

¿PUEDE EL ESTADO ADOPTAR MEDIDAS PATERNALISTAS EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?

Marina Gascón Abellán

*Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO

Resumen.

1. *Planteamiento: Medidas paternalistas en el ámbito de la salud.*
2. *La vida como derecho, ¿y como deber?: el rechazo de tratamientos.*
 - 2.1. *Planteamiento.*
 - 2.2. *Caracterización del conflicto: concepciones del derecho a la vida.*
 - 2.3. *Posición jurisprudencial dominante: la vida como deber.*
 - 2.4. *Una interpretación alternativa: la vida libremente querida y autodeterminada.*
3. *La salud como derecho, ¿y como deber?.*
 - 3.1. *La injustificabilidad de los deberes puramente paternalistas.*
 - 3.2. *La responsabilidad social de los individuos como criterio de justificación:*
 - a) *El sistema de protección de la salud como bien social del primer orden.*
 - b) *El test de constitucionalidad de las restricciones a la libertad en pro de la propia salud.*
 - c) *Excursus: la imposibilidad de denegar la asistencia sanitaria como “sanción” por el incumplimiento de estos deberes.*

Resumen

El reconocimiento de la protección de la salud como derecho prestacional puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos, bien en su calidad de pacientes o bien en su calidad de potenciales pacientes. Estos conflictos tienen su origen en la adopción de medidas o de interpretaciones del ordenamiento de tipo paternalista sobre cuya justificabilidad conviene reflexionar; y no sólo por su carácter altamente polémico, sino también por la -al menos aparente- paradoja que supone que aquello que sólo costosamente ha sido reconocido como un derecho termine siendo impuesto como un deber.

La primera manifestación del paternalismo que se analiza es la que tiene lugar en la respuesta que se da al rechazo de tratamientos médicos cuando la vida corre peligro. El rechazo de un tratamiento que se considera vital constituye un conflicto entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos: de un lado el derecho a la vida del paciente, que obliga a hacer lo posible por salvarla, y de otro su libertad, que justifica el derecho del paciente a rechazar el tratamiento que se le propone. Dos son las soluciones posibles a este conflicto, dependiendo de que la vida se conciba en su estricta cualidad físico-existencial, lo que supone configurar el derecho a la vida como un "superderecho" con carácter preferente sobre el resto de los derechos; o que se conciba como un bien inescindible de la capacidad de autodeterminación del individuo, lo que supone que no hay confrontación entre el derecho a la vida y la libertad, pues la vida constitucionalmente protegida es la vida libremente elegida. En el primer caso la asistencia médica coactiva está justificada; en el segundo la vida no puede protegerse contra la voluntad de su titular. En la jurisprudencia de los altos tribunales españoles domina la primera de las interpretaciones señaladas: la que concibe la vida, *in fine*, en términos de santidad, como un valor intangible. En este trabajo, sin embargo, se aboga por la interpretación alternativa: la de la vida libremente querida y autodeterminada, que es la más acorde con los principios de un Estado laico y liberal y que, por lo demás, se va abriendo paso en la jurisprudencia de algunos tribunales.

La segunda manifestación de paternalismo que se analiza es la que tiene lugar cuando el Estado impone deberes que limitan la libertad-autonomía de los sujetos (ya no como pacientes sino en su simple condición de ciudadanos) en aras de la protección de su propia salud. Este tipo de deberes plantean dos cuestiones: 1º) ¿están justificadas estas restricciones a la libertad?; y si lo están, ¿cuándo o en qué condiciones?; 2º) en el caso de que estén justificadas, ¿qué tipo de consecuencias pueden anudarse a ellas?; y en concreto, el incumplimiento de estas restricciones o deberes

¿puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria?. Respecto al primer orden de cuestiones, lo que se sostiene aquí es que si estos deberes fueran puramente paternalistas no tendrían justificación, y que una de las pocas posibilidades (si no la única) de justificarlos es apelar a la responsabilidad de los individuos en la protección de un interés social de primer orden: la preservación del sistema público de protección de la salud. De donde deriva una consecuencia de importancia: que la norma en cuestión ha de superar un test de justificabilidad (o de constitucionalidad) que se traduce en resumidas cuentas en mostrar que no es una medida puramente paternalista sino que se encamina a hacer viable el derecho a la salud para todos (mediante la contención en el gasto sanitario y el buen aprovechamiento de los recursos), que es adecuada y necesaria para ello y que resulta proporcionada a los beneficios que con ella se esperan obtener. Respecto al segundo orden de cuestiones lo que se sostiene es que la "sanción" que se anude al incumplimiento de los deberes así justificados no puede consistir en ningún caso en la privación del derecho a la asistencia sanitaria, porque tal sanción sería inconstitucional. Lo que podría resultar adecuado (y constitucionalmente legítimo), sobre todo en casos de escasez o insuficiencia de recursos, es arbitrar fórmulas de copago o impuestos especiales o incluso criterios de prelación en la atención sanitaria.

1. Planteamiento: Medidas paternalistas en el ámbito de la salud

El progreso y el bienestar humanos siempre han ido aparejados a la protección de la salud, que precisamente por eso ha representado, al menos en las sociedades en desarrollo, una de las demandas sociales más intensas. En este ámbito se ha avanzado mucho, y hoy no se pone ya en cuestión que la salud es un bien tan valioso que el Estado tiene la obligación de protegerlo, se posean o no los recursos necesarios para pagar su precio de mercado. Esta es una de las principales aportaciones del ideario del "Estado social" y por consiguiente uno de los principales sellos de identidad de los países europeos, que con unos u otros matices han hecho de la garantía de la salud una obligación estatal y con ello un derecho de los individuos. De hecho, el derecho a la salud se configura como un derecho prestacional, o sea como una prestación que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos¹.

1. Las constituciones que incorporan el principio del Estado social, en efecto, reconocen, con unos u otros términos, el derecho a la (protección de la) salud de los ciudadanos. Sirva a título de ejemplo la Constitución española, que en el capítulo "De los principios rectores de la política social y económica" lo consagra expresamente en su artículo 43 ("Se reconoce el derecho a la protección de la salud", apartado 1) y atribuye a los poderes públicos la competencia y la obligación de "organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (...), apartado 2".

Incluso desde una perspectiva netamente liberal se considera que la protección de la salud es (o debe ser) un *prius* moral y jurídico para el Estado. Y es que, en efecto, si los derechos de libertad representan la categoría más obvia de derechos desde el punto de vista del respeto a la dignidad de las personas, los llamados derechos sociales (la salud entre ellos) culminan ese reconocimiento al enderezarse a garantizar que la libertad formalmente proclamada sea una libertad efectiva; o si se quiere, la participación en los bienes materiales es un presupuesto necesario para que la libertad jurídica pueda convertirse en libertad real²: sólo con los estómagos llenos (derechos económicos, derecho al trabajo), un techo bajo el que vivir (derecho a la vivienda), una formación al menos mínima (derecho a la educación) y unos adecuados cuidados sanitarios (derecho a la salud) podrá considerarse que los individuos cuya libertad se proclama formalmente estén realmente en condiciones de poder ejercerla. Los derechos sociales, en definitiva, son condición de la libertad³. Por eso el derecho a la salud, hoy definitivamente consagrado en estos u otros términos por las constituciones de nuestro entorno cultural, constituye un hito civilizatorio de un valor incalculable. Y por eso la falta de garantía del derecho a la salud (como del resto de los derechos sociales) no deja indemne la garantía de la libertad.

Pero si el reconocimiento jurídico de la protección de la salud como un derecho puede considerarse todo un triunfo civilizatorio y un perfeccionamiento del sistema liberal de derechos, también es verdad que puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos, bien en su calidad de pacientes o bien en su calidad de potenciales pacientes. Lo primero porque, en el ámbito de la relación médico-asistencial donde el individuo es un paciente, los tratamientos y terapias vitales, según determinadas interpretaciones que conciben la vida como un derecho pero también como un deber (o sea como un derecho-deber)⁴, son considerados de obligatorio acatamiento; se limita así la libertad-autonomía del

2. Desde una perspectiva liberal, en efecto, los derechos sociales se orientan "a remover los obstáculos económicos y culturales que impiden o dificultan a una buena parte de los individuos el ejercicio de sus libertades" (L.Prieto, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1990, pág.188). Se trata en el fondo de que el valor de la libertad para cada individuo se aproxime a la igual atribución jurídica de esa libertad para todos (Sobre la distinción entre la libertad y el valor de la libertad vid. J.Rawls, *Teoría de la Justicia* (1971), trad. de M.D. González, Madrid, FCE, 1979, pág. 237).

3. Así en E.W. Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J.L. Requejo e I.Villaverde, *Baden-Baden, Verlagsgesellschaft*, 1993, pág. 237.

4. En el lenguaje jurídico se denominan derechos-deberes a aquellos derechos que generan a su vez deberes para sus titulares: como el derecho-deber a la educación, que comprende el derecho (pero también en determinadas circunstancias el deber) de recibir una educación. Se trata casi siempre de normas muy polémicas porque pueden resultar contestadas por los sujetos titulares de esos derechos (-deberes) en virtud de su libertad-autonomía.

paciente, que en ciertas circunstancias no puede rechazar los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar su salud o su vida. Lo segundo porque cada vez son más frecuentes las medidas (o las propuestas de medidas) que establecen restricciones a la libertad-autonomía de los individuos con el objeto de proteger o preservar su salud, y que por consiguiente suponen también la configuración de la salud como un derecho-deber. Tanto en un caso como en otro nos encontramos, pues, ante interpretaciones y medidas de tipo paternalista sobre cuya justificabilidad conviene reflexionar, y no sólo por su carácter altamente polémico sino también por la -al menos aparente- paradoja que supone que aquello que sólo costosamente ha sido reconocido como un derecho termine siendo impuesto como un deber.

2. La vida como derecho, ¿y como deber?: el rechazo de tratamientos

La protección de la salud puede generar conflictos o tensiones con la libertad-autonomía de los individuos en su calidad de pacientes. Así sucede, dicho muy simplemente, cuando en el ámbito de una relación de médico-asistencial se imponen a los pacientes tratamientos o terapias con la justificación de que el Estado tiene la obligación de garantizar su salud y vida incluso en contra de su voluntad. Pero cabe preguntar ¿tiene en verdad justificación la imposición coactiva de tratamientos médicos?. El deber del Estado de salvaguardar la salud y la vida de las personas ¿justifica estas restricciones a su libertad?. En definitiva ¿se puede limitar la autonomía de las personas por motivos puramente paternalistas?.

2.1 Planteamiento

En las últimas décadas la relación médico-paciente ha ido abandonando progresivamente el esquema paternalista por el que se regía y hoy puede decirse que es el principio de autonomía el criterio sobre el que descansa. La manifestación más clara de dicho principio en el contexto asistencial es la exigencia del consentimiento del paciente en todas las acciones que afecten a su salud así como la posibilidad (o el derecho) de rechazarlos⁵. El rechazo de tratamientos, sin embargo, plantea problemas o tensiones en la práctica clínica diaria; y no sólo porque sigue todavía muy presente una difusa pero poderosa concepción paternalista de la prác-

5. De esta manifestación del principio de autonomía se hacen eco el Convenio de Oviedo y la Ley española de Autonomía del Paciente (arts. 2.2 y 2.4), así como el Código Deontológico de la Medicina (art.9.2). Por lo demás, la incidencia del principio de autonomía en el contexto asistencial ha sido recogida en la mayoría de los documentos internacionales sobre bioética y regulada pormenorizadamente en las legislaciones internas de los estados.

tica clínica, sino también, y sobre todo, porque el rechazo de un tratamiento puede repercutir negativamente en la salud o la vida, bienes muy valiosos sobre los que la mayoría de los sistemas morales y jurídicos reclaman protección.

Dependiendo del contexto en que se produzca el rechazo de tratamientos puede merecer consideraciones distintas, tanto desde la perspectiva moral como desde la óptica del derecho. Es posible que el tratamiento se rechace por considerar que sólo contribuye a prolongar inútilmente la vida (y quizás la agonía) en un contexto en el que ésta está abocada ya a su fin; aunque este rechazo se conecta al debate sobre la eutanasia su admisibilidad hoy no plantea mayores problemas. Pero es posible también que el rechazo se produzca en un contexto donde el tratamiento constituya un medio adecuado para curar la enfermedad, o sea, para recuperar o mejorar la salud y/o eliminar el riesgo de muerte. Es verdad que en este segundo supuesto el rechazo puede ser inocuo o no problemático desde el punto de vista clínico. Así sucede cuando el tratamiento que se rechaza no es vital, bien sea porque hay otros tratamientos o terapias alternativas disponibles o bien, en todo caso, porque de dicho rechazo no se deriva un riesgo serio para la salud o la vida del paciente. Pero también puede ocurrir que el rechazo de un tratamiento plantee problemas porque ponga en grave peligro la salud o la vida del paciente y no existan otras alternativas terapéuticas disponibles. A veces estos comportamientos de rechazo se califican en sentido lato como suicidas, pues aunque el paciente, en rigor, no busca la muerte, sabe (y asume) que la ausencia del tratamiento puede conllevar este resultado. Es de estos rechazos y de los problemas que plantean de lo que nos ocuparemos aquí. Pero antes, dos observaciones.

La primera es que aunque el rechazo de un tratamiento puede obedecer a motivos muy diversos (puede obedecer simplemente a la falta de confianza en el médico o en el éxito del tratamiento, o a las dudas sobre sus riesgos o consecuencias, o a las propias convicciones sobre la calidad de vida, o a motivos políticos o estratégicos, como sucede en las huelgas de hambre) seguramente el supuesto de rechazo más típico y conflictivo es el que tiene lugar por motivos de conciencia, y por ello nos vamos a centrar básicamente en él. La segunda es que las consideraciones que hagamos sobre el rechazo de tratamientos por motivos de conciencia son extrapolables a los rechazos que se producen por cualquier otro motivo. Ello es así porque el hecho de que el rechazo venga animado por motivos de conciencia no hace sustancialmente distinto el problema que se plantea y que no es otro que el de qué hacer, respetar la voluntad-autonomía del paciente aún a riesgo de que muera o se deteriore gravemente su salud o aplicar

el tratamiento en contra de su voluntad; y la presencia de los motivos de conciencia lo único que hace es acentuar o reforzar la protección que merece la voluntad-autonomía del paciente. En suma, lo que está en cuestión en todos los casos de rechazo es el alcance y la importancia que se concede al principio de autonomía del sujeto en los asuntos que afectan a su salud. La única diferencia reside en que en el primer supuesto el rechazo se formula (y se pretende justificar) como un ejercicio de la libertad ideológica y de conciencia, mientras que en el segundo se formula (y se pretende justificar) como un ejercicio de la libertad-autonomía.

2.2 Caracterización del conflicto: concepciones del derecho a la vida

Todos los supuestos de rechazo (sean o no por motivos de conciencia) plantean básicamente un mismo cuadro de problemas y tensiones: de un lado el médico debe hacer cuanto esté en su mano para salvar la vida del paciente, como exige el principio de beneficencia, y a veces ese "hacer cuanto esté en su mano" puede requerir justamente la aplicación del tratamiento que el paciente rechaza; pero de otro lado tiene también el deber de respetar la voluntad del paciente, como exige el principio de autonomía. Desde el punto de vista jurídico el problema constituye un conflicto entre derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Por un lado el derecho a la vida del paciente, pues es la protección de la vida lo que justifica el principio de beneficencia que obliga al médico a hacer cuanto esté en su mano por preservarla. Por otro lado la libertad (libertad-autonomía o libertad de conciencia, tanto da) del paciente, pues es esa libertad lo que justifica el derecho del paciente a rechazar un tratamiento y la obligación del médico de respetar esa decisión. Cómo haya de resolverse este conflicto de derechos constitucionales es justamente la cuestión polémica, y la respuesta depende en última instancia del alcance que se le dé a la autonomía de la voluntad del paciente (o a su libertad de conciencia, si el rechazo se formula por motivos de conciencia) cuando está en riesgo la vida; es decir, depende de cómo se conciba el derecho a la vida que la Constitución protege. Estamos aquí, en definitiva, ante el problema de determinar si ha de respetarse la decisión libremente adoptada aunque ello conlleve un alto riesgo de muerte o si, por el contrario, existe un deber (constitucional) de vivir contra la propia voluntad.

Dos son las soluciones posibles a este conflicto, dependiendo de que la vida se conciba en su estricta cualidad físico-existencial o que se conciba como un bien inescindible de la capacidad de autodeterminación del individuo. En el primer caso la vida deberá protegerse incluso frente a su titular; en el segundo la vida no puede protegerse contra la voluntad de su titular.

En efecto, según una opinión (hasta ahora mayoritaria) la vida, entendida en clave de existencia físico-biológica, no es un derecho como los demás, sino que es la base para el ejercicio de todos los demás derechos. Es una especie de "superderecho" con carácter preferente sobre el resto de derechos. Por eso -se sostiene- la vida que protege el artículo 15 CE tiene carácter absoluto, inalienable, indisponible e irrenunciable, lo que significa que el Estado (y en particular la Sanidad Pública) tiene la obligación de proteger la vida frente a todos, incluso frente a su titular. Más que como un derecho, la vida se concibe como un derecho-deber. O, por usar otra expresión al uso, el artículo 15 CE no garantiza un derecho a la muerte. Por ello la asistencia médica coactiva (como cualquier otra medida paternalista encaminada a preservar la vida) está justificada. El consentimiento de la persona es irrelevante: hay que garantizar la vida en todo caso.

Según otra opinión (aún minoritaria pero que cada día gana más terreno), para conocer el contenido y alcance del derecho a la vida hay que ponerlo en relación con el resto del texto constitucional, y en particular con el artículo 10 CE, relativo a la dignidad de la vida y al libre desarrollo de la personalidad. La dignidad de la persona, según esta posición, más allá de la consabida retórica al uso, consiste específicamente en que ésta pueda ser modeladora y definidora de sí misma, en que tenga la condición de ser aquello que quiere ser. De ello deriva que la Constitución no protege una vida cualquiera, sino una vida digna, es decir, libremente querida y autodeterminada. Si se quiere, en la vida protegida por la Constitución no prima la dimensión biológica sobre la capacidad de decisión libre y autónoma. El derecho a la vida significa que se tiene derecho a vivir y a morir. En suma, el derecho a la vida no es absoluto, sino relativo: la vida es un bien disponible para la persona plenamente consciente, libre y responsable. No hay, pues, confrontación entre la vida y la libertad (libertad ideológica o libertad-autonomía), pues la vida constitucionalmente protegida es la vida libremente elegida.

2.3 Posición jurisprudencial dominante: la vida como deber

El caso más frecuente de rechazo de tratamientos por motivos de conciencia lo representa quizás el rechazo a las transfusiones de sangre por los testigos de Jehová. La resolución de estos conflictos ha originado ya múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y en los altos tribunales españoles domina abrumadoramente la primera de las posiciones apuntadas: la que concibe la vida, *in fine*, en términos de santidad, como un valor intangible. Lo que sigue es un breve resumen de esa posición jurisprudencial que puede extenderse también al rechazo de cualquier otro tratamiento médico, ya sea por motivos de conciencia o por otros distintos.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el criterio por el que han de regirse los profesionales de la medicina en los casos en que el paciente rechaza un tratamiento que implica transfusión de sangre son los siguientes:

(i) *Cuando pueda prescindirse del tratamiento sin que ello conlleve un grave peligro para la vida del paciente*, como por ejemplo cuando puedan ofrecerse otros tratamientos o productos alternativos que estén disponibles y que puedan estimarse eficaces de acuerdo con criterios científicos⁶, habrá que respetar la voluntad del paciente. Por lo demás, si el paciente es un menor, aunque la decisión última sobre su "bienestar" (o sea, aquello que más le conviene) corresponda a sus representantes legales, también habrá que tener en cuenta sus opiniones y deseos⁷.

(ii) *Si la vida del paciente corre grave peligro y el médico estima que la transfusión es el único remedio eficaz disponible para salvarla*, tiene que realizar la transfusión, incluso contra la voluntad del paciente.

Para el Tribunal Supremo, en efecto, el conflicto suscitado en estos casos entre el derecho a la vida y la libertad religiosa y de conciencia ha de resolverse dando "preeminencia absoluta al derecho a la vida, por ser el centro y principio de todos los demás derechos"; es decir, debe resolverse con una intervención médica coactiva, si fuera necesario. Cabe destacar esta interpretación en la STS 27/03/1990 (Sala Segunda) o en algunos Autos anteriores de esa misma Sala, donde además, en consonancia con la tesis de la indisponibilidad de la vida, se recuerda que cuando los médicos acudan al juez para que les indique qué han de hacer en un caso de estos, éste viene obligado a autorizar las transfusiones necesarias si no quiere incurrir en un delito de cooperación pasiva al suicidio o de omisión del deber de socorro⁸; o se rechaza que la autorización judicial de la transfusión suponga un atentado contra la

6. Por ejemplo, técnicas y aparatos quirúrgicos para detener las hemorragias; técnicas operatorias para reducir la hemorragia durante la cirugía; agentes hemostáticos para detener las hemorragias; o terapias y técnicas para el tratamiento de la anemia.

7. Este es el sentido de la Convención de los derechos del niño de la ONU, de 1989, que establece que cuando el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio sus opiniones sobre los asuntos que le afecten deberán tenerse en cuenta en función de su edad y madurez, y del art. 6.2 del Convenio de Oviedo. Y el mismo espíritu inspira la Ley española de Protección Jurídica del Menor (1996) y el art. 9 de la Ley de Autonomía del Paciente de 2002. Además el Tribunal Constitucional, en una polémica sentencia sobre rechazo de un menor y de sus padres a una transfusión de sangre (la STC 154/2002, de 18 de julio) ha respaldado también la tesis de que los menores son titulares plenos de su derecho a la libertad de creencias, sin que el ejercicio del mismo se abandone por entero a lo que puedan decidir quienes tengan atribuida su guarda y custodia.

8. Así, el Auto del TS de 14 de marzo de 1979 (Sala 2ª).

libertad religiosa y de conciencia, con el argumento de que esta libertad, según la L.O. de Libertad Religiosa (art.3.1), encuentra sus límites en "la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública"⁹. El Tribunal Constitucional, por su parte, mantiene la misma posición en el Auto 369/1984 de 20 de junio, pues entiende que la libertad religiosa del artículo 16.1 CE tiene como límite la salud de las personas, sin entrar a considerar siquiera el hecho de que se trate de la salud de la propia persona que objeta el tratamiento. Cuando los sujetos implicados son menores de edad el Tribunal Supremo se muestra aún -y como es obvio- más tajante. Si el menor se encuentra en inminente peligro de muerte es obligación de los médicos aplicar el tratamiento, como es obligación del juez de guardia conceder el permiso para ello si fuera solicitado por los médicos. Es de resaltar a este respecto el Auto del Tribunal Supremo de 27/9/1978. Los padres de una menor interpusieron una querrela contra el juez de guardia, quien, requerido por el equipo médico, había ordenado que se practicara a su hija una transfusión de sangre que necesitaba, ignorando la negativa de sus padres, que la rechazaban por ser Testigos de Jehová. El TS rechazó la querrela por considerar que la menor se encontraba en una situación de inminente peligro de muerte, por lo que los médicos (y el juez de guardia) no sólo no habían obrado mal, sino que estaban obligados a actuar así.

En resumen, de acuerdo con los criterios asentados por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, en línea de principio el médico tiene la obligación de respetar la libertad de los pacientes competentes que rechazan un tratamiento (y si son menores ha de tomar en consideración su opinión en función de su edad y grado de madurez), lo que significa que debe explorar y tratar de aplicar otras alternativas terapéuticas. Pero si la vida del paciente corre peligro y no existen otras alternativas terapéuticas (lo que seguramente sólo sucederá en casos extremos) no sólo no es reprochable que actúe contra la voluntad de éste, sino que está obligado a hacerlo. Máxime si el paciente es un menor. Por lo demás, esta posición jurisprudencial es la que ha recogido el Código de Ética y Deontología Médica, cuyo artículo 9.4 establece que "el médico en ningún caso abandonará al paciente que necesitara su atención por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de algún tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes competentes. Tratará y protegerá la vida de todos aquellos que sean incapaces, pudiendo solicitar la intervención judicial, cuando sea necesario".

2.4 Una interpretación alternativa: la vida libremente querida y autodeterminada

La posición jurisprudencial dominante que se acaba de describir se muestra

9. Autos del TS de 22 de diciembre de 1983 y de 25 de enero de 1984.

poco respetuosa con la libertad de conciencia en particular y con el principio de autonomía en general, principios ambos que quedan arrinconados con esta interpretación profundamente paternalista (y perfeccionista) y de cuestionable justificación cuando los pacientes son sujetos competentes, es decir, capaces de deliberar sobre sus objetivos personales y actuar bajo la dirección de dicha deliberación. Respetar la autonomía, como sostenía el Informe Belmont, "es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan un claro perjuicio a otros". Por eso, si el paciente es adulto y puede entenderse que ha adoptado su decisión libre y voluntariamente no se ve por qué razón no habría que respetarlo, aunque con ello ponga en riesgo su vida. Máxime en un Estado que proclama su carácter laico y liberal, pues la máxima liberal establece -recuérdese- que la única razón que autoriza a un Estado a usar la fuerza sobre un individuo es la necesidad de proteger los derechos de otros individuos. Por lo demás, y como antes se indicó, tanto la Ley española de Autonomía del Paciente, de 2002, como el Convenio de Oviedo contemplan el derecho del paciente a rechazar un tratamiento. Y frente a ello no cabe decir -apoyándose en una argumentación usada en ocasiones por los tribunales en relación con la negativa a las transfusiones de sangre de los testigos de Jehová- que quien rechaza un tratamiento por motivos religiosos poniendo en riesgo su vida no está en pleno uso de sus facultades mentales y en consecuencia no puede ser considerado un sujeto competente y autónomo; no cabe decir que este tipo de profesiones de fe e "irracionales" creencias son equivalentes desde el punto de vista jurídico a un "trastorno mental transitorio" o a una "obcecación del juicio"¹⁰, pues esta asimilación resulta moral y socialmente ofensiva. Considerar una creencia que no se comparte como un caso de enajenación mental es ofender al grupo que la comparte y, de paso, establecer una distinción entre creencias buenas y respetables (las propias) y creencias que no merecen respeto (las ajenas). El derecho no debe calificar o descalificar las creencias, sino tan sólo aceptar o reprobar los actos que se ejercen en virtud de

10. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo, en STS 27/03/1990 dictada a propósito de un caso de homicidio por impedir una transfusión de sangre a una testigo de Jehová, consideró la acción típica y antijurídica, pero atenuada por entender que la actuación del acusado (también testigo de Jehová) conforme a los dictados de su religión era equivalente a la alteración psíquica: "el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales en la indicada opción religiosa, ...conducen a una ofuscación del raciocinio...a un estado pasional caracterizado por el disturbio derivado del aludido orden de valores que merman... la capacidad psicológica del sujeto". Es evidente que el TS usa esta asimilación entre creencias religiosas y ofuscación del raciocinio para rebajar el reproche penal que la conducta homicida merece cuando viene motivada por fuertes creencias religiosas, pero cualquier tentación de extrapolar ese argumento para recortar la voluntad-autonomía de un adulto competente que rechaza un tratamiento poniendo en riesgo su vida resulta inaceptable desde la óptica de un Estado liberal, plural y laico, y por ello mismo debe ser conjurada.

las mismas, pero esa aceptación o reprobación ha de hacerse con los mimbres del propio Estado de derecho y de la máxima liberal.

Lo anterior, insistamos en ello, vale para el caso de un adulto consciente y capaz, no cuando el paciente sea un menor o un incapaz intelectual y emocionalmente, aunque no haya sido incapacitado legalmente, y sean sus representantes legales quienes rechazan el tratamiento. En estos casos no está en juego la libertad de conciencia frente a la propia vida, sino frente a una vida ajena. Más exactamente, lo que se enfrenta aquí es la libertad de conciencia de los padres o los representantes legales con la vida o la salud del menor o incapaz, y el ordenamiento no puede abdicar de su deber de protegerla y, por tanto, de aplicar el tratamiento si fuera necesario; lo cual no impide, naturalmente, que, según el criterio médico, puedan emplearse tratamientos alternativos que no pongan en peligro la vida del menor. Con todo, un caso particularmente delicado se plantea cuando es un menor maduro (y no sus padres) quien rechaza personal y seriamente la transfusión. Esta es una hipótesis especialmente conflictiva, pues, de un lado, las decisiones del menor maduro merecen respeto, en línea con el espíritu de los documentos nacionales e internacionales antes mencionados; pero, de otro lado, hay que hacer todo lo necesario para proteger su salud o su vida hasta que, llegado a la edad adulta, pueda asumir las consecuencias más trascendentales de sus propias decisiones. Por eso en estos casos -con mayor razón que en los de un menor no maduro- habría que tratar de suministrar al paciente terapias alternativas mientras sean efectivas y no pongan en grave peligro su vida, pero si esto no se considera adecuado el médico (y el juez de guardia si se pidiera su orientación) deberá actuar en defensa de la vida del menor.

Aunque la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional es contraria a este modo de ver las cosas, en otras instancias judiciales se ha ido abriendo paso una jurisprudencia distinta y coincidente o más acorde con esta posición. Así ha sucedido en algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-la Mancha y Extremadura, que sostienen que el rechazo de transfusiones por motivos religiosos no puede considerarse contrario ni a la seguridad pública, ni a la salud, ni a la moral pública ni a la protección de los derechos y libertades de los demás. O en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que sostiene -frente a la tesis del Tribunal Supremo- que "si el paciente es mayor de edad y adopta su decisión libremente (...) el Juez no tiene obligación ineludible de conceder autorizaciones para realizar transfusiones". Y ello porque toda transfusión entraña un evidente riesgo y admite soluciones alternativas que también entrañan un riesgo, por lo que el pro-

blema del rechazo a la transfusión ha de verse como un problema de elección de riesgos y "es erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, debiendo tenerse en cuenta la libertad del individuo" y sus creencias religiosas¹¹. Por lo demás, en la jurisprudencia constitucional cabe encontrar algún respaldo a la tesis de que no cabe imponer coactivamente un tratamiento ni siquiera en situaciones de riesgo vital. Me refiero a las SSTC 120 y 137/1990, relativas a la huelga de hambre de los GRAPO, donde el TC consideró que la asistencia médica obligatoria a los presos (consistente en alimentarlos forzosamente por vía parenteral para evitar el riesgo de muerte) estaba justificada por encontrarse éstos en una relación de "sujeción especial" con la Administración; de donde puede interpretarse, a contrario, que cuando no exista esa relación de sujeción especial será necesario el consentimiento para recibir un tratamiento médico; o sea, que uno es dueño de poner en peligro su vida si lo asume libremente y sin coacciones.

Ahora bien, aun cuando -como resultaría coherente con el respeto a la libertad (de conciencia o no, es lo de menos)- terminara imponiéndose esta manera de ver las cosas podrían plantearse otros problemas. Podría suceder, por ejemplo, que el paciente, por su estado, no pueda manifestarse pero sus familiares, amigos o correligionarios se opongan a la transfusión o a cualquier otro tipo de tratamiento alegando que esta es la voluntad del paciente. Nos hallaríamos aquí ante problemas de prueba. Habría que probar fehacientemente que el paciente se hubiera opuesto al tratamiento de haber podido expresarse. A estos efectos, por ejemplo, no debería bastar con acreditar la pertenencia del paciente a una confesión cuyo credo es contrario a la transfusión, pues a nadie (profese las creencias que profese) debería presuponersele actitudes heroicas o de sacrificio; por ello, y dadas las repercusiones posibles en terceras personas (en los médicos o en el juez al que se solicita la autorización oportuna) quizás no sería excesivo exigir que su oposición a la transfusión constara documentalmente, en las instrucciones previas o testamento vital¹², o que se acreditara por cualquier otro medio fidedigno. Por último, otra cuestión que cabe plantear es si se puede aplicar coactivamente un tratamiento cuando estén implicados derechos de terceros. Por visualizarlo con casos concretos, ¿habría que respetar la voluntad de una mujer embarazada de no ser mantenida artificialmente con vida si esa actuación

11. Sentencia del TSJ de Castilla-la Mancha de 15 de abril de 1991; Sentencia del TSJ de Extremadura de 4 de marzo de 1992; y Auto del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 1992.

12. En este sentido, C.M.Romeo Casabona, "La objeción de conciencia en la praxis médica", en *Libertad ideológica y derecho a no ser discriminado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, págs. 77-78.

permitiría que su hijo naciese?. Y si una mujer embarazada testigo de Jehová rechaza una cesárea que no puede realizarse sin transfusión, poniendo así en peligro la vida del feto además de la suya propia, ¿tiene derecho a que se respete su decisión de que no se le practique la cesárea?. Es verdad que estos casos son especialmente conflictivos, pero quizás la presencia en ellos de derechos o intereses de terceras personas obligaría a responder negativamente estas preguntas y aplicar el tratamiento. Esta fue, por ejemplo, la tesis mantenida en la sentencia británica *ReS (Adult Refusal of Medical Treatment)* [1993] Fam 123.

3. La salud como derecho, ¿y como deber?

Pero la protección de la salud también puede generar conflictos con la libertad-autonomía de los individuos ya no en su calidad de pacientes, sino en su simple condición de ciudadanos sujetos por tanto a deberes ciudadanos. Así sucede, dicho muy simplemente, cuando el Estado impone (o pretende imponer) restricciones a la libertad de los sujetos en aras de la protección de su salud. Constituyen ejemplos de estas restricciones el deber de llevar el cinturón de seguridad en los vehículos a motor; o el deber de llevar casco en los ciclomotores; o la prohibición de consumir drogas, o de fumar. Algunas de estas restricciones son aceptadas con normalidad pero otras, en cambio, están siempre en el centro de la polémica. Precisamente por eso tiene sentido preguntar: ¿están justificadas estas restricciones?; y si lo están, ¿cuándo o en qué condiciones?. Y otra importante cuestión: en el caso de que estén justificadas, ¿qué tipo de consecuencias pueden anudarse a ellas?; y en concreto, el incumplimiento de estos deberes o restricciones ¿puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria?.

3.1 La injustificabilidad de los deberes puramente paternalistas

Lo que tienen en común los deberes u obligaciones que comentamos es que en línea de principio tienen como objetivo inmediato la preservación de la propia salud, en sentido amplio. La obligación de llevar abrochado el cinturón de seguridad en los vehículos en circulación tiene como objetivo inmediato evitar daños graves en la integridad de las personas en caso de un eventual accidente; y lo mismo puede decirse de la obligación de llevar casco que se impone a los motoristas. La prohibición de consumir drogas (o cierto tipo de drogas) tiene como objetivo inmediato evitar el grave deterioro en la salud física y psíquica que la adicción a las mismas comporta; y la prohibición de fumar, aunque puede tener como objetivo proteger a los no fumadores conservando los espacios comunes libres de humos, qué duda cabe que de manera concomitante suele per-

seguir también una reducción del consumo de tabaco entre los fumadores. Es evidente que consideradas de este modo las restricciones a la libertad individual que estamos considerando constituyen de algún modo medidas paternalistas, esto es, limitaciones a la libertad-autonomía de los sujetos con el objetivo inmediato de preservar su salud (en definitiva, por su bien, porque es lo que más les conviene). Ahora bien, en mi opinión, en la medida en que consideremos que estas restricciones son puramente paternalistas, porque preservar la salud o el bien de los individuos sujetos a ellas no sólo es su objetivo inmediato sino que es además su único objetivo, carecen de justificación. O más exactamente, carecen de justificación en un sistema político-jurídico tejido con los mimbres de la filosofía liberal.

El paternalismo, en efecto, carece de justificación porque colisiona frontalmente con el principio de autonomía individual, que constituye el postulado básico de la filosofía política liberal sobre la que se asienta toda la tradición de los derechos que inspira el constitucionalismo democrático. Dicho principio expresa el deber de respetar la autodeterminación de un individuo y supone reconocer su derecho como persona a decidir sobre los asuntos que le conciernen, en este caso sobre su vida y su salud. Tras el principio de autonomía moral o autodeterminación del individuo se vislumbra, pues, un compromiso con la máxima liberal que establece -según la clásica tesis de Mill- que la única razón que legitima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle hacer daño a otros; es decir, la máxima que proscribire los deberes paternalistas.

Es verdad que desde la óptica liberal es posible sostener que algunos deberes paternalistas pueden estar justificados: en concreto aquellos que se basan en la "restauración" de la autonomía personal; es decir, los que tienen por objeto proteger a un sujeto que carece de competencia básica (por ejemplo, un niño)¹³ justamente en aras de la recuperación futura de la autonomía. De hecho lo que se sostiene es que el principio de autonomía tal y como lo hemos formulado (capacidad de decisión sobre los propios asuntos siempre que de ello no se derive un daño a terceros) no actúa de forma absoluta sino que juega bajo determinadas condiciones: el principio obliga siempre y cuando pueda suponerse que el individuo cuya decisión se respeta está realmente en condiciones de adoptarla

13. E. Garzón Valdés, que propone esta justificación del paternalismo, llama "competencia" a "la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta, vid. "Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", Doxa, núm. 5 (1988), pág. 165.

autónomamente. Cuando tales condiciones no se den porque el sujeto afectado esté en una situación de incompetencia básica estará justificada la acción paternalista. La justificación del paternalismo, o el principio de paternalismo como algunos lo llaman, podría formularse, pues, del siguiente modo: <<Es lícito tomar una decisión que afecta a la vida o salud de otro si: este último está en una situación de incompetencia básica, y la medida supone un beneficio objetivo para él, y se puede presumir racionalmente que consentiría si cesara la situación de incompetencia>>¹⁴.

En definitiva, las restricciones a la libertad en aras de la protección de la salud son medidas paternalistas que en un sistema político-jurídico que se reclame liberal sólo resultan admisibles cuando estemos ante una situación de incompetencia básica, pues en estos casos la medida se justifica por la necesidad de preservar el bienestar y la salud del sujeto hasta que, alcanzada o recuperada la competencia necesaria, pueda decidir por sí mismo como sujeto autónomo. Fuera de estos supuestos éstas (o cualesquiera otras) medidas paternalistas carecen de justificación.

3.2 La responsabilidad social de los individuos como criterio de justificación de las restricciones a la libertad en beneficio de la propia salud

a) El sistema de protección de la salud como bien social (y constitucional) de primer orden

La injustificabilidad del paternalismo en un sistema que se reclame liberal no excluye que puedan existir otras posibilidades de justificación de medidas restrictivas de la libertad individual que tengan como objetivo inmediato, aunque no final, preservar la salud de los propios sujetos cuya libertad se restringe. Se trata, en concreto, de que, teniendo en cuenta por un lado que la salud es un bien primario y el sistema de protección de la salud para todos los ciudadanos juega un rol político de primer orden, y teniendo en cuenta también por otro lado el carácter limitado y costoso de los recursos para atenderlo, tiene sentido preguntar si cabe limitar la autonomía de los individuos para proteger su salud y de este modo minimizar o contener el gasto sanitario. De hecho, y según creo, apelar a la responsabilidad del individuo en la protección de intereses sociales de primer orden es la única posibilidad de justificar restricciones a la libertad-autonomía para preservar la propia salud.

14. Vid. M. Aienza, *Juridificar la bioética* (1999), ahora en *Bioética y Derecho*, Lima, Palestra, 2004.

El sistema de protección de la salud representa un interés social (y hoy también constitucional) de primer orden. Una de las indudables virtudes de la ideología del Estado social es el reconocimiento constitucional del derecho a la salud (o a la protección de la salud) y hoy en día, al menos en los países de nuestro entorno, nadie pone en duda, ni siquiera desde postulados netamente liberales, que la posibilidad de que todos los individuos tengan garantizada una atención sanitaria de calidad es uno de los factores que más y mejor contribuyen a la igualdad de los individuos y al progreso social. Si puede decirse así la salud es un bien primario, es decir un bien que se supone que un individuo racional desearía tener en tanto que medio para conseguir sus fines, y que por tanto debe ser asegurado a toda la población¹⁵; de hecho, la principal razón política para tener un sistema público de protección de la salud es preservar o restaurar la salud de los ciudadanos y contribuir así a garantizar la igualdad de oportunidades entre ellos como miembros de la sociedad libres e iguales¹⁶. Esto no implica necesariamente que el sector público deba ofrecer a toda la población cualquier cuidado sanitario de forma gratuita: lo relevante es que el Estado garantice que, ante una enfermedad, nadie se quede sin cuidados médicos esenciales o se vea condenado a la pobreza para poder pagarlos; en definitiva, que garantice a todos un mínimo sanitario decente¹⁷.

Ahora bien, lo que permite que en el seno de un Estado todos los individuos tengan garantizada una atención sanitaria decente es la articulación de todo un sistema de prestaciones sanitarias (médicas, farmacéuticas, de prevención, etc.) cuyo mantenimiento resulta económicamente muy costoso y que requiere por tanto un serio esfuerzo financiero. Pues bien, precisamente porque el objetivo del sistema es moralmente valioso (garantizar que todos los individuos tengan cubiertas sus necesidades en materia de salud y que tengan así un nivel normal de oportunidades) y los medios para alcanzarlo son costosos, se comprende que en este ámbito la evitación del despilfarro, la optimización de los recursos y el principio de utilidad sean criterios que adquieren una importancia grande y un incuestionable valor moral. Con todo, no se trata sólo de optimizar los recursos y de evitar el despilfarro. Cabe preguntarse también si los ciudadanos, en cuanto potenciales usuarios de un sistema público de atención sanitaria que juega un

15. Esta es la definición de bienes primarios en la teoría de la justicia de J. Rawls.

16. Esta sería la tesis de J. Rawls en *Justicia como equidad* y de N. Daniels en *Just Health-Care*, Cambridge University Press, New York, 1985.

17. Puede encontrarse una ilustrativa y completa exposición de los principales argumentos para la defensa de un derecho a la protección de la salud en A. Zúñiga, *Justicia distributiva y derecho a la protección de la salud*, tesis doctoral dirigida por Pablo de Lora, Madrid, UNAM, 2006.

rol político de primer orden y que es costoso, no tienen alguna responsabilidad en el mantenimiento del mismo y en su óptimo aprovechamiento.

En efecto, puesto que el sistema es costoso, el empeoramiento general de la salud de los usuarios del mismo redundaría en un aumento de sus costes. Es obvio que la irresponsabilidad de un solo individuo que de manera imprudente asume riesgos para su salud no produce ningún menoscabo en el sistema, pero si un gran porcentaje de individuos se comportan irresponsablemente el resultado del comportamiento agregado de todos ellos podría dañarlo o ponerlo en peligro, con el consiguiente empeoramiento de las prestaciones materiales para todos los individuos. En otras palabras, si se multiplicaran este tipo de conductas se podría fracasar en la obtención de ese bien colectivo que es el sistema público de protección de la salud, con el resultado de que todos acabarían perjudicándose. Precisamente por eso puede sostenerse que los ciudadanos, en cuanto potenciales usuarios del sistema, tienen una responsabilidad social en su mantenimiento que se traduce en la obligación de no poner imprudentemente en riesgo su salud.

Las consideraciones que hemos hecho hasta aquí llaman la atención sobre dos cuestiones importantes. La primera es que el sistema de atención sanitaria y de protección de la salud en general es un bien social altamente valioso. Valioso incluso desde la perspectiva constitucional, pues el reconocimiento del derecho a la protección de la salud en la Constitución sólo puede considerarse efectiva y no sólo formalmente existente en el marco de un sistema de atención sanitaria que proporcione a todos los individuos las prestaciones necesarias en materia de salud. La segunda cuestión que ponen de relieve las consideraciones anteriores es que si el sistema de protección de la salud es un bien constitucionalmente valioso, entonces -apelando a la responsabilidad social de los ciudadanos en su mantenimiento- podrían estar constitucionalmente justificadas algunas medidas cuyo fin o razón de ser sea precisamente garantizar o preservar ese bien. Se trataría, pues, desde una óptica distinta, de dar una respuesta al clásico problema del *free-rider* (pasajero gratuito o gorrón), que aparece cuando el interés privado, el egoísmo o la irresponsabilidad individual impiden la obtención de un bien público¹⁸: la imposición de límites y restricciones a la propia libertad sería -siguiendo el esquema de Gauthier- la estrategia que, tras una reflexión meditada, adoptarían los sujetos guiados exclusivamente por criterios de autointerés¹⁹.

18. El problema del *free-rider* radica, muy resumidamente, en que existen individuos que se benefician de los bienes públicos sin sufrir sus costes o cargas, y ello debido a que no es posible excluirlos del consumo de tal bien. Sobre este y otros problemas de la acción colectiva, vid. M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Harvard University Press, 1965.

19. D. Gauthier, *Morals by Agreement*, Oxford Clarendon Press, 1986.

Es justamente en este marco de consideraciones donde han de poder encontrar justificación las medidas que limitan la libertad-autonomía de las personas con el objetivo inmediato de preservar su propia salud. O más exactamente, en cuanto se trata de medidas restrictivas de la libertad, la posibilidad de justificación de las mismas ha de pasar el mismo test que cualquier otra decisión o medida pública limitadora de bienes o derechos constitucionales.

b) El test de justificación constitucional de las restricciones a la libertad en pro de la propia salud

En la teoría constitucional de las últimas décadas se denomina test de constitucionalidad o test de proporcionalidad o juicio de ponderación al esquema de justificación (o al examen de legitimidad) que ha de superar una medida limitadora de derechos o bienes constitucionalmente valiosos y que consiste *grosso modo* en considerar o evaluar el peso o la importancia que tienen en el supuesto que se juzgue cada uno de los bienes en juego (en nuestro caso la libertad-autonomía de los sujetos y el mantenimiento de un sistema público de atención a la salud) tratando de buscar una solución armonizadora, o sea una solución que en definitiva opmitice su realización en esos supuestos. Con todo, muchas veces esa solución conciliadora no es posible y el resultado de la ponderación consistirá entonces necesariamente en otorgar preferencia a uno de los bienes, derechos o intereses en pugna.

En detalle, los pasos de dicho test son los siguientes²⁰:

(i) *Fin legítimo*. La norma o medida limitadora examinada ha de presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho: si no existe tal fin la medida es gratuita, y por tanto inconstitucional puesto que no resulta legítimo limitar la libertad gratuitamente.

Precisamente por eso las medidas puramente paternalistas, o sea aquellas que limitan la libertad-autonomía de los sujetos sin otra razón de ser que procurar su propio bien, resultan ilegítimas, pues restringen la libertad gratuitamente, sin una razón constitucional que lo justifique. Y también precisamente por eso las medidas restrictivas de la libertad de los sujetos que tienen como objetivo preservar su salud para coadyuvar al mantenimiento del sistema social de protección de la salud cumplen este primer criterio del test de constitucionalidad.

20. Sigo aquí la reconstrucción de L. Prieto, "Neoconstitucionalismo y Ponderación", en *Derecho y Proceso* (J.D. Moreno ed.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5 (2001), págs. 216 ss.

(ii) *Idoneidad o adecuación*. La norma o medida limitadora examinada ha de ser adecuada, apta o idónea para la protección de ese fin legítimo. Si esa medida no es adecuada para la realización de ese fin constitucional, ello significa que para este último resulta indiferente que se adopte o no la medida en cuestión, y entonces, dado que sí afecta, en cambio, a la realización de otra norma constitucional, cabe excluir la legitimidad de la intervención. En suma, no se puede afectar o limitar un derecho si con ello no se gana nada²¹.

El juicio de idoneidad requiere, pues, examinar la medida en cuestión para evaluar si resulta o no apta o idónea para alcanzar el fin que persigue. En los casos que estamos considerando habría que evaluar si la medida resulta idónea para (preservar o no empeorar la propia salud como medio para) no aumentar innecesariamente el gasto del sistema de salud y contribuir así a su mantenimiento; es decir, a que el derecho a la protección de la salud que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos sea realmente efectivo. Así, por ejemplo, parece que habría que concluir que la obligación de llevar casco que se impone a los motociclistas o la de llevar el cinturón que se impone a los ocupantes de un vehículo son medidas idóneas para alcanzar el fin indicado, pues los estudios científicos demuestran que, en caso de accidente, no llevar el casco o el cinturón aumenta considerablemente el número y la gravedad de los daños y lesiones producidas. Como también parece acreditado que el consumo habitual de tabaco o de ciertas drogas puede dañar seriamente la salud, por lo que su prohibición también pasaría el test de idoneidad. Más problemático resultaría, en cambio, considerar idónea la medida que prohíbe un cierto deporte de riesgo muy minoritario, pues el impacto que la "irresponsabilidad" de tan bajísimo porcentaje de gente pueda tener en la preservación del sistema de la salud es mínimo o nulo, y por consiguiente también es mínima o nula la ventaja que esa restricción de la libertad reportaría a dicho fin.

(iii) *Necesidad* de la norma o medida limitadora examinada. Ha de acreditarse que no existe otra medida que, obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, no resulte menos gravosa o restrictiva. Ello significa que si la satisfacción de un bien o principio constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, hay que escoger la que menos perjuicios cause desde la óptica del otro bien o derecho en pugna. O si se quiere, que

21. Por lo demás, como indica R. Alexy, esta idea es sustancialmente coincidente con el óptimo de Pareto: una posición (la del principio afectado) puede ser mejorada sin que la otra (la del principio perseguido por la medida limitadora) empeore, vid. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales", REDC, 66, 2002, pág. 28.

de dos medios igualmente idóneos debe escogerse el más benigno con el derecho fundamental o principio afectado²².

El test de necesidad exige, pues, descartar que existen otros medios menos restrictivos pero igualmente idóneos para garantizar el fin constitucional que se pretende. Así, por ejemplo, con referencia a los casos que estamos considerando, podría convenirse en que la obligación de llevar casco de los motociclistas o la de llevar el cinturón de los ocupantes de un vehículo son medidas necesarias, pues a la luz de los conocimientos actuales no parecen existir otros medios que pudieran prevenir el riesgo de daños en caso de accidente de una manera igualmente eficaz pero menos gravosa para la libertad de los sujetos. Más dudoso resulta, en cambio, que la prohibición de consumir drogas o de fumar supere el test de necesidad.

Y es que, en efecto, el análisis de la idoneidad y el de la necesidad requiere hacer juicios de pronóstico sobre si tal medida será o no idónea o más benigna que otra para la consecución de un fin, por lo que no siempre resulta pacífico. Así, puede resultar que no haya un conocimiento sólidamente fundado que oriente claramente el juicio sobre la idoneidad o no de la medida restrictiva examinada, o sobre si esa medida resultará más o menos benigna que las otras medidas alternativas.

Por ejemplo, una ley que prohíbe el consumo y la comercialización de tabaco es una medida idónea para evitar los daños que el tabaco provoca en la salud, pero cabría poner en duda su necesidad, pues podría plantearse que su liberalización, así como unas adecuadas medidas pedagógicas y un adecuado control de la publicidad y de las sustancias tóxicas que se añaden al tabaco, resultan en su conjunto medidas más benignas para la libertad y seguramente más eficaces a la larga en la lucha contra el tabaquismo. Y otro ejemplo similar. Si está en cuestión una ley penal que sanciona la producción, comercialización y consumo del cannabis y se plantea si su liberalización, como medio más benigno para la libertad personal, puede resultar igualmente idóneo que la sanción penal para conjurar los peligros que dicha droga y su comercio ilegal originan (juicio de necesidad), es posible que la respuesta sea que "no se sabe". Es verdad que en estos casos, donde no hay conocimientos científicamente fundados que orienten claramente los exámenes de idoneidad y de necesidad, habría que reconocer la

22. También el criterio de necesidad es coincidente con el óptimo de Pareto: al existir un medio más benigno que otro e igualmente idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.

competencia del legislador para decidir con qué medios restringir los derechos fundamentales y en particular la libertad-autonomía; en otras palabras, en caso de duda el principio democrático impone la deferencia con el legislador, lo que exige que se respete su decisión a favor de la prohibición²³. Pero la deferencia con el legislador opera porque existen dudas, de manera que habrá que estar dispuestos a modificar la medida si surgieran nuevos datos que indiquen que la liberalización es un medio igualmente (o más) idóneo para conjurar los peligros de la droga.

(iv) *Test de proporcionalidad en sentido estricto*. Este requisito consiste en acreditar que hay un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora examinada, en orden a la protección de un bien constitucional, y los daños o lesiones que de dicha medida (o conducta) se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor constitucional. Alexy lo formula así: "cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un bien o derecho, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"²⁴.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto puede desglosarse en tres pasos. Primero hay que definir el grado de no satisfacción o de afectación de un bien o derecho; es decir, hay que definir la intensidad de la intervención en ese bien o derecho. Después hay que valorar la importancia de las razones para la intervención; es decir, hay que valorar la importancia de la satisfacción del bien o derecho que juega en sentido contrario. Y finalmente hay que decidir si la importancia de las razones para la intervención justifica la intensidad de la intervención.

Es evidente que en algunos casos resultará relativamente fácil medir estas "intensidades" y grados de "importancia", pero en otros la cuestión resultará difícil o discutible. Por ejemplo, la prohibición de fumar sólo en determinados espacios públicos constituye una intervención (de intensidad) leve en la libertad de las personas, en cambio la prohibición total del tabaco habría que considerarla como intervención (de intensidad) muy grave. Si a las razones para la intervención (la protección de la salud -y derivadamente para el sistema de protección de la salud-

23. Aunque obviamente en ese caso la legitimidad de la medida será permanentemente puesta en cuestión por quienes entiendan que la liberación del comercio y consumo de la droga es más beneficiosa para la salud que su prohibición

24. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 161.

basada en datos poco discutibles: que fumar provoca cáncer, enfermedades cardiovasculares, etc.) se les atribuye una "importancia alta", el resultado del juicio de proporcionalidad en el primer caso parece evidente: se consideraría adecuada la medida; o si se quiere, prevalece la necesidad de proteger la salud. En cambio en el segundo caso ese resultado ya no estaría tan claro, pues aunque la importancia de las razones para la intervención sea alta, la intensidad de la intervención en la libertad de los individuos también lo es: es una intervención grave.

En resumen, lo que podría justificar una medida restrictiva de la libertad de los sujetos que se presenta con el objetivo inmediato de preservar su salud o de evitar daños en la misma es superar un test de constitucionalidad que se endereza a acreditar lo siguiente: 1º) Que lo que efectivamente se persiga en última instancia sea proteger o garantizar la eficacia del sistema de protección de la salud (y con ello la vigencia del derecho a la salud para todos) minimizando o conteniendo el gasto de un recurso que es costoso y escaso: el gasto sanitario; si esta condición no se da, es decir si la medida restrictiva no tiene su razón de ser en la responsabilidad social de los sujetos para la preservación de un bien social de primer orden como es la garantía del derecho a la salud para todos mediante el mantenimiento del sistema de salud, entonces es pura moralina paternalista. 2º) Que la medida restrictiva de la libertad sea realmente adecuada y necesaria para ello: si la medida no resulta adecuada o es innecesaria porque puede haber otras medidas alternativas que consigan el mismo objetivo con un menor sacrificio de la libertad, entonces su legitimidad será dudosa. 3º) Y finalmente ha de acreditarse que existe un equilibrio razonable entre la importancia de las razones para la intervención en la libertad (en nuestro caso la importancia de minimizar o contener el gasto sanitario) y la intensidad de la intervención. En todo caso lo que resulta claro desde la perspectiva liberal es que estas medidas no pueden considerarse justificadas apelando simplemente a su carácter paternalista, sin necesidad de ninguna otra justificación adicional. Por lo demás, si la justificación de estas medidas reposara en su carácter paternalista, o sea en que se adoptan e imponen al individuo por su propio bien, no se entendería por qué no se imponen al mismo tiempo restricciones a otras acciones o actividades (por ejemplo, ciertos deportes calificados justamente como "de riesgo") que comportan riesgos para la salud igual o más graves que las restricciones típicas que venimos comentando.

c) Excursus: la imposibilidad de denegar la asistencia sanitaria como "sanción" por el incumplimiento de estos deberes

Como anunciábamos al comienzo de este epígrafe, otra de las cuestiones importantes a elucidar con respecto a las medidas restrictivas de la libertad para

la promoción de la salud y derivadamente para el mantenimiento del sistema público de salud es determinar cuáles son las consecuencias que pueden anudarse a dichas medidas para el caso de su incumplimiento. En particular, interesa saber si el incumplimiento de estas medidas puede justificar la denegación de la asistencia sanitaria, o más exactamente, del acceso al sistema público de protección de la salud.

A mi juicio la respuesta a esta cuestión es clara y está vinculada al hecho de que la salud, al menos en nuestros sistemas jurídico-políticos, pertenece al discurso y al universo de los derechos²⁵. Si la salud es un derecho de tipo prestacional que se hace efectivo a través del establecimiento de un sistema público de protección de la salud, ningún individuo que con su conducta asuma (imprudentemente) riesgos para su salud puede ser "castigado" con la denegación de la atención sanitaria requerida y por consiguiente con la privación del derecho a la salud que la Constitución le reconoce.

Es verdad que si una medida que impone restricciones a la libertad de los individuos para proteger su salud (e indirectamente para garantizar la efectividad del derecho a la salud que la Constitución reconoce a todos) está justificada tiene sentido articular algún tipo de sanciones o consecuencias negativas para los infractores como modo de asegurar su cumplimiento. Pero tales "sanciones" no pueden consistir en ningún caso en la derogación del derecho a la salud: el derecho a la protección de la salud es inderogable porque tiene naturaleza constitucional y por eso mismo el acceso a la atención sanitaria requerida no puede hacerse depender de la responsabilidad social del individuo en su óptimo mantenimiento. En otras palabras, la falta de responsabilidad social de un individuo con el sistema de protección de la salud puede acarrear sanciones, pero tales sanciones no pueden consistir en la anulación de su derecho a la protección de la salud. Lo anterior resulta especialmente incuestionable en los supuestos de solvencia del sistema de protección de la salud, pues en este caso privar de atención sanitaria a quien la necesita sólo porque desobedeció una norma que pretendía evitar poner en riesgo su salud, es decir sólo porque no mostró la responsabilidad social debida, aparte de inconstitucional resulta moralmente mezquino. Pero también sería incuestionable en los supuestos de escasez o insuficiencia de recursos. Lo que podría resultar adecuado (y constitucionalmente legítimo) es

25. Y pertenece al discurso y al universo de los derechos no sólo en el plano moral sino también en el plano constitucional. No importa recordar a este respecto que las constituciones que incorporan el principio del Estado social consagran el derecho a la (protección de la) salud de los ciudadanos. La Constitución española lo reconoce expresamente en su artículo 43.

arbitrar para determinadas prestaciones fórmulas de cooperación económica en el gasto ocasionado (como el copago o algún tipo de impuesto) o incluso criterios de prelación en la atención sanitaria, pero no privar de la misma si se necesita y es posible ofrecerla. En todo caso hay que ser conscientes de que la articulación de estas fórmulas es una tarea delicada y susceptible de generar tensiones: pues ¿por qué, por ejemplo, otras actividades "de riesgo" socialmente admitidas habrían de quedar fuera de la restricción estatal?. El problema es que probablemente el único criterio plausible para discriminar entre las actividades de riesgo socialmente admitidas y las socialmente reprobadas sería el número de personas que las practican, y por consiguiente el impacto que su "irresponsabilidad social" pueda tener en la preservación del sistema de protección de la salud. Pero ello no evitará los problemas y las tensiones en la práctica.

En suma, aunque el argumento es simple y lineal no importa insistir en él: el derecho a la salud, y la posibilidad de acceso al sistema público de protección de la salud que es lo que lo hace efectivo dotándolo de contenido, corresponde a todos los ciudadanos porque la Constitución se lo reconoce, y ninguna norma o medida pública que prevea la posibilidad de su privación puede ser considerada conforme con la Constitución. Precisamente por ello, las eventuales medidas restrictivas de la libertad que puedan dictarse con el fin de asegurar el mantenimiento del sistema público de protección de la salud no sólo habrán de estar justificadas conforme al test de constitucionalidad que más arriba hemos visto, sino que, además, habrán de respetar otra exigencia (también constitucional): la "sanción" que se anude al incumplimiento de los deberes así justificados no puede consistir en ningún caso en la privación del derecho a la asistencia sanitaria.