



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 309/2014

(Pleno)

La Laguna, a 9 de septiembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Parlamento de Canarias en relación con la *Proposición de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona ante el Proceso Final de su Vida (EXP. 267/2014 PPL)**.

FUNDAMENTOS

I

Solicitud de dictamen y preceptividad

Se interesa por el Presidente del Parlamento, de conformidad con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y en el art. 141.2 del Reglamento del Parlamento, preceptivo dictamen sobre la *Proposición de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona ante el Proceso Final de su Vida*.

La Proposición de Ley, presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista Canario y Nacionalista Canario (CC-PNC-CCN), ha sido tomada en consideración por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 10 y 11 de junio de 2014.

La preceptividad del dictamen deriva de lo dispuesto en el artículo 11.1.A.c) de la Ley reguladora de este Consejo, en cuya virtud habrá de recabarse aquél una vez la Proposición de Ley haya sido tomada en consideración, requisito al que se ha dado cumplimiento.

No se ha incluido en el expediente el del Gobierno en relación con esta iniciativa legislativa (art. 138.2 del Reglamento del Parlamento de Canarias).

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento ordinario.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Millán Hernández.

II

Objeto, contenido y estructura.

La Proposición de Ley que se dictamina tiene por objeto, conforme a su art. 1, regular el ejercicio de los derechos de la persona durante el proceso final de su vida, los deberes del personal sanitario que atiende a estos pacientes, así como las garantías que las instituciones sanitarias están obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso.

Acorde con este objeto, el Título I, en el que se integra el citado precepto se destina a la regulación de las Disposiciones Generales, referidas a los fines, ámbito de aplicación y principios básicos de la Ley, así como a las definiciones de los términos que en la misma se emplean (arts. 2 a 5).

El Título II viene a regular los derechos de las personas ante el proceso final de su vida, comprendiendo los derechos a la información asistencial (art. 6); a la toma de decisiones y al consentimiento informado (art. 7); al rechazo y retirada de una intervención (art. 8); a la manifestación anticipada de voluntad (art. 9); a la información, toma de decisiones y consentimiento informado en situaciones de incapacidad (art. 10); a la información, audiencia o, en su caso, consentimiento, de los menores de edad (art. 11); a recibir cuidados paliativos integrales y a la elección de domicilio para recibirlos (art. 12); al tratamiento del dolor (art. 13); a la administración de sedación paliativa (art. 14); a la intimidad personal y familiar y a la confidencialidad (art. 15); y al acompañamiento familiar y al auxilio espiritual, si así lo desean, durante el proceso final de su vida (art. 16).

El Título III se dedica a regular los deberes de los profesionales sanitarios que atienden a los pacientes en dicha situación. Se recogen así los deberes con respecto a la información clínica (art. 17), a la toma de decisiones clínicas (art. 18), a la manifestación anticipada de voluntad (art. 19), a aquellos relacionados con las personas que pueden hallarse en situación de incapacidad de hecho (art. 20) y los relativos a la limitación del esfuerzo terapéutico (art. 21).

A su vez, el Título IV especifica las garantías que han de proporcionar las instituciones sanitarias, relativas a los derechos reconocidos en el Título II citado (art. 22), con expresa mención a las garantías de acompañamiento familiar del paciente (art. 23) y asistencial (art. 24), apoyo a las familias y personas cuidadoras (art. 25); asesoramiento en cuidados paliativos (art. 26), estancia en habitación

individual para personas en situación terminal (art. 27) y consulta a los Comités de Ética Asistencial y a la Comisión Asesora de Bioética de Canarias (art. 28).

El Título V viene a regular el régimen de infracciones y sanciones, estableciendo disposiciones generales al respecto y ocupándose de la tipificación de las infracciones, sanciones y competencia para imponerlas (arts. 29 a 34).

La Proposición de Ley se completa finalmente con cuatro disposiciones adicionales, una disposición transitoria y tres disposiciones finales.

La disposición adicional primera contiene una habilitación a la potestad reglamentaria para el desarrollo de la Ley.

Las disposiciones adicionales segunda y tercera ordenan, respectivamente, a la Consejería competente en materia de sanidad la elaboración de un estudio relativo a la evaluación de la ley, así como su difusión.

La disposición adicional cuarta contiene una serie de previsiones relativas a los cuidados paliativos que van desde la formación de los profesionales, la disposición de unidades específicas y la elaboración de un plan de cuidados de este carácter.

La disposición transitoria única establece la obligación para los profesionales sanitarios de consultar el Registro de Manifestaciones Anticipadas de Voluntad hasta mientras no sean incorporadas a la historia clínica.

Por último, las disposiciones finales primera y segunda modifican, respectivamente, el art. 6.1, párrafos n) y o), de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, y el art. 20 del Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro.

La disposición final tercera se refiere a la entrada en vigor de la Ley.

III

Fundamento constitucional de los derechos ante el proceso final de la vida.

Del contenido de la Proposición de Ley que acaba de exponerse se desprende que esencialmente reconoce una serie de derechos relacionados con el ámbito sanitario, así como los correlativos deberes de los facultativos e instituciones sanitarias, dirigidos a garantizar la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

Los derechos involucrados en este supuesto derivan de los reconocidos en la Constitución como derechos fundamentales. Así, el art. 10.1 CE proclama, en su apartado 1, que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”.

En directa relación con esta proclamación y de especial significación en la materia que nos ocupa, consagra el art. 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral y el art. 18.1 el derecho a la intimidad personal y familiar.

Por su parte, el art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y encomienda a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, añadiendo que la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con la proyección del derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE, sobre la asistencia médica y la disponibilidad del paciente sobre su propia vida.

Así, en su Sentencia 120/1990, reiterando la doctrina de su Sentencia 53/1985, aborda el significado constitucional del derecho a la vida. En este sentido, afirma que este derecho fundamental, como fundamento objetivo del Ordenamiento, “ (...) impone a los poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho”. Sostiene en consecuencia que “el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte” (FJ 7).

Añade el Tribunal en este mismo fundamento que dicha interpretación no impide, sin embargo, reconocer que “ (...) siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso

frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente”.

En el FJ 8 de esta misma Sentencia, precisa el Tribunal esta dimensión del art. 15 CE, dirigida a proteger “ (...) *la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular*”. Por ello, sigue manifestando el Tribunal, “ (...) *este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional*”.

Esta misma doctrina se reitera en su posterior STC 137/1990.

En relación con la asistencia médica, también en sus Sentencias 48/1996 y 166/1996 se ha reafirmado que la asistencia médica coactiva constituye una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tuviera justificación constitucional.

Recientemente, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 37/2011 ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del alcance de este derecho reconocido en el art. 15 CE en el ámbito de la autonomía de los pacientes y su consentimiento informado, de indudable repercusión en la presente Proposición de Ley. Ha señalado el Tribunal lo siguiente:

“El derecho del art. 15 CE protege, según doctrina reiterada de este Tribunal (recopilada, entre otras, en las SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2), la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5) (...). Además de ello, hemos afirmado que el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3), aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud

implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma” (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 4).

“Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional” (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6).

Teniendo en cuenta pues la doctrina constitucional a la que acabamos de referirnos, el derecho a la integridad física comprende la facultad de autodeterminación, que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, lo que conlleva asimismo una facultad de oposición a la asistencia médica. Esta doctrina constitucional resulta, como ya se ha señalado, de especial relevancia en el análisis del contenido de la Proposición de Ley objeto de este Dictamen.

En este contexto es preciso traer a colación que en el ámbito de la legislación estatal la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, partiendo del principio de respeto a la dignidad personal, a la libre autonomía de la voluntad y a la intimidad (art. 2.1), establece que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento de los pacientes o usuarios del sistema sanitario, el derecho de éstos a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, así como a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la ley.

Esta Ley se sitúa en la línea marcada por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y

psíquica, y la obligación, congruente con él, de respetar, en el marco de la medicina y la biología, “el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley”, así como del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que consagra el mismo principio.

Específicamente en el ámbito concreto de la Proposición de Ley que nos ocupa, resulta preciso hacer asimismo mención a las Recomendaciones 1418/1999 y 24/2003 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos y Organización de Cuidados Paliativos, respectivamente, que vinculan el tratamiento y cuidado de las personas en el proceso final de su vida con la necesidad de velar por su dignidad y autonomía personal, además de con la prevención del sufrimiento, y de adoptar medidas legislativas para establecer un marco coherente en relación con ellas.

Por último, la Resolución 1.649 de la misma Asamblea, del Consejo de Europa, sobre “Cuidados paliativos: un modelo para una política social y de salud innovadora”, considera los cuidados paliativos como un componente esencial de una atención sanitaria basada en la dignidad, la autonomía y los derechos de los paciente y en idéntico sentido se pronuncia la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (artículo 5), aprobada por la Conferencia General de la Unesco el 19 de octubre de 2005.

IV

Competencia.

Por lo que al marco competencial se refiere, ha de señalarse que, con carácter general, la Comunidad Autónoma ostenta competencias suficientes para la aprobación de una ley como la pretendida.

Como ya se ha señalado, el contenido de la Proposición de Ley se dirige a establecer una serie de derechos para los pacientes en el proceso final de su vida, así como los correlativos deberes para el personal sanitario que les atiende y las garantías que las instituciones sanitarias están obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso.

Puede considerarse, por tanto, que la materia concernida es la de sanidad, en relación con la que el art. 149.1.16ª CE reserva al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general, en tanto que la Comunidad Autónoma ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en virtud de lo previsto en el art. 32.10 del Estatuto de Autonomía de Canarias.

Este título competencial (art. 149.1.16ª CE) no sólo resulta aplicable en relación con las actuaciones sanitarias vinculadas a la garantía de los derechos de las personas ante el proceso final de su vida, y que regula el Título II de la PPL, sino que también aporta fundamento constitucional al establecimiento, en su Título III, de deberes de los profesionales sanitarios, conectados a la garantía de aquellos derechos. Efectivamente, no es la del Título III PPL una regulación que apele al fundamento del art. 149.1.30ª CE (titulaciones académicas y regulación de la enseñanza a ellas vinculada), sino que está inevitablemente asociada a la práctica de la medicina por los profesionales sanitarios, por lo que ha de encuadrarse en el régimen de la legislación básica a que apela el citado art. 149.1.16ª, y a su desarrollo por la legislación autonómica que cuente con expresa previsión competencial estatutaria, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias. Tal interpretación explica que la disposición final primera.1 de la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, disponga que la misma “se aprueba de acuerdo con las competencias exclusivas que asigna al Estado su art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución, y sus preceptos son bases de la sanidad”.

Por lo demás, la regulación autonómica pretendida no puede afectar a las competencias estatales reconocidas en el art. 149.1, apartados 6 y 8 CE, que le atribuyen la competencia exclusiva en relación con la legislación mercantil, penal y civil.

Particular mención merece la competencia estatal prevista en el art. 149.1.1ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Sobre este extremo, la STC 247/2007 ha sostenido que la atribución constitucional a la competencia exclusiva estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos no impide la regulación por parte de las Comunidades Autónomas del régimen jurídico de tales derechos, con respeto a las competencias estatales. Parte el Tribunal Constitucional de la existencia de un sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de

estos derechos, sustrato de igualdad que deriva directamente de la propia Constitución y que queda reforzado en cuanto a los regulados en la Sección Primera del Capítulo II de dicho Título I por el hecho de que su desarrollo está reservado a Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

Sin embargo, añade, *“nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial, pues ya sabemos que ni el art. 53 ni el 81, ambos CE, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que, salvadas las garantías de unidad aludidas (art. 81.1 CE), es posible, como ya adelantamos en el fundamento jurídico 4 c), que la normativa autonómica, dictada dentro de los ámbitos competenciales que le sean propios, incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales (art. 149.1 CE)”*, como ocurre, cita a modo de ejemplo, en relación con la educación (arts. 27 y 149.1.30ª CE) e, igualmente, con los derechos de asociación (art. 22 CE y correlativos preceptos estatutarios atributivos de competencia en la materia), fundación, o con el derecho a recibir y difundir información, etc., reiterando la doctrina de sus SSTC 341/2005, de 21 de diciembre, F. 4, y 135/2006, de 29 de abril, F. 2.

Tampoco la norma autonómica puede contener regulaciones atinentes a los derechos fundamentales, cuyo desarrollo corresponde al Estado mediante ley orgánica, de conformidad con lo previsto en el art. 81.1 CE. Sin embargo, ha sostenido el Tribunal Constitucional que la reserva de ley orgánica que impone este precepto ha de interpretarse de manera restrictiva y excepcional, en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria. Ello supone, en opinión del Tribunal, que sólo habrán de revestir la forma de ley orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo, al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva. De esta forma, la reserva de ley orgánica rige para las leyes que desarrollen de modo directo los derechos fundamentales y libertades públicas, pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos (SSTC 67/1985, de 26 de mayo, y 160/1987, de 27 de octubre). Es esta doctrina la que ha de entenderse asimismo subyacente en la STC 37/2011 cuando señala que las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el art. 15 CE, en la medida en que éste tutela la inviolabilidad

de la persona contra toda intervención en su cuerpo, y contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad dirigido al legislador. El Tribunal no precisa, en este concreto ámbito de la actuación sanitaria, que haya de ser el legislador orgánico quien regule el consentimiento o rechazo del paciente a los tratamientos médicos, que de hecho se encuentra regulado por la ley ordinaria. Por ello, en la medida que la ley proyectada regula fundamentalmente aspectos atinentes al consentimiento del paciente en relación con las actuaciones sanitarias en el proceso final de su vida no se invade la reserva de ley orgánica del art. 81 CE.

En definitiva, la competencia autonómica (a partir del art. 32.10 del Estatuto de Autonomía) da cobertura con carácter general a una ley como la proyectada, ya que en la misma se contienen regulaciones que no van más allá de la materia a la que aquel título competencial da cobertura, y con respeto de las normas básicas en la materia, fundamentalmente constituidas por la ya citada Ley 41/2002, por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como por la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

V

Observaciones a la exposición de motivos, al articulado y disposiciones.

La exposición de motivos de la PPL resulta, a juicio de este Consejo, excesivamente larga y prolija. El art. 137 del Reglamento del Parlamento de Canarias exige a sus promotores, en las Propositiones de Ley, que se acompañe el texto normativo de una exposición suficiente que explique el sentido de la propuesta. Pero tal exigencia ha de acometerse con un texto más breve que el que acompaña a la PPL que dictaminamos.

Pasando ya al análisis del concreto articulado de la Proposición de Ley, cabe señalar que, como se ha indicado más atrás, cuentan con suficiente respaldo constitucional todos aquellos preceptos que reconocen a las personas, en el proceso final de su vida, derechos relacionados con la esfera de su autodeterminación y a la garantía de su dignidad personal. Es el caso de los arts. 6 PPL (derecho a la información asistencial), 7 PPL (derecho a la toma de decisiones y al consentimiento informado), 8 PPL (derecho al rechazo y a la retirada de una intervención), 9 PPL (derecho a realizar la manifestación anticipada de voluntad), 10 PPL (información y consentimiento informado en caso de incapacidad), 11 PPL (derechos de los pacientes menores de edad), y 12 PPL (derecho a los cuidados paliativos), sin perjuicio de las observaciones puntuales que se llevarán a cabo en relación con

algunos de ellos. Igual consideración merecen los arts. 17, 18, 19 y 20 PPL, relativos a los deberes de los facultativos. Todos estos derechos y deberes tienen respaldo en la legislación básica en la materia, pues la Ley 41/2002 establece principios básicos de los que dimanar los derechos reconocidos en la Proposición de Ley: Derecho a la información, a que se respete su voluntad, al acceso a su historia clínica y a recibir información comprensible sobre su tratamiento. También, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, en su art. 5.1, establece los principios generales, como legislación básica, a partir de los cuales imponer a todos los profesionales sanitarios el deber de respetar en su práctica facultativa los derechos objeto de esta PPL, lo que constituye un fundamento adicional que aporta otro parámetro de legalidad a favor de la norma propuesta.

No obstante, ha de señalarse que los preceptos de la PPL reproducen en demasía, en ocasiones casi literalmente, el texto de la legislación básica de aplicación. Esta práctica normativa ha sido criticada en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 38/1982, de 22 de junio, y 341/2005, de 21 de diciembre). Al derecho autonómico le corresponde el desarrollo de la legislación básica; pero no su puntual y literal reproducción.

Sobre los restantes preceptos se realizan determinadas observaciones a los que seguidamente se señalan:

Artículo 5.

Este precepto ofrece una definición del concepto de manifestación anticipada de voluntad "*de conformidad con lo previsto en el Decreto 13/2006*".

La definición referida ha de ajustarse en todo caso a lo que dispone el art. 11 de la Ley 41/2002, de carácter básico, y no a lo dispuesto por el Gobierno en ejercicio de su potestad reglamentaria. Por este motivo han de repararse igualmente los arts. 18.2 y 19.3 PPL.

El precepto por otra parte no se ajusta a lo dispuesto en el apartado 2 del citado art. 11, en cuanto establece este último precepto que ha de garantizarse el cumplimiento de estas instrucciones. La regulación contemplada en el citado art. 5.d) no se compeadece con este mandato establecido legalmente al disponer que estas manifestaciones "*deberán tenerse en cuenta*", pues de esta exigencia no deriva la obligatoriedad de su cumplimiento y el respeto, en consecuencia, a la voluntad de la persona.

Artículo 9.1.

El art. 11.1 de la Ley 41/2002 limita el derecho a formalizar la manifestación anticipada de voluntad a las personas mayores de edad, por lo que este precepto de la Proposición de Ley no se ajusta a la normativa básica.

Por otra parte, la ley, mediante la incorporación directa o indirecta a su texto del contenido de disposiciones reglamentarias, eleva a éstas de rango con la consecuencia de que a partir de ese momento son inmodificables para la potestad reglamentaria. Este mismo efecto se produce cuando la ley modifica un precepto reglamentario. El contenido de este precepto tiene rango legal y sólo puede ser modificado por un reglamento posterior si la ley expresamente así lo prevé despojando de fuerza de ley al precepto legal que lo ha modificado. Por ello, la mención al Decreto 13/2006 que se contiene en este artículo habría de sustituirse por una genérica mención a las condiciones establecidas reglamentariamente.

Artículo 10.

La determinación de la representación de las personas incapaces en aquellos casos en los que no se haya designado representante en las manifestaciones anticipadas de voluntad es cuestión que atañe a la legislación civil, de la competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE).

Por el contrario, el art. 5.k) PPL, al definir al representante resulta respetuoso con el orden constitucional de distribución de competencias, pues en defecto de representante designado en las citadas manifestaciones (expresamente previsto en el art. 11.1 de la Ley 41/2002), se remite a las disposiciones vigentes en la materia.

Por lo demás, el art. 10.2 PPL al mencionar el supuesto de la incapacidad judicial debe remitirse a lo dispuesto en la resolución judicial de incapacidad, ya se trate de un auto o de una sentencia.

Artículo 21.

Este precepto regula la adecuación del esfuerzo terapéutico, cuando la situación clínica lo aconseje, evitando la obstinación terapéutica.

La PPL define ambos conceptos en su art. 5, apartados f) y k), respectivamente.

Artículo 28.

La referencia al Decreto 94/2007 habría de sustituirse por una genérica referencia a las normas reglamentarias reguladoras de los Comités a los que se refiere el precepto.

Artículo 32.

La configuración de las normas sancionadoras ha de respetar las exigencias de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de los principios constitucionales que delimitan la potestad sancionadora. En este sentido, conforme sostiene la jurisprudencia constitucional, ha de asegurarse el cumplimiento de la doble garantía, material y formal, que deriva del art. 25.1 de la Constitución (SSTC 50/2003, de 17 de marzo; 161/2003, de 15 de septiembre, y 25/2004, de 26 de febrero, entre otras).

La garantía formal implica la suficiencia de rango de las normas en las que se tipifiquen las infracciones y se establezcan las sanciones, normas que han de tener la condición de Ley en sentido formal, pues el Tribunal Constitucional ha entendido que la expresión "legislación vigente" empleada por el art. 25.1 de la Constitución equivale a una reserva de ley en materia sancionadora (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3), sin perjuicio de que dicha norma pueda remitirse a otras de rango reglamentario, siempre y cuando en la propia ley se encuentren suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

Junto a la garantía formal, el cumplimiento de la garantía material ha de traducirse en la precisa tipificación de los ilícitos administrativos y de las correspondientes sanciones; tarea que debe culminar con un grado de concreción suficiente, que permita garantizar que los interesados puedan conocer qué tipo de conductas serán consideradas como infracción y cuáles son sus consecuencias jurídicas. En este sentido, no se trata simplemente de asegurar que sea una norma legal la que contemple la conducta punible, sino de que ésta describa con precisión dicha conducta.

Los preceptos de la Proposición de Ley que ahora nos ocupan no dan cumplida respuesta a esta garantía material en materia sancionadora, al tipificar como infracciones muy graves "el obstáculo o impedimento" a los ciudadanos del disfrute de los derechos o la "actuación que suponga incumplimiento de los deberes" pues las infracciones se tipifican sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados, que en todo caso requerirían de concreción.

Disposición final segunda.

El contenido de este precepto desborda el ámbito en el que debe moverse la competencia legislativa, al proponer una modificación concreta de un Decreto en vigor. Esta práctica no resulta criticable solamente desde el ángulo abordado más atrás, al mencionar indebidamente una disposición de carácter reglamentario que de esta manera se eleva de rango, con los posibles efectos negativos en el futuro. Aquí, además, el legislador pretende ejercer también facultades reglamentarias; y sin que quepa defender un principio de reserva de reglamento, tampoco puede aceptarse la pretensión de ejercicio de facultades reglamentarias por parte del legislador.

C O N C L U S I Ó N

La Proposición de Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona ante el Proceso Final de su Vida se ajusta a los parámetros constitucionales y estatutarios de aplicación, y a los fijados por la legislación básica. A algunos de sus preceptos se formulan singulares observaciones.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. PRESIDENTE D. CARLOS MILLÁN HERNÁNDEZ AL DICTAMEN Nº 309/2014 SOBRE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE DERECHOS Y GARANTÍAS DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA ANTE EL PROCESO FINAL DE SU VIDA (EXP. 267/2014 PPL).

El Dictamen aprobado por mayoría asume parcialmente la propuesta que realicé en el Pleno de este Consejo de formular reparo a la disposición final segunda de la PPL que pretende modificar directamente a través de una disposición de rango legal, el Decreto autonómico 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente registro, modificando el contenido de su apartado 2 y añadiendo un nuevo apartado, 4, al citado artículo reglamentario (manteniendo su rango reglamentario), desconociendo que esta modalidad de reglamento es una norma escrita, secundaria, inferior y complementaria de la ley, cuya obra corresponde exclusivamente a la Administración y no a la Cámara Legislativa.

La diferencia entre “ley” y “reglamento” reside tanto en sus distintas fuentes, competencias constitucionales y estatutarias como en su diverso ámbito de aplicación (arts. 66.2 y 97 CE, entre otros).

El art. 13.a) del Estatuto de Autonomía de Canarias asigna al Parlamento “ejercer la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma” y el art. 15.2 atribuye al Gobierno de Canarias “la potestad reglamentaria”. Esta potestad reglamentaria debe ejercitarse de acuerdo con un procedimiento específico, atendiendo a lo dispuesto en el art. 105.1 CE y a otras disposiciones de carácter formal *ad solemnitatem*. La citada disposición de la PPL vulnera, en consecuencia, el orden general de competencias constitucionales y estatutarias, sin que en la conclusión del Dictamen, aprobado por mayoría, se haga referencia a ello, ya que, por el contrario, declara que la PPL se ajusta a los parámetros constitucionales y estatutarios de aplicación.

Por otra parte, es cierto que en la actualidad la actividad de los Parlamentos puede verse influida por elementos externos, situación que se agrava cuando las iniciativas legislativas se limitan a reproducir literalmente disposiciones ya aprobadas por otras Cámaras legislativas, como ocurre con la presente Proposición de ley, que reproduce casi de manera literal la *Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte en Andalucía*, Ley 2/2010, de 8 de abril; o la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón; o la Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Navarra. No teniendo en consideración, en el caso de Andalucía, el Estatuto de Autonomía en su art. 20, apartado segundo, regula el derecho a recibir un tratamiento adecuado del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte, siendo la ley andaluza -reproducida por la PPL- desarrollo principal del citado precepto estatutario.

Igualmente pasa desapercibida para el dictamen mayoritario, la cuestión relativa a la promulgación y publicación de la ley que le permite alcanzar su perfección. Publicación que es, además, el instrumento de su conocimiento y la que da constancia de su existencia y contenido, lo que difícilmente se concilia con la disposición adicional tercera de la PPL, que, reproduciendo las citadas disposiciones legales autonómicas, contempla una difusión singular de esta norma legal al articular, la misma ley que se pretende aprobar, mecanismos distintos y complementarios para su conocimiento y difusión entre los profesionales y los ciudadanos en general.

Entre otras cuestiones, el dictamen aprobado por mayoría no resuelve tampoco el tema competencial de la Comunidad Autónoma de Canarias al considerar que la competencia de “desarrollo legislativo y de ejecución que en materia de sanidad e higiene, coordinación hospitalaria en general”, que contempla el art. 32.10 del Estatuto de Autonomía de Canarias otorga cobertura suficiente “per se” para regular

“los derechos de las personas durante lo que se denomina el proceso final de su vida” o para establecer “deberes a los profesionales sanitarios que atienden a estos pacientes”, sin tener en cuenta que la regulación de los deberes de los profesionales sanitarios es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18ª y 30ª CE y vienen determinados en el art. 19 del Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, Ley 55/2003, de 16 de diciembre). Tampoco se detiene el dictamen mayoritario a examinar la competencia cuando la PPL se refiere a centros, establecimientos sanitarios y entidades aseguradoras privadas que prestan servicios en Canarias, sin valorar que, respecto a éstas últimas, podría suponer interferir en relaciones contractuales privadas, reguladas por contratos de servicios, cuya competencia en materia de Derecho civil y mercantil corresponde al Estado (art. 149.1.6º y 8ª CE).

No comparto tampoco la fundamentación del dictamen mayoritario cuando incluye íntegramente la Proposición de Ley de derechos y garantías de la persona ante el proceso final de su vida en el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), en el derecho a la vida (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar. Ya que, como señalan las SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio, el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte o a la muerte eutanásica. En suma, no cabe deducir ni de la Constitución ni de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un supuesto “derecho a la muerte”.

Respecto al derecho a consentir los tratamientos médicos, esta materia se encuentra ya contemplada por la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y del Derecho y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica*, que tiene carácter de legislación dictada con la cobertura de los títulos competenciales estatales del art. 141.1.1ª y 16ª de la Constitución. A ello da respuesta singular la STC 37/2011, de 28 de marzo, como derivación del derecho fundamental a la integridad física y moral.

El texto de la PPL reitera la regulación de la ley estatal básica pero omitiendo apartados, empleando otros términos o añadiendo el derecho al rechazo de una intervención, aunque ello ponga en peligro la vida del paciente (art. 8.1. PPL). Lo que afecta al principio de seguridad jurídica y genera incertidumbre sobre la normativa jurídica aplicable. Así, el art. 7 PPL establece como regla general que el consentimiento será verbal, añadiendo “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre” que excluye de esta regla general los casos de

intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La misma inseguridad jurídica se aprecia en las definiciones y descripciones de algunas normas proyectadas por su amplio contenido, que permiten diversas interpretaciones. Así, la sedación paliativa (art. 5, letra l) se define como “administración de fármacos en las dosis y combinaciones requeridas para reducir la conciencia de la persona en situación terminal o de agonía para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios”. A su vez, “síntoma refractario” se define como aquél que no responde al tratamiento adecuado y precisa, para ser controlado, la reducción de la conciencia de los pacientes (art. 5, m PPL). Sin concretar las dosis ni combinaciones ni se determina si la sedación es o no irreversible, en el sentido de que la misma pueda conducir inexorablemente a la muerte anticipada del paciente. A esta sedación paliativa se refieren los arts. 13 y 14 PPL para paliar el dolor o en pacientes en situación terminal o de agonía, fruto de una enfermedad progresiva o de un proceso súbito, disponiendo el art. 5, letra n) que la situación de agonía es la que precede a la muerte y puede acontecer de forma gradual o de forma súbita en procesos agudos. O cuando existe deterioro físico, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida limitado a horas o días. Y también en los casos de enfermedad o situación terminal (art. 5, letra p), como padecimiento incurable, avanzado e irreversible, con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses. Del tenor literal de estos preceptos de la PPL se sigue que el legislador, atendiendo a la autonomía del paciente, regula la sedación.

Como podrá comprobarse en el ámbito de estas disposiciones proyectadas se da el mismo tratamiento a una sedación para aliviar el dolor de un paciente en el proceso natural de la muerte inminente que a la sedación causante de la muerte, con participación de un tercero facultativo o no, ante una enfermedad incurable con avanzado e irreversible y con pronóstico de vida limitada, pero incierta (semanas o meses), para aliviar el dolor (art. 14 PPL) sin atender a las posibles consecuencias que ello puede ocasionar para los profesionales que participen o cooperen a la muerte del paciente, en los supuestos previstos en el art. 143.4 del Código Penal, aunque la penalización pertenezca al ámbito del legislador estatal como materia de política criminal y no de mandato constitucional. Todo ello sin contemplar la posibilidad de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios.

Finalmente, coincido con el dictamen mayoritario en cuanto a los reparos formulados a los preceptos sancionadores, respecto a la doble garantía formal y material, por el uso de conceptos jurídicos indeterminados. Por otro lado, el art. 33, sanciones, permite en los supuestos de infracciones muy graves que el Gobierno de Canarias pueda acordar la revocación concedida para la actividad en centros y establecimientos sanitarios, mientras que el art. 36 de la Ley General de Sanidad, 14/1986, de 25 de abril (que reproduce el art. 39 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Sanidad Canaria), contempla para los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas que tuvieran competencia para ello el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años, siendo en tal caso de aplicación lo previsto en el art. 57.4 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo.

La potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma de Canarias se encuentra sometida a la limitación resultante del art. 149.1.1ª CE, por lo que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional "la normativa sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1ª CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable de lo ya recogido en la normativa válida para todo el territorio" (STC 87/1985, de 16 de julio).