

TARODO SORIA, S., Libertad de conciencia y derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, Bilbao, 2005.

Paulino César Pardo Prieto

Titular de Escuela Universitaria
Universidad de León

Un extraño caso de libro que se abre sólo. Un ejercicio de metodología científica y literatura jurídica difícilmente igualable.

Puede sorprender la yuxtaposición que el título propone a quien no esté familiarizado con el concepto de libertad de conciencia, tan arraigado entre los eclesiasticistas, o con el Derecho mismo de los servicios sanitarios. El prólogo de la Profa. CASTRO JOVER nos anuncia que la elección de esa perspectiva –la libertad de conciencia- convierte a éste en el único trabajo existente hasta el momento, a pesar de que únicamente bajo la luz de la conciencia pueden llegar a evidenciarse aspectos de los derechos del usuario vinculados con zonas muy íntimas de la persona que eventualmente, incluso, no han sido suficientemente apreciados por el legislador (pp. 19 y 21).

El autor emprende un riguroso ejercicio de metodología científica y una espléndida exhibición de literatura jurídica, abanderada –confiesa- *por el ideal gorgiano de tratar de decir el mayor número de cosas con el menor número de palabras* y el deseo de dialogar con el lector, quien, desde las primeras páginas, será conocedor de los instrumentos con que contó él para ir construyendo la obra, y estará invitado a recorrer los caminos que conducen a los resultados expuestos, no con pasividad sino verificando la corrección del análisis.

Esto es posible, por la prosa clara y accesible –también, al público lego-, y porque, al abrir este recorrido único, él va dejando bien asegurada una cuerda que permite siempre retroceder hasta el lugar donde quedó la última certeza. La eficaz didáctica del Profesor TARODO pronto nos hará sentir coautores del progreso en el conocimiento de la materia, como si la novedad tan exquisitamente ofrecida, de algún modo, ya nos hubiera sido dado intuirlo previamente; nada es ocultado a quien lee, al contrario, en las primeras páginas se desplegará ante nosotros un plan general y, luego, en cada apartado, tendremos sobre el tapete todas las piezas y la pormenorizada explicación de porqué conviene colocar cada una aquí o allí y no en otro lugar distinto. La agregación final será ni más ni menos que un precioso mosaico, maravillosamente trabado, de certezas derrotables; de certezas que sólo cumplirá derrotar a quien ostente inteligencia, valía científica y cautela parangonables.

¿Cuáles son esas piezas? ¿Cuáles las certezas?

La primera composición, el primer capítulo, representa distintas nociones de “conciencia” y “libertad de conciencia”, comenzando por el análisis de aquel término en sus acepciones lingüísticas, filosóficas, etimológicas y sus conexiones lógicas, hasta precisar su significado principal en torno al “*reconocimiento de la propia identidad*”, las distintas modalidades secundarias y los elementos caracterizadores del mismo, deteniéndose particularmente en la afirmación de la centralidad que pertenece a los sentimientos en el proceso de *reconocer-se* y la inmediata vinculación de estos con las convicciones (creencias, ideas y opiniones). Cabe ahora ensayar una definición del Derecho de libertad de conciencia -tarea nada sencilla, habida cuenta de lo controvertido de su apoyo constitucional y la diversidad de denominaciones utilizadas entre la doctrina para referirse a esa zona del ordenamiento jurídico a la que corresponde la tutela de los derechos individuales mediata o inmediatamente vinculados con las creencias-, hasta concluir, siguiendo el hilo del artículo 16 de la Constitución y su

tratamiento jurisprudencial, que las libertades de conciencia e ideológica “*se preocupan primordialmente de las creencias e ideas fundamentales, esto es, de las convicciones, y, del resto de creencias e ideas y opiniones sólo en la medida en la que se relacionan con ellas*” (p. 86), perspectiva que permite “*privilegiar la protección de todos aquellos elementos que para el sujeto son expresión de su propia identidad*”, considerar de manera directa su *identidad, autoestima y dignidad* o la diferente protección que el ordenamiento jurídico procura a *creencias, ideas y opiniones* y -en lo que acabará teniendo importancia decisiva en el estudio-, contribuye a explicar “*el diferente grado de protección que reciben los datos de carácter personal, según sea su mayor o menor proximidad a las convicciones*” (p.87).

Queda así definido el objeto formal, decidida la gama de luz que iluminará el objeto a cuyo examen nos ha comprometido. En adelante, nuestra lectura se hará desde la conciencia del usuario de los servicios sanitarios, sus derechos de libertad y la protección que a estos dispensa un ordenamiento jurídico dado. Rápidamente pasaremos a ejercitarnos en esta perspectiva con las propuestas de los dos siguientes capítulos, el estudio histórico de los precedentes de la regulación de los derechos del usuario (Capítulo II) y el estudio comparado del Derecho estadounidense (Capítulo III). En uno y otro advertiremos las líneas de evolución que pueden contribuir a desbrozar el alcance de la regulación vigente en España, deudora tanto de la tradición pasada –y no para bien- como, sobre todo, de los positivos logros que algunos países tempranamente fueron obteniendo –destacadamente los Estados Unidos-, impulsando su incorporación a las sucesivas convenciones internacionales –entre ellas, el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997. La mirada hacia la historia española ofrece un panorama desolador, nada más lejos de la tutela que la falta de presencia de un sector público sanitario, la secular desjuridificación o la negación de derechos y libertades franquista -también dentro del ámbito sanitario-, que convierte al “*usuario*” en hasta compasivo *beneficiario* de tratamientos médicos obligatorios. Los precedentes próximos mundiales (el Código de

Nüremberg de 1947, las declaraciones de Lisboa de 1981 o Ámsterdam de 1994) y europeos (recomendaciones del Consejo de Europa, resoluciones y cartas de derechos del Parlamento Europeo), no obstante su circunstancialidad o precario valor jurídico, nos pondrán sobre la senda correcta de cuáles son los derechos a proteger y los mecanismos más adecuados para lograr su tutela.

Pero es en el *"informed consent"* norteamericano donde comenzó a germinar la semilla de la preocupación contemporánea por estos derechos; allí encontraremos relevantes aspectos – siempre desde la perspectiva de la libertad de conciencia- para la apropiada comprensión de la normativa unilateral o multilateral aplicable hoy en España. En aquel país: *"la práctica médica estandarizada a lo largo de los siglos XVIII y XIX se caracterizaba porque el médico seguía la tradición hipocrática de no informar al paciente, considerándole incompetente para tomar decisiones sobre su salud. (...) se caracteriza, en definitiva, por la absoluta primacía del principio de beneficencia"*. A pesar de ello, distintos hitos descubren el afán por garantizar la voluntad del paciente en la jurisprudencia. En 1767, ya hay un caso de condena a dos médicos por *"malpractice"* (negligencia), al experimentar, con una paciente que había solicitado el alta, un aparato ortopédico de su invención y causarla graves daños (*Slater v. Baker and Stapleton*); en 1871, es condenado por negligencia un médico al obtener de otra paciente la aceptación del alta después de haberla informado erróneamente acerca de su estado de salud (*Carpenter v. Blake*); en 1905, un médico es condenado no por *"malpractice"* sino por *"battery"* (agresión), esto es, no sólo porque el resultado de la intervención fuera negativo para el paciente sino por haber actuado sin obtener su consentimiento expreso, lo que se conceptúa como agresión a su integridad corporal; en 1914, la paciente Schloendorff, quien por complicaciones en el postoperatorio perdió varios dedos de la mano izquierda, vio reconocido frente al médico que la intervino extirpándole un

tumor –en contra de la voluntad reiteradamente expuesta- que “*todo ser humano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo, por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños*” (*Schloendorff v. The Society of the New York Hospital*)... Así, hasta llegar a 1957 donde, por vez primera, se afirma expresamente el derecho al “*informed consent*”, el derecho a formar un *consentimiento racional* y adoptar una *decisión autónoma* (*Salgo v. Leland Stanford*), coherente, en suma, con las convicciones personales, aún cuando las decisiones “*puedan parecer irracionales a los ojos de los demás*” (*Lane v. Candura*, 1978). No son estos que recogemos más que retazos de una tendencia muy consolidada –lo comprobamos en otros muy notables ejemplos- que en las últimas décadas ha cobrado fundamentación constitucional en torno al “*right of privacy*”. Éste, cuyo desarrollo teórico y jurisprudencial veremos incidentalmente discurrir parejo al del anterior, será definido desde 1890 como “*right to be alone*” (“*derecho a ser dejado en paz*”) asumiendo el objetivo esencial de “*preservar la naturaleza espiritual del ser humano, sus sentimientos y su intelecto, pues los creadores de la Constitución procuraron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos sus emociones y sus sensaciones*” -voto particular del juez BRANDEIS, *Olmstead v. United States*, 1928 (p. 133)-, planteamiento que incidirá decisivamente en las respuestas que el Tribunal Supremo ofrezca a los supuestos de conflicto entre “*usuarios*” y “*práctica médica*” producidos en relación a la interrupción del embarazo, la medicación forzosa de personas privadas de libertad y la eutanasia pasiva, o en los textos normativos sobre derechos del paciente emanados durante el último cuarto del siglo XX.

A partir del Capítulo IV, constituirá el marco normativo español vigente el objeto material sobre el cual hemos de proyectar la luz decidida en el capítulo primero. Ahora bien, antes de nada, el lector será avisado –con transparencia, sencillez y rigor- de la diversidad de fuentes que confluyen en la regulación

de los derechos del usuario, el distinto peso que cabe atribuirles y los términos en que se desenvuelve la relación entre ellas. Ninguno de los pormenorizados comentarios es en balde. Baste decir que nos enfrentamos a un espectro que abarca desde la normativa deontológica –cuya eficacia se asienta en el carácter derivado que le atribuye el ordenamiento estatal- hasta el Derecho internacional; que el operador se halla ante textos que reclaman su integración o interpretación acudiendo a otras normas; o que, como vemos al adentrarnos en los entresijos de la Ley reguladora de la autonomía del paciente de 2002, ésta ha sido dictada en el marco de un modelo estructural flexible y, como ley básica, ha de convivir con una profusa legislación autonómica de desarrollo.

El Capítulo V presenta los derechos a la intimidad en el ámbito de la sanidad, a la información sanitaria y a decidir sobre la propia salud como derechos fundamentales, después de analizar, en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, sus conexiones con los valores superiores (libertad -1.1 CE, dignidad y libre desarrollo de la personalidad -10.1 CE-) y varios derechos fundamentales expresamente considerados por el ordenamiento (derecho a la intimidad, -18.1 CE-, derechos a la vida y a la integridad física y moral -15 CE-, derecho de la libertad de conciencia -16.1 CE-). Coherentemente con el diseño expuesto al inicio de la obra, donde el Prof. TARODO SORIA presentó una libertad de conciencia estructurada en tres niveles, libertad para formar libremente las convicciones personales, para expresarlas libremente y para actuar libremente conforme a ellas, a partir de este momento y de manera casi diríamos natural, veremos la rotunda inmediatez entre la *información sanitaria* y formación de las convicciones, entre la *intimidad* y la expresión de esas convicciones o entre la *decisión* y la actuación de las mismas. En el estudio de esos derechos y límites, que ocupará los capítulos del VI al IX, comprobaremos la inmediata aplicabilidad de las consideraciones realizadas precedentemente y, más aún, si cabe, el incalculable valor que aporta al estudio del Derecho sanitario la

elección de la libertad de conciencia como objeto formal, por cuanto posibilita desde ofrecer respuestas claras a preguntas de otro modo ocultas hasta plantear numerosas y pertinentes propuestas de *iure condendo* frente a las inexactitudes y numerosos silencios de la norma.

El VI, sobre el “*derecho a la intimidad*”, al que se refiere expresamente la Ley 41/2002, comienza por distinguirlo del “*derecho a la vida privada*”, incorporado únicamente al Convenio de Oviedo. Aquél, afianzado en la tradición jurídica continental, está conectado *con lo más interno del sujeto, sus sentimientos, sus convicciones más profundas, las que conforman el núcleo duro de su identidad*; éste, de origen anglosajón, vertido en los tratados internacionales sobre derechos humanos y analizado al hilo del Derecho norteamericano, reenvía a “*nuestra vida personal, frente a nuestra dimensión pública o profesional*”, asume, pues, un sentido más amplio, lo que ha de llevar al intérprete, a la vista de las reglas previstas en el ordenamiento constitucional español -y en el mismo Convenio de Oviedo-, a considerar que nuestro sistema jurídico “*extiende la protección más allá de la intimidad hasta abarcar la esfera de la privacidad en la que la intimidad está incluida*”. A lo largo de la exposición, será la perspectiva de la libertad de conciencia la que permita explicar los diferentes grados de protección que el Derecho español otorga a los datos relacionados con los usuario de los servicios sanitarios según que versen sobre *ideología religión o creencias* (integrantes del núcleo más profundo de la *intimidad*), *origen racial, salud y vida sexual* (alojados en el ámbito de la *intimidad* pero de vinculación menos inmediata con las convicciones que las ideas y creencias) o sean de *carácter personal* (pertenecientes a la esfera más amplia de la *privacidad*). Es la libertad de conciencia, también, la que en estas páginas termina por alejar al “*usuario*” de cualquier imagen que pudiera representarle como mero “*objeto*” de la actividad sanitaria para presentárnosle como “*sujeto*”, sujeto pleno de pensamientos, intuiciones, sensaciones, preferencias o dudas y, sobre esa base, de derechos que garantizan su identidad a lo largo del

tratamiento, determinando la exigibilidad, frente a facultativos e instituciones, del secreto profesional o una especial protección para la historia clínica.

Igualmente (en el VII), es la protección del ejercicio de la libertad de conciencia del paciente —esto es, la tutela de sus convicciones y de su derecho a actuar conforme a las mismas— la que orienta la información en el ámbito de la sanidad, comprendiendo, en sentido positivo, el derecho a conocer toda la información disponible acerca de la propia salud pero, también, a que se respete la propia voluntad de no ser informado. Ambas vertientes son recorridas en toda su complejidad: titularidad, capacidad, información mínima legal de la que ha de disponer (aún por encima de sus resistencias, como cuando está en juego su salud o la de terceros), profesionales obligados a facilitarla... Complejidad que lleva más allá, cuando nos hace ver que todos los ciudadanos —y utilizamos la palabra en su sentido más lato— somos potenciales “usuarios” y, por tanto, a resultas de éste, titulares de los derechos a la información epidemiológica y a la información sobre el sistema nacional de salud.

En el Capítulo VIII, la elección de la libertad de conciencia como punto para la observación de los derechos del usuario da lugar a un utilísimo fruto: el derecho *a decidir sobre la propia salud* (Capítulo VIII), cimentado sobre la libertad para formar y expresar las convicciones y manifestación de la libertad para actuar de acuerdo con ellas, revierte, esencialmente, sobre los poderes públicos, obligándoles a establecer el marco jurídico adecuado para que el usuario encuentre realizable la libre adopción de las decisiones que considere más congruentes con sus convicciones y, en definitiva, garantizada, en el ámbito de aquello que toca a su salud, *la posibilidad de adecuar su comportamiento a su propia conciencia*. Es algo más —algo mejor— que el *derecho a la autonomía del paciente* o el *derecho al consentimiento informado*; antes que novedosa, la expresión por la que opta el Profesor, rápidamente resultará a quien lee más “familiar” —más “conocida”— que estas otras y, creo, más acorde

con los derechos y facultades que se quieren designar. Dejemos que el lector tenga ocasión de reflexionar abiertamente sobre el alcance de las *instrucciones previas* o cuestiones tan trascendentales como la *eutanasia* y, en última instancia, decida.

Concluye la obra con la descripción de los límites que corresponden a los derechos enunciados. El pormenor de las argumentaciones del Tribunal Constitucional acerca de la “*necesidad para conseguir el fin legítimo perseguido*”, “*la proporcionalidad de los sacrificios*”, o la “*preferencia de las soluciones que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona*”; el análisis clarificador de los conceptos indeterminados cobijados entre la normativa aplicable; las formulaciones sobre cuál ha de ser el cauce para conciliar aquellos derechos con otros derechos e intereses—y hasta obligaciones— de profesionales, particulares o poderes públicos... todo, todo ello, acaba por mostrarnos a un valiosísimo investigador y a un modélico divulgador del conocimiento científico.

