derecho a la intimidad está expresamente contemplado en el art. 18 1º CE y los derechos de información sanitaria y de libertad de decisión sobre la propia salud son derechos fundamentales por ser explicación o consecuencia necesaria de los derechos a la vida, integridad física y libertad de conciencia de los arts. 15 y 16 1º CE.

El derecho a la intimidad en el ámbito sanitario (Capítulo VI) se conecta con la confidencialidad de los datos e informaciones relativos a la salud individual, por lo que resulta obligado el recurso a la L.O. 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal, que distingue el régimen común de protección y el régimen de datos especialmente protegidos, agrupados, a su vez, en dos tipos: los relativos al origen racial, la salud y la vida sexual; y los relativos a la ideología, religión o creencias. Especial atención merece la protección jurídica de la historia clínica y la espionosa cuestión de su titularidad, respecto de la cual el autor expone las distintas posturas doctrinales sin adoptar una posición propia al respecto. Hay también una extensa referencia al deber de secreto de los profesionales de la sanidad como garantía del derecho a la intimidad de los usuarios.

El derecho a la información (Capítulo VII) está ligado íntimamente a la libertad de decisión sobre la propia salud hasta el punto de que se considera la fase previa que garantiza el ejercicio de este último derecho, pero no se agota en él porque, a veces, el consentimiento del paciente es irrelevante y no por ello se pierde el derecho a ser informado. Por eso, el autor indica que estamos ante un derecho autónomo que garantiza la libre formación de las convicciones en el campo sanitario y que comprende la información clínica o asistencial, la epidemiológica y la relativa al sistema Nacional de Salud. Especial importancia tiene la dimensión negativa del derecho, es decir la renuncia a ser informado o la facultad de no saber, que, sin embargo, no hace decaer la obligación de obtener el consentimiento del paciente para cualquier intervención sanitaria.

La libre decisión sobre la propia salud (Capítulo VIII) se concibe como una manifestación de la libertad de conciencia en el campo sanitario, y tiene una doble manifestación: el derecho a elegir entre las opciones clínicas disponibles y el derecho a negarse al tratamiento. Tras hacer algunas precisiones terminológicas, se describe el ámbito subjetivo del derecho, los requisitos formales de cada una de sus manifestaciones y, por

último, se hace referencia al documento de instrucciones previas, respecto del cual se determina el sujeto que puede otorgarle, su contenido, forma, límites y garantías de efectividad.

Nos parecen adecuadas las observaciones realizadas respecto de la titularidad del derecho a decidir sobre la salud, especialmente las relativas a la capacidad del menor, pero existen lagunas en el estudio de las instrucciones previas: por una parte, no se alude a la contradicción entre la ley 41/2002, que exige mayoría de edad para su otorgamiento, y algunas normas autonómicas, como la andaluza, navarra o valenciana, que se lo permiten a los menores emancipados; por otra parte, se echa de menos una breve alusión a la influencia que puede tener sobre la aplicación real de las instrucciones previas la objeción de conciencia a cumplirlas que algunas leyes autonómicas reconocen al personal sanitario (v.g. las de Baleares, Madrid, Valencia, Murcia, Extremadura y La Rioja); con relación a sus límites, se omite toda referencia al polémico Auto de la A.P. de Guipúzcoa de 22 de Septiembre de 2004 (Ref. Ar. JUR 2004/308812), que parece dar prevalencia a la voluntad del paciente sobre la *lex artis*. Finalmente, respecto a la posición del autor sobre la eutanasia activa directa, expuesta en la p. 336, hubiera sido deseable una mayor explicación en cuanto a su justificación porque, si tienen que intervenir los profesionales sanitarios con el respaldo del sistema nacional de salud no es sólo cosa de dos, como él afirma; y si no es así, su regulación debería ser fuertemente intervencionista para garantizar precisamente que el acto eutanásico obedezca a la voluntad real del sujeto paciente.

El último Capítulo se centra en los límites de los derechos objeto de estudio y tiene especial interés porque determina los confines de su ejercicio, dando la medida de los comportamientos que pueden realizarse bajo la cobertura de aquellos derechos. En el ámbito del derecho a la intimidad se abordan las limitaciones provenientes de mandatos judiciales que ordenan exámenes médicos, pruebas biológicas de paternidad o pruebas periciales psicológicas. En el marco de los derechos a la información asistencial y a la libertad de decisión sobre la salud propia, son muchas las variables que dan lugar a restricciones por lo que el autor ofrece al final del capítulo un cuadro sinóptico que permite obtener una visión ordenada de las excepciones al “consentimiento informado” (p. 375). Reciben una atención específica el estado de “necesidad terapéutica”, como límite al derecho a la información sanitaria, y la situación de urgencia grave como límite a la libertad de decisión del enfermo. En relación con esta última limitación, son sólidos los argumentos empleados para justificar la relevancia de la oposición del afectado a recibir el tratamiento cuando hay una situación de urgencia grave y está consciente; pero, si no es posible obtener su consentimiento, se vuelve a echar de menos una referencia al ya citado Auto de la AP de Guipúzcoa de 22 de Septiembre de 2004 que parece otorgar a la negativa a un tratamiento, manifestada en un documento de instrucciones previas, eficacia actual para impedir actuaciones médicas necesarias, según la *lex artis*, para salvar la vida del paciente.

Por último, quiero resaltar que el interés científico de esta Obra es indudable, no sólo por la elección del tema, sino por la perspectiva novedosa desde la que se trata. Pero no es menor su trascendencia práctica porque permite al ciudadano conocer sus derechos en el campo de la salud; aporta a los profesionales del Derecho una guía útil en la posible solución de los conflictos que se plantean en el campo sanitario; y permite a los profesionales de la sanidad conocer sus competencias respecto a los pacientes y usuarios con los que deben tratar.