

# DIGNIDAD, AUTONOMÍA, LIBERTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

ANTONIO ROVIRA (\*)

SUMARIO: 1) DIGNIDAD, AUTONOMÍA, LIBERTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO. 2) EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO INSTITUTO CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE. 3) NATURALEZA JURÍDICA. 4) EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PACIENTE. 5) LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 6) CONSENTIMIENTO INFORMADO Y BIOÉTICA. 7) ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

---

(\*) Catedrático de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

## 1. DIGNIDAD, AUTONOMÍA, LIBERTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Un poco antes de nacer y un poco antes de morir todos estamos sin remedio en manos de los demás, y en estos momentos es cuando aflora la *piedad* (1), y con ella la tendencia a legitimar la intervención en nuestra vida sin nuestro consentimiento. Se trata de situaciones en las que la presión de la sociedad se hace más imperiosa que nunca y en las que la voluntad subjetiva apenas aparece, y es cuando aflora el dogma fundamental del Estado terapéutico «es malo cuanto va contra la salud y bueno cuanto la favorece». O lo que es lo mismo, hay que vivir *como Dios manda* o, lo contrario, *así no merece la pena vivir*.

Se trata de un poder ejercido en bien de otros que nos intenta salvar de nosotros mismos. Todo ello envuelto en un falso concepto de humanidad, incluso de dignidad, lleno de sobreentendidos, poco inteligible y que se presta más a ser invocado como refuerzo retórico que a ser argumentado con precisión.

Se defiende que *humano*, es todo aquello que no nos hace sufrir, y por tanto inhumano, lo que no lo evita, aunque loelijamos voluntariamente.

---

(1) «*Nadie puede/debe vivir así*», y para ello se le provoca o adelanta el final, o se le salva y cura a toda costa. Ver Ronald Dworkin, *El dominio de la vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Madrid, Ariel, 1994. pp. 24 y ss. Sabater. F. *El contenido de la felicidad*. Madrid 1986 p. 38. Freixes Sanjuán, T. *Constitución y Derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional*. Barcelona, 1992. Gurrera Roig. M. «Aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de protección integral» *Revista de la Asamblea de Madrid*. Nº 13. Diciembre de 2005. pp. 241 y ss.

O lo contrario, que el dolor purifica, *que el martirio es el camino hacia la gloria*. Las dos formas de manifestarse lo absoluto, la que nos obliga a vivir a toda costa y la que justifica la muerte en defensa de no se que valor superior.

No obstante, la secularización constante de nuestras sociedades nos ha descubierto que es la libertad la que precisamente nos diferencia de la naturaleza, que es la libertad la *humana conditio*, la que nos permite *ser-humanos*, al permitirnos serlo a nuestro modo, dignamente, y en ello estriba nuestra peculiaridad respecto a los demás seres vivos. Por suerte, ha fracasado la doctrina de la *vida recta* propia de la filosofía, aquel modelo de vida digno de ser imitado por todos.

Y a mi juicio, elegir hoy la «humanidad» no es optar por un proyecto de autolimitación. Saberse humano no es aceptar un hecho biológico o cultural, una forma de ser, sino tomar decisiones y emprender el camino elegido. *Ser-humano* no consiste en diseñar modelos e intentar imponerlos como mejores *en sí*. Lo humano del ser humano no es la herencia, sino la capacidad de decidir, que busca la humanidad bajo la pluralidad de sus manifestaciones, porque una de las principales características de la vida, es su complejidad y su variedad. En definitiva, su singularidad, incluso genética.

Los animales cuentan con sus instintos, nosotros también. Pero además y prioritariamente, intentamos desarrollar un arte de vivir que los orienta. También actuamos por estímulos, pero la forma de satisfacerlos es libre, y por eso somos los dueños y responsables de nuestro destino, porque podemos cambiarlo, porque podemos controlarlos y dirigirlos.

Ciertamente, para todos los demás seres vivos también existe lo mejor y lo peor, también los animales pueden elegir entre diferentes opciones, pero cuando eligen no lo hacen voluntaria y libremente, les pasa lo mismo que a nosotros cuando tenemos que elegir, por ejemplo, entre diferentes opciones materiales, no se trata de la libertad de voluntad. En tales elecciones lo que decide es mi gusto, no depende de mí, no se trata de hacer algo mejor para mí, sino de hacer aquello que me gusta.

Es verdad que la similitud de todos los seres vivos es mucho más sorprendente que cualquier diferencia, todos somos muy iguales, muy

parecidos. Todos descendemos de la misma célula original aunque de eso hace al menos 3.500 millones de años, y durante este tiempo millones de fenómenos aleatorios nos han conducido hasta aquí. El azar eligió uno entre los muchos posibles y por ello somos lo que somos. No existe un determinismo, una mano divina, una voluntad, un programa. Somos un accidente, una mezcla de azar y necesidad (2).

Por eso, ni antes de la capacidad de modificación embrionaria, ni después, puede hablarse de un futuro cierto aunque desconocido, determinado por nuestras neuronas y que condicione totalmente nuestro comportamiento futuro. No siento el mismo temor que Habermas, para el que la posibilidad de manipulación genética, aunque sea controlada por la política y el Derecho, dice que afectará a nuestras capacidades de autocomprensión y nos hará no solo diferentes, que ya lo somos, sino desiguales (3).

¿Quién sabe si conocer que otro ha diseñado la composición de mi genoma tiene que ser importante para mi vida? Lo que es seguro es que prefiero que me manipulen ciertas características heredadas que vivir toda la vida con ellas. La manipulación, sobre todo si está bien hecha, no tiene por qué ser más alienante que el azar y la herencia. Lo que nos hace individuales no es el genoma, sino un tipo de genoma singular e irreplicable (4).

---

(2) YVES COPPENS, *Los orígenes de la Humanidad* (París, 2003). F. Savater en *El contenido de la felicidad*. Madrid 1986 p. 35.

(3) En 1990, P. Lucas Murillo. *Derecho a la autodeterminación informática*. Madrid, Ariel, 1990, p. 114, manifestó parecido temor ante las consecuencias que decían «diabólicos» de la informática y escribió textualmente lo siguiente: «Así, se ha señalado que otra de las principales amenazas que trae consigo la era de los computadores es la despersonalización. Se sacrificará la individualidad, la personalidad, ante el convencimiento de que existe un vigilante que toma nota de cada acción y la introduce en una memoria artificial que nunca olvida. De este modo, no sería aventurado imaginar una sociedad de hombres psicológicamente clónicos que acabará con todo vestigio de libertad y, por tanto, humanidad».

(4) Dicho de otro modo: lo que nos hace individuos es una carga genética más una capacidad de autodeterminación que conforma y determina nuestras peculiaridades. F. Sabater, ob. cit. La «carga genética» puede variar y, de hecho, varía en el transcurso de nuestra vida. El Proyecto Genoma, aparte de otras razones por las que es importante, puso de manifiesto que en nuestros mapas *faltan* datos. Ver, Rovira. A. *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*. Thomson/Aranzadi. 2002. pp. 32 y ss.

En definitiva, limitar nuestra capacidad de autodeterminación, sobre todo de nuestra integridad corporal, debe ser la excepción, ya que precisamente es en esta capacidad de crearse a sí mismo, de ser individual, donde reside la *dignidad del hombre*, su esencia diferenciadora. El hombre *actúa* por sí mismo y a su propio riesgo y el problema y la angustia ante la elección es el problema y la angustia ante la vida entera.

En este sentido, la acción, la decisión, no es solo una capacidad singular de los humanos, sino una necesidad esencial de la que depende nuestra supervivencia como individuos, nuestra «categoría» como persona. Podemos elegir cómo y cuándo actuar, pero es forzoso actuar, en este campo no hay elección posible o eliges, o eliges (5). Lo humano del ser humano, no es la herencia, sino la capacidad de decidir.

Entonces, la libertad de la que hablamos, la soberanía personal ante un tratamiento médico, el *consentimiento informado*, la autonomía como condición humana, el *alma* para Platón, la voluntad libre, independientemente de cómo se ejerza, esta voluntad reflexiva que dice «depende de mí», significa que una persona tiene la condición y en general la capacidad y el derecho a disponer de las posibilidades materiales reales de opción, de elección que la vida le ofrece.

Por tanto, limitar la capacidad de autodeterminación, en cuanto facultad del individuo para decidir por sí mismo lo que le conviene, en relación con su cuerpo y con su mente, debe ser la excepción, ya que precisamente es en esta capacidad de crearse a sí mismo, de ser individual, donde reside la *dignidad del hombre*, su esencia diferenciadora, su alma (6).

---

(5) SARTRE, J. P., *Temps Modernes*. Octubre de 1945. Gallimard, 1949, p. 69. Citado por André Gluckman en *El discurso del odio*. Taurus. Madrid, 2005, p. 98 Un mundo feliz 1926. Aldous Huxley. Plaza&janés (2001). Huxley construye un mundo regido por castas sociales, desde los inteligentes «alfas» hasta los semienanos «epsilons» las cuales viven felices en su ignorancia, donde la gente es diseñada para una tarea concreta a realizar y donde se sienten satisfechos por su mera existencia.

(6) Platón. *Las leyes*. Edición bilingüe. Instituto de estudios Políticos. Madrid, 1960. Tomo I, p. LXVI. En la misma página se lee: «*el alma es anterior y superior al cuerpo*».

Ciertamente, cuesta definir este ámbito humano de libertad, que viene enmarcado por la *autonomía* y que aumenta vertiginosamente a medida que aumentan las posibilidades médicas y bioéticas. La *autonomía* es el presupuesto para actuar, para elegir, lo que nos hace personas, porque estamos programados en cuanto *seres*, pero no en cuanto *humanos*.

Por eso no se entiende muy bien la seguridad, ciertamente matizada en los últimos tiempos, con la que el Tribunal Constitucional se inclina por la *primacía absoluta de la vida*, no solo del derecho a la vida del artículo 15, de la vida frente al exterior, frente a los demás, con la que estamos absolutamente de acuerdo, sino de la vida, de la existencia biológica, identificando ambas realidades, cuando son bien diferentes (7).

¿A que se refiriere el TC cuando dice «vida en su dimensión objetiva», a la vida humana o a la vida biológica? ¿Cómo encaja en la Constitución ese principio, esa *primacía de la vida como presupuesto ontológico* que mezcla el derecho a la vida humana y la vida biológica como presupuesto para la existencia? ¿Cómo encaja la *vida* en el conjunto de valores y derechos establecidos en nuestra Constitución?, ya que no es *obvio* que el principio general principal, central de la Constitución haya de ser la *vida* y no la *autonomía individual* (8).

---

(7) STC 48/1996, de 25 de marzo, define la vida como derecho absoluto que actúa de soporte existencial de cualesquiera otros derechos, no pudiendo verse limitado por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena. STC, 53/1985, sobre el aborto. Véase también la STC 48/1996: «El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre que lleva en sí todos los demás». STC 11/1991: «Les impone, en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física, frente a los ataques de terceros y sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho»... «de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». STC 120/1990: «procedencia de la asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre en base a la obligación de la Administración de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia. Derecho fundamental a la libertad personal y a la seguridad, no protege la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos como manifestación de la libre autodeterminación de la persona». Auto de la Audiencia Nacional de 25/01/2007. Ver también el informe del Comité de Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa de 21 de abril de 2007.

(8) No obstante, se mantiene una dimensión del derecho a la vida como garantía de protección no sólo *frente*, sino también *por* el Estado (vease Auto de la Audiencia Nacional de

No es lo mismo el *derecho a la vida*, que mi *vida*. Se puede y debe defender la vida frente al exterior ilimitadamente, pero no se puede regular jurídicamente, imponer a toda costa la existencia. El Derecho regula la vida humana, pero materialmente no puede regular el uso que una persona capaz haga de su vida biológica, si con ello no afecta a los derechos de los demás, por eso no se puede prohibir el suicidio, el Derecho no llega, no puede regular la *existencia*. Además, el juicio moral que suele hacerse del suicidio suele estar en relación con la motivación: se rechaza el que se basa en el egoísmo y se exalta el realizado por una causa heroica que

---

25/01/2007 que autoriza la alimentación forzosa a un preso en huelga de hambre. También Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria, centro Madrid VI, de 6/03/2007). Se considera que constitucionalmente éste se encuentra obligado a intervenir y proteger la vida en todo caso, también cuando ello vaya en contra de la voluntad válidamente expresada de su titular. Rodríguez Mourullo, en su «Artículo 15: Derecho a la vida» (en Alzaga Villamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, tomo II*. Madrid, 1997, p. 287), entiende que el artículo 15 obliga al Estado a proteger la vida «*con independencia de la voluntad de vivir o morir que tenga el ser vivo*», siguiendo la tesis de Rodríguez Devesa, Serrano Alberca, Bueno Arús y Martínez Sospedra, en *Libertades públicas*, tomo I. Valencia, 1993. Es correcto sostener que el artículo 15 de la CE sólo contiene una garantía de protección y no una facultad de disposición, entre otras razones porque el derecho no lo puede todo, el Código Penal no puede regular la disposición sobre nuestra propia existencia, y por ello no nos fuerza a mantener que dicha protección deba imponerse por prescripción constitucional en todos los casos, incluso en contra de la voluntad del titular del derecho. En este sentido coincido con la tesis apuntada por Diez Ripollés en «La huelga de hambre en el ámbito penitenciario», en *CPC*, núm. 30, 1986, y por Cerezo Mir en su *Curso de Derecho penal español, parte general, III: Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 60 ss., en el sentido de que el artículo 15 como derecho fundamental tiene una función garantista frente a terceros, de impedir ciertos abusos, y por tanto nada nos dice sobre la disposición de la vida ni en sentido de disposición libre, ni en el sentido de prohibición de disponer en todos los casos. El artículo 15 se limita a consagrar de una forma absoluta el derecho a que nadie, ni terceros lesionen la vida en contra de la voluntad de su titular o incluso con el consentimiento del titular. La otra cuestión en relación con lo dicho, es lo primero que conviene decir sobre el tema: «*el derecho a morir ¿es admitido por la Constitución?, o bien ¿es obligatorio reconocerlo legalmente a partir de la Constitución? Es decir, ¿prohibir el derecho a morir resultaría inconstitucional?*» escribe Alfonso Ruiz Miguel, «Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)», en *RCEC*, núm. 14, pp. 248-55. Considerando también que problemas como los planteados por las huelgas de hambre o las negativas a recibir determinados tratamientos por parte de los testigos de Jehová no afectan al ámbito de la disponibilidad de la propia vida. Rodríguez Mourullo, J. S. «Artículo 15: derecho a la vida», en Alzaga Villamil, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, tomo II*. Madrid, 1997. Carmen Tomás-Valiente. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 145 ss. Francisco Balaguer Callejón, Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar y otros. *Derecho Constitucional*, vol. II. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 88 ss.

aplaude la sociedad. Aquiles lo sabe, dispuesto a morir en combate, como lo supo Sansón, que eligió morir derribando el templo repleto de filisteos.

En definitiva, para el *ser-humano* tan esencial es la vida biológica como la vida humana, porque la vida es necesaria para *ser*, pero la *autonomía individual* es necesaria para poder *ser humano*, para poder ser persona, para actuar libremente que es de lo que se encarga el Derecho democrático, de lo que jurídicamente podemos hablar. Esta capacidad de autodeterminación es lo que nos diferencia, es como el «alma» de Platón, lo que nos permite ser humanos y ser humano es poder estar abiertamente disconforme, es responsabilizarnos decidiendo sobre nosotros mismos.

Para entenderlo de un modo realmente práctico, todos queremos lo mismo, ser lo que podemos ser, pero todos tenemos posibilidades y el derecho a quererlo y procurárnoslo de distinto modo, por distinta vía, y ello, en el ámbito de la medicina, es lo que debe venir garantizado por el instituto del *consentimiento informado*. Porque tampoco en medicina existen cosas verdaderas. La verdad en medicina también es, en gran medida, coincidencia y *acierto*.

Indirectamente el trabajo que les presento también intenta aproximarse jurídicamente a la pregunta: ¿Qué es una enfermedad? Y aun más afondo ¿el juicio que importa sobre la salud de cada uno es el propio o es el de los demás? Porque en el ámbito sanitario, hay otro peligro, una cierta tendencia a descargar a los individuos de sus responsabilidades, cargándolas a la cuenta del *sistema social*, a la influencia negativa de los medios, u otro tipo de patologías. Es preferible padecer una enfermedad que asumir un vivir. Es mejor un cleptómano que un ladrón. La sociedad medicalizada ofrece convertir en adicción o trastorno inducido cualquier transgresión de las normas tradicionales. Son teorías que nos consideran libres para hacer el bien, pero incapaces cuando actuamos mal. El bien lo hacemos queriendo, pero cometemos el mal obnubilados por las circunstancias, y en este contexto es conveniente no olvidar que tan negativo para la libertad es negarla como ignorarla (9).

---

(9) P. SIMÓN, *El consentimiento informado historia, teoría y práctica*, Ed. Triacastela, Madrid, 2000. La expresión consentimiento informado, se utilizó por primera vez por el tribunal Supremo norteamericano en la sentencia Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of trustees de 1957. Tomás-Valiente, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, p. 161.

Defender la *autonomía, la libertad de elección del tratamiento médico*, es defender que una persona pueda elegir incluso el mal, puede hacerlo porque quiere, pero precisamente por este querer libre debe asumir las consecuencias físicas y jurídicas de su decisión. No se puede prohibir todo aquello de lo que uno pueda abusar. El ejercicio del derecho a la vida o a la intimidad, a la libertad en el ámbito de la medicina puede traer buenas y malas consecuencias; de lo contrario, no sería una libertad individual. Así, uno puede abusar de su privacidad hasta el extremo de arriesgar su vida, y no habría nadie con legitimación suficiente para obligarle o forzarle a hacerlo de otra forma, es la libertad de que nadie, que no sea uno mismo, decida o imponga coactivamente lo que hay que hacer para conservar la salud, para seguir viviendo o para escapar del peligro.

Además, si los derechos fundamentales se concretan, evolucionan y se aplican para ser remedios paliativos de ciertos males históricos que afligen a la persona, la evolución de la medicina y la biología y las modificaciones de usos y costumbres sociales que dicha evolución está provocando, exigen la incorporación a nuestro ordenamiento de una pluralidad de mecanismos, garantías e institutos, con la finalidad de conferir a los derechos del paciente la fuerza que les es propia, asegurándolos, frente a formas e instrumentos de agresión, a menudo inimaginables cuando cada uno de ellos fueron proclamados y uno de los más efectivos medios de defensa frente a las agresiones, a ese ámbito reservado de vida en la medicina, es la exigencia previa del *consentimiento informado*, para realizar todo tipo de tratamientos médicos o biológicos, físicos o psíquicos a una persona. Mecanismo que tienen una indudable carga constitucional al ser refuerzo esencial para la efectividad de los derechos fundamentales de los pacientes.

Es decir, antes de que alguien disponga de nuestro sustrato corporal, de mi existencia, el instituto del *consentimiento informado* exige que se nos pregunte, que se nos informe, porque no hay nadie con legitimación suficiente, para que decida, sin causa que lo justifique, lo que nos conviene.

En definitiva, con el doble objetivo de, por un lado, abordar los problemas que plantea el *consentimiento informado* ante los avances en los

tratamientos clínicos y genéticos y, por otro, hacerlo desde el Derecho constitucional, se ha realizado el presente trabajo. Una indagación, que básicamente consiste en un acercamiento al contenido de este instituto a partir de la Constitución, proponiendo algunas ideas, incluso precisiones sobre su alcance y significado, para fijar su contenido y replantear sus límites una actividad necesaria en estos tiempos de cambios en los que nada parece lo que es.

Sin duda, habrá numerosos aspectos que se echen en falta, por ejemplo no he tratado el *consentimiento informado* en la ética de la investigación, ni específicamente el consentimiento en los tratamientos e internamientos psiquiátricos, ni en otros campos muy específicos como puede ser la reproducción asistida, tampoco se hace un estudio minucioso de la responsabilidad médica. La finalidad ha sido tratar lo que considero esencial, establecer cual es el fundamento constitucional de este procedimiento y cómo, a partir de ahí, pueden concretarse sus regulaciones y decisiones particulares porque si se quiere ir más allá, en teoría constitucional, de los buenos y formales sentimientos y de las nobles esperanzas, quizás sea oportuno orear un poco las particulares garantías que como el *consentimiento informado* son la plasmación práctica de la más fundamental de nuestras categorías y esencias: la autonomía personal, que es contingente, contable, plural y perecedera y enfrentarnos a otro de los peligros que la acechan, como es su trivialización, su vanalización, que se manifiesta cuando se produce un exceso de retórica sentimental, incluso moral, que anula la naturaleza racional, práctica, positiva, jurídica, transformando este mecanismo de garantía en una máxima o consigna, catálogo o mandamiento sin poder de vinculación, con una efectividad exclusivamente ideológica, formal, alejándolo de su finalidad esencial, que no es otra que favorecer el respeto y realización de los derechos constitucionales del paciente. Y ello es una impostura, puesto que así el consentimiento informado se convierte en un instrumento que ayuda a perpetuar las relaciones de subordinación y los abusos, proclamando al mismo tiempo que éstos han sido abolidos.

Pues bien, pese a la abundante bibliografía y a los muchos y variados pronunciamientos judiciales sobre los contornos del *consentimiento informado*, en cierta forma, sigue siendo un mecanismo muy reciente que todavía no está suficientemente fijado, categorizado. Dispone de

una normativa reguladora muy dispersa, ambigua, contradictoria y técnicamente deficiente, que lo considera erróneamente como un auténtico derecho fundamental o parte del contenido de la *lex artis* o incluso elemento de la relación contractual entre el médico y el enfermo.

Hasta el punto de que inicialmente el *consentimiento informado* ha sido un instrumento de la medicina defensiva para asegurar la actividad médica ante la avalancha de reclamaciones, un instrumento de defensa de la profesión ante la judicialización de sus prácticas, y ello puede explicar, en parte, las deficiencias en su formulación jurídica y las resistencias, singularmente en nuestro país, por avanzar en su categorización jurídica, porque las habilidades funcionales y las buenas intenciones del médico ya no es lo único que cuenta.

Por eso debemos ser capaces, de enfrentarnos con estas nuevas realidades, contribuyendo así a la evolución de los sistemas de garantías de nuestros derechos, para ajustarlos a las nuevas circunstancias en las que se desarrolla la medicina, adecuándolos al cambio, a la realidad científica que se nos da, que buscamos, no siendo un obstáculo a su natural evolución, sino al contrario, institucionalizando los cambios, fomentándolos, haciendo que el Derecho en estos momentos de incertidumbre, cumpla con su función transformadora de la realidad.

## 2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO UN INSTITUTO CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE

¿Qué podemos entender constitucionalmente por *consentimiento informado*? ¿Es un principio, un derecho? ¿Es un valor?

El *consentimiento informado* es un hecho, un principio, procedimiento, un instrumento material, una garantía que no debe condicionarse a la dignidad, porque una vida digna es una vida elegida, pensada y vivida por cada uno libremente, la *dignidad* constitucionalizada no tiene nada que ver con la *honorabilidad*, que hace referencia a la correspondencia de lo que uno hace con un modelo exterior impuesto, total. La *dignidad* que jurídicamente nos importa, la dignidad del artículo 10 de la CE, es la que proviene del respeto de los derechos

fundamentales que precisamente consisten en que nadie tiene derecho a obligarnos a vivir dignamente, *rectamente*.

Por ejemplo, en defensa de la dignidad, nadie está autorizado a colaborar decisivamente en la muerte de otro, porque el derecho a mi vida puede y debe ser un límite absoluto para los demás, frente al exterior, y precisamente por eso, constitucionalmente, no creo que se pueda legalizar la *eutanasia activa*, que plantea, en estos momentos, problemas que considero jurídicamente irresolubles.

La naturaleza y alcance del derecho a la vida en la Constitución española, no permite la disposición libre de la vida de otro a partir de su simple consentimiento porque, se mire como se mire, en esta clase de actuaciones el tercero lesiona el derecho a la vida de otro, protegido por el artículo 15, que impide de una forma absoluta, intangible, que un tercero pueda provocar activamente la muerte a otra persona aunque ésta así lo solicite, o incluso lo promueva activamente, de la misma forma que el consentimiento de la víctima tampoco puede ser causa suficiente para excluir el tipo penal de lesiones, tanto dolosas como imprudentes.

Pero por esta misma razón, el Art. 15 no puede prohibir la disponibilidad real de la existencia, de la vida biológica, del suicidio que es un hecho que esta más allá del derecho, ni puede prohibir la alimentación forzosa y justifica el rechazo a las medidas terapéuticas no deseadas, eutanasia pasiva e incluso activa indirecta (10).

Resulta jurídica y moralmente sencillo justificar la intervención de terceros para paliar, con tratamientos sedantes, el estado de un enfermo terminal que así expresamente lo solicite, porque en este caso la finalidad

---

(10) Recientemente el Comité Autonómico de Ética de la Junta de Andalucía consideró que retirar a petición de la enferma, el respirador artificial que la mantenía con vida, es una limitación del esfuerzo terapéutico reconocido como derecho en la Ley española de Autonomía del Paciente. Para reforzar su resolución la Consejería de salud solicita al Consejo Consultivo de Andalucía una Consulta Facultativa. En el correspondiente Dictamen N° 90/2007, el Consejo argumenta con gran meticulosidad el caso y avala la decisión del Comité. El problema es la deficiente regulación jurídica de estos casos de eutanasia que llegan al mismo Código penal.

no es provocar la muerte sino evitar el dolor, o interrumpir un tratamiento que le mantiene en vida artificialmente, o la denominada limitación terapéutica, porque, con tal actitud, se defiende la dignidad del paciente, su forma de vida, e incluso su integridad.

No obstante, en las unidades de cuidados intensivos de nuestros hospitales, se toman diariamente decisiones jurídicamente difíciles, que no pueden recaer como hasta ahora, casi exclusivamente en el criterio subjetivo del médico (11).

Por ejemplo, ingresó en el hospital Gregorio Marañón de Madrid una joven de 28 años, hija única, con un brillante historial académico. El diagnóstico no ofrecía dudas, una meningitis que en pocas horas le provocó el fracaso multiorgánico. Tras someterla a una sedación profunda, los médicos lograron por fin estabilizarla. Se planteó entonces la terrible decisión, para salvarle la vida, había que amputarle los brazos y las piernas. Como la enferma estaba inconsciente, pidieron el consentimiento para la intervención, a los padres, que lo negaron tajantemente. El equipo, debatió en profundidad el caso y algunos de sus miembros defendían que continuara con el tratamiento. Los doctores, acordaron pedir el veredicto al Comité de ética que con el mejor criterio, decidió respetar la decisión de la familia.

En todos los hospitales se dan casos parecidos, pero los profesionales médicos, todavía sin normas y procedimientos claros que orienten la decisión, tienen que tomar decisiones sin saber el alcance jurídico de las mismas. A veces ocurre, que solo uno de los facultativos considera conveniente continuar con el tratamiento, entonces, el conjunto del equipo le apoya, ya que la decisión de abandonarlo, generalmente y por la indeterminación legal, se adopta por unanimidad.

En este sentido, es interesante el estudio que realizó la Sociedad española de Neonatología en el 2002, según el cual, había una variabilidad del 86% en la aplicación de la *limitación terapéutica* según sea la zona y el hospital y ello demuestra la debilidad de la regulación

---

(11) ROVIRA SÁENZ, G. y REMEDIOS VIÑAS, *Revista Médica*, op. cit., p. 29.

jurídica de la garantía del *consentimiento*. Si alguien tiene un hijo con malformaciones congénitas, por ejemplo un bebe muy prematuro, en un hospital remiso a aplicar la limitación, tiene muchas posibilidades de volver a casa con un bebé altamente discapacitado física y mentalmente, un bebé que sufre (12) y ello es una situación que el Derecho tiene que regular de forma más clara y precisa porque este tipo de decisiones médicas jurídicamente difíciles, sin normas y procedimientos claros que las orienten, no pueden recaer, como hasta ahora, casi exclusivamente en el médico de las unidades de cuidados intensivos de nuestros hospitales.

Un ámbito en el que el «imperativo tecnológico» y el *furor curandi* puede hacer estragos es el de los neonatos. Como comenta el Dr. F. Omeñaca (13), cada vez se salva la vida a niños más prematuros, pero muchas veces a costa de dejarlos de por vida con terribles secuelas. Los pediatras son muy conscientes de este problema y por eso la limitación del esfuerzo terapéutico es cada vez más solicitada.

En otros casos, los médicos de la Seguridad Social se encuentran con la actitud de determinados pacientes que se niegan a recibir las transfusiones prescritas por los facultativos. Dichos enfermos fundamentan su negativa en el derecho a la autonomía y responsabilidad individual. Argumentan que forzarles a un determinado tratamiento lesiona su derecho a la integridad física y psíquica, a la libertad ideológica, religiosa y de culto, a la vida privada y, en definitiva, a su intimidad ya que, como el propio TC ha tenido ocasión de señalar, la protección dispensada por el Art. 18.1 CE. alcanza incluso a la *intimidación corporal*, que implica que las intervenciones pueden también conllevar, no ya por el hecho en si de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la privacidad (14).

---

(12) OMEÑACA F., Omeñaca es Jefe del Departamento de neonatos del Hospital de la Paz de Madrid y profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad Autónoma de Madrid. Ver su trabajo «Aspectos sociales de la prematuridad» II simposium Ferring Obstetricia. Valencia 30 de septiembre-1 de octubre de 2005.

(13) F. OMEÑACA, «Aspectos sociales de la prematuridad» II simposium Ferring Obstetricia. Valencia 30 de septiembre-1 de octubre de 2005.

(14) Ver el interesante trabajo del profesor de Cabo Martín, c. «Democracia y derecho en la crisis del Estado Social» en *Sistema*, núm. 118-119, Madrid, 1994.STC. 207/1996.

Otra discusión es concretar hasta cuando tiene validez la voluntad del paciente, es decir, en que condiciones se considera válida y eficaz la negativa al consentimiento de un tratamiento salvador, y esto nos conduce de lleno a determinar cuando la voluntad de una persona, tiene validez en momentos posteriores (15).

Un caso muy discutido, como recordarán, fue el de una paciente de Florida, con graves daños cerebrales y cuyo marido consiguió la autorización para que le retiraran la sonda de alimentos. Según parece, la paciente antes de caer en su estado vegetativo, manifestó repetidamente, que en parecidas circunstancias a las sufridas, renunciaba a la vida. Caso complejo, había que decidir si jurídicamente podía considerarse la sonda alimenticia como tratamiento y también si la voluntad manifestada por la paciente era válida (16), al final el Tribunal Supremo de USA permitió que se le aplicara la limitación terapéutica mediante la retirada de las sondas (17).

---

(15) Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada del parlamento de Andalucía. Ley 6/2005, de 7 de julio de 2005 de Declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ley de Catalunya 21/2000 de 29 de diciembre. Ver también, sobre protocolos médicos, Galán Cortés, J. C. e Hinojal Fonseca, R. «Valoración jurídica de los protocolos médicos», en *Revista General de Derecho*, Año LII, núms. 622-623, julio-agosto de 1996. Sánchez Caro, J., *op. cit.*, p. 149. García Garnica, M. C. «La actual concepción del consentimiento informado del paciente como acto de ejercicio de sus derechos fundamentales. Principales consecuencias jurídicas y prácticas», en *Boletín de la Facultad de Derecho*. UNED, Madrid. N° 23 (2003). Es interesante la sentencia, ya citada, del TC que resolvió sobre la prueba de paternidad, que mantiene. Ver también Simón Lorda, P., Barrio, I. M. *¿Quién decidirá por mí?* Ed. Triacastela. Madrid, 2004. Tomás-Valiente Lanuza, C. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1999, pp. 187, 393 y 493.

(16) STC 120/1990.

(17) El problema está en que se les salva la vida biológica, la existencia, cuando ellos no pueden decidir, porque están en coma, si les merece la pena sobrevivir y se decide por profesionales médicos en unos hospitales de una forma y en otros de otra, sin criterios jurídicos y sin protocolos médicos claros «*Cuando el equipo llega a la conclusión de que no hay salida, es el momento de empezar a desconectar. La situación más dramática se produce en los casos de pacientes jóvenes que llegan con politraumatismos severos y el equipo lucha denodadamente por salvarles, pero lo único que consiguen es que queden en un estado vegetativo. Cuando luchamos es porque estamos convencidos de que lo podemos rescatar*», sostiene Teresa Tabullo, internista del mismo hospital». Extraído del artículo «Atrapados en la tecnología». Diario *El País*, 31 de mayo de 2005. Recientemente el Comité Autonómico de Ética de la Junta de Andalucía consideró que retirar a petición de

Recientemente el Comité Autnómico de Ética de la Junta de Andalucía consideró que retirar a petición de la enferma, el respirador artificial que la mantenía con vida, es una limitación del esfuerzo terapéutico reconocido como derecho en la Ley española de Autonomía del Paciente. Para reforzar su resolución la Consejería de salud solicita al Consejo Consultivo de Andalucía una Consulta Facultativa. En el correspondiente Dictamen N° 90/2007, el Consejo argumenta el caso y avala la decisión del Comité pero con un voto particular discrepante. El caso ha sido muy discutido en gran parte debido a la indeterminación de la normativa aplicable.

Impresiona lo que puede llegar a hacerse para mantener a un paciente con vida. Los avances en medicina y en biotecnología permiten intervenir cada día con más éxito en la creación de la vida y en la planificación de la muerte. Pero estas medidas tecnológicas de soporte vital no tienen un beneficio terapéutico directo, su objetivo es restablecer funciones orgánicas, pero cuando el deterioro orgánico es irreversible, mantenerlas sin el debido consentimiento sólo significa prolongar la agonía artificialmente de forma deliberada y significa, por tanto, dar un trato inhumano, degradante, vejatorio que implica sufrimiento, sin ningún fin curativo que lo justifique (18).

Son los propios médicos los que denuncian, que en no pocas ocasiones, los enfermos terminales mueren en nuestros hospitales con el suero puesto y esperando una analítica, o entubados en un servicio de urgencias. Es el denominado *imperativo tecnológico, furor curandi o encarnizamiento terapéutico*, aunque los expertos en bioética prefieren la expresión *obstinación terapéutica*, prácticas, en ocasiones, toleradas en los hospitales y que sin embargo están prohibidas de una forma explícita por el artículo 15 de la Constitución.

---

la enferma, el respirador artificial que la mantenía con vida, es una limitación del esfuerzo terapéutico reconocido como derecho en la Ley española de Autonomía del Paciente. Para reforzar su resolución la Consejería de salud solicita al Consejo Consultivo de Andalucía una Consulta Facultativa. En el correspondiente Dictamen N° 90/2007, el Consejo argumenta caso y avala la decisión del Comité.

(18) Ver el trabajo del Dr. N. Szerman, Linguistic adaptation and validation into spanish of thediagnostic interview disorders- revised (DIB-R) Current Medical Research and Opinions. Vol II, N° 8, 2005. NY.

Ciertamente, excepto en los casos de muerte cerebral, no hay acuerdo suficiente entre los profesionales sobre cuando hay que desconectar. La decisión, indudablemente es médica, pero también y fundamentalmente es jurídica y cuando hablamos de decisiones jurídicas estamos diciendo que la decisión este fundamentada en el Derecho y para ello este debe ser claro y seguro ya que en esta clase de decisiones están implicados, nada más ni nada menos que los más fundamentales derechos de la persona.

Pero nuestro ordenamiento jurídico penal ni siquiera está tipificada la realización de un *tratamiento médico arbitrario*, un tipo específico dentro de los delitos contra la libertad, es decir, aquella actuación realizada sin consentimiento y que afecte a los derechos fundamentales del paciente. La falta de consentimiento solo está penalizada en los casos de lesiones y los atentados contra la libertad personal cuando vienen provocados por amenazas y coacciones, y también la detención ilegal, incluso el secuestro, pero todos ellos exigen voluntariedad, dolo, es decir, que lo que se pretenda por el médico no sea la aplicación de un tratamiento sin consentimiento, sino el propio secuestro o detención ilegal.

En este sentido, hace unos meses, el juzgado de lo Penal Número Cinco de Palma de Mallorca, ha absuelto a dos anestesistas como responsables del fallecimiento de un paciente con edema pulmonar, tras ser operado, sin el debido consentimiento informado, de un desprendimiento de retina (19). Argumenta la citada sentencia que la falta de consentimiento en nuestro ordenamiento, no tiene relevancia penal y que por tanto debe exonerar de responsabilidad a los facultativos, añadiendo que «la intervención médica se produjo con la aquiescencia del paciente, que sabía para qué iba a la clínica».

Evidentemente esto no puede seguir así, ya que de no realizarse la operación el paciente no habría fallecido y esta actuación, independientemente de la buena voluntad de los profesionales, incluso sin

---

(19) Sentencia número 142/05, de 10 de mayo. Ver el trabajo del Dr. N. Szerman, Linguistic adaptation and validation into spanish of the diagnostic interview disorders- revised (DIB-R) Current Medical Research and Opinions. Vol II, N° 8, 2005. NY.

darse imprudencia, por el solo hecho de intervenir sin consentimiento merece unas consecuencias jurídicas incluso penales que se correspondan con la lesión irreversible a nuestro primer derecho.

Con ello no se pretende defender que toda actuación médica que pueda afectar al *consentimiento informado* deba ir indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal, ello es algo que en modo alguno se deriva de la doctrina constitucional, ni de lo que se ha estado diciendo. La sanción penal debe ser proporcional a la gravedad de la lesión del derecho fundamental y a la naturaleza del mismo, pero no es posible descartarla, porque toda actuación médica realizada sin consentimiento, en mayor o en menor medida, producirá la lesión al derecho a la intimidad, a la libertad del artículo 17 y frecuentemente a la integridad física y moral, que según doctrina del TC protege el derecho a la *incolumidad personal*, a no sufrir lesión o menoscabo en nuestro cuerpo o en su apariencia externa, sin nuestro consentimiento.

Es decir, la lesión no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista daño o riesgo para la salud, sino que el derecho resulta afectado por «toda clase de intervenciones» en el cuerpo que carezcan de consentimiento de su titular, y ello exige una adecuada y proporcional consecuencia jurídica, que en ocasiones debe tener naturaleza penal (20).

En definitiva, y en tan solo una década, jurídicamente todo ha cambiado, pero en relación con los derechos del enfermo no se ha avanzado lo suficiente. Todo ha cambiado porque el *consentimiento informado* está reconocido a todos los niveles y pocos se atreven a seguir defendiendo los postulados de una actuación médica benefactora o paternalista, pero al mismo tiempo poco se ha avanzado porque, en muchas ocasiones, el *consentimiento informado* se ha reducido a un requisito formal. Todavía no se acepta fácilmente que en una actividad

---

(20) STC. 207/1996. Solozabal Echevarria, J. J. Principialismo y orden constitucional. ICPS. UAM. 1998.

científica, profesional, como la medicina, los derechos fundamentales del paciente se impongan al criterio profesional.

Lo relevante, y ahí es donde está la base de todo y lo que se intenta demostrar en esta investigación, es que el *consentimiento informado* es un procedimiento necesario, esencial para la realización y vigencia del principio de *autonomía*, de la *libertad* y, por tanto, de un grupo de derechos que la Constitución protege frente a todos de la manera más reforzada.

No es solo una cuestión de carácter privado, que se integra en las relaciones contractuales entre médico y paciente y en la que nadie más pueda intervenir. La decisión sobre un tratamiento o actuación médica es una cuestión que compete decidir exclusivamente al paciente y a la que el médico debe contribuir a despejar mediante información y formación. Lo que se comparte es la información, pero no la decisión. No se trata de decidir con el paciente o por el paciente, se trata de que éste pueda realmente optar libremente, elegir a partir de la correspondiente información, con conocimiento y formación, superando definitivamente la creencia en la superioridad del juicio técnico, científico del profesional, que hunde sus raíces en aquella idea tradicional de la ciencia como verdad inalcanzable para la mayoría.

Ciertamente, la «*lex artis*» resulta muy útil como código de información, de orientación, de seguridad en la aplicación de las técnicas, pero la *lex artis* no es una ley y las actuaciones sanitarias también están sometidas a los contenidos normativos en los que se expresan los derechos recogidos en la Constitución (21).

Por eso no basta con justificar el *consentimiento informado* como parte de la *lex artis* o como elemento del contrato entre médico y enfermo, sino que resulta imprescindible encuadrarlo dentro de alguno de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I de la CE y así,

---

(21) Me remito a la jurisprudencia que configura el *consentimiento informado* como parte de la *lex artis* y elemento integrante de la relación contractual entre médico y enfermo. SSTS. 7 de junio de 2001 y 22 de Junio de 2005 Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 6ª.

para algunos, se considera que el *consentimiento informado* debiera de encadenarse, deducirse del derecho a la integridad del artículo 15, si bien otros creen que debería regularse junto a los derechos a la salud, o lo encuadran entre los derechos de tercera generación, que en realidad no son derechos. Otros, por el contrario, apoyan que el *consentimiento informado* se enmarque en el apartado 1 del artículo 17 de la Constitución (22).

La diversidad de opiniones es grande, pero ninguna de las consultadas aclara de manera suficiente cómo se conecta este instituto con los derechos fundamentales, de dónde obtiene el *consentimiento informado* su fuerza, su efectividad jurídica.

Recordamos que los derechos fundamentales a los que nos estamos principalmente refiriendo vinculan a los médicos y al personal sanitario, porque disponen de un *efecto de irradiación*, no sólo en el ámbito del derecho público, sino también en el derecho privado. Los derechos fundamentales tienen tanto una efectividad vertical (frente a los poderes públicos) como horizontal (frente a los particulares). De esta forma, los propios derechos y los valores expresados en estos se constituyen

---

(22) Como derecho a la integridad del paciente se refleja con mayor claridad en las normas internacionales y en la Carta de los Derechos del Paciente de EE.UU de 1971. Respecto al reconocimiento de este derecho es curioso el ordenamiento italiano, que ha consagrado al más alto nivel normativo el derecho a no ser obligado a un tratamiento sanitario salvo previsión legal expresa, que en ningún caso podrá violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana (art 32.2 de la Constitución italiana). El Código Civil francés (art. 16-3) dispone que no puede atentarse contra la integridad del cuerpo humano más que en caso de necesidad médica para la persona y previo consentimiento de la misma, salvo que por su estado sea preciso llevar a cabo una intervención terapéutica a la que ella misma no pueda consentir. Así se expresa en la Declaración sobre la promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, promovida en el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud y, más recientemente, en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (conocido como Convenio sobre los Derechos del Hombre y la biomedicina) firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor en España desde el 1 enero de 2000. Este último tiene una singular importancia porque constituye el primer instrumento internacional con carácter jurídicamente vinculante en la materia, dirigido a establecer un marco normativo común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. Ruiz Miguel, Alfonso. *op. cit.*, p. 148.

también en límite de las actuaciones privadas, aunque con diferentes estándares y exigencias. Son derechos que vinculan a todos y que, por tanto, tienen eficacia en las relaciones entre médico y enfermo, principio que se conoce también como de *eficacia horizontal* frente a terceros o entre particulares.

Lo cual no quiere decir que estos derechos constitucionales puedan ser invocados para eludir las obligaciones nacidas de relaciones jurídicas privadas entre el paciente, el médico y el centro sanitario. Pero tampoco pueden esgrimirse los principios que rigen dichas relaciones para impedir al paciente el ejercicio legítimo de sus derechos a la libertad, integridad o intimidad, etc. (23).

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

¿Es entonces el *consentimiento informado* un derecho fundamental autónomo?

El interés de la discusión no es sólo teórico, puesto que de una u otra conceptualización derivan importantes consecuencias jurídicas. Se trata de categorías jurídicas diferentes, los derechos son una cosa y sus garantías otra, aunque sean compatibles entre sí y, en ocasiones, recíprocamente referentes (24).

---

(23) SSTC 14/1993, de 18 de enero; 134/1994, de 9 de mayo; 94/1995, de 19 de junio y 186/1996 de 16 de enero y 25 de noviembre.

CÁMARA VILLAR, G., *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*. Madrid, 1993. Corcuera Atienza, J. *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Madrid, 2002.

STS, 3/2001, Sala de lo Civil, de 12 de enero. «El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.» También el Tribunal Constitucional ha argumentado que el *consentimiento informado* no contiene propiamente una *garantía* sino un *derecho fundamental*. STC 122/2004 de 12 de julio. STC 94/2003, de 19 de mayo.

(24) ARAGÓN REYES, M., *Constitución y Democracia*. Tecnos, Madrid 1989.

Pero el *consentimiento informado* no es un derecho fundamental, como a menudo se afirma por aquellos que confunden los medios con los fines. El *consentimiento informado* es un instituto con relevancia constitucional, un instrumento, un procedimiento, creado para asegurar los derechos fundamentales del paciente, haciendo que quede constancia cierta no solo del conocimiento y de la aceptación de un tratamiento que afecta a su esfera más íntima, a sus más elementales derechos, sino también a su libertad de elección (25).

Por eso el *consentimiento informado* debiera estar protegido *como si fuera un derecho fundamental*, pero no lo es, ya que en sí mismo no es un derecho, sino un mecanismo jurídico de aseguramiento, que hace plenamente normativos los derechos del paciente. Una garantía, una exigencia dirigida al legislador, para salvaguardar y defender la integridad de sus derechos, ya que el estar enfermo no puede suponer una limitación no justificada de estos que incluyen también deberes positivos por parte de los poderes para hacerlos efectivos, y que adquieren especial fuerza y relevancia en el ámbito sanitario, donde el derecho fundamental puede quedar vacío de no desarrollarse, por parte de los poderes públicos, garantías específicas para su defensa ante la situación de especial debilidad y vulnerabilidad en la que se ejercen.

El *consentimiento informado*, tiene, por tanto, una función encadenada de servicio al derecho fundamental correspondiente, y ello, como escribe la profesora Teresa Freixes, implica una obligación para el Estado de actuar positivamente mediante la regulación de sus procedimientos (26).

---

(25) Esta tendencia a considerar como derecho fundamental autónomo a todo instituto necesario para su defensa, puede contribuir a la banalización de ambas categorías.

SSTC 14/1993, de 18 de enero; 134/1994, de 9 de mayo; 94/1995, de 19 de junio y 186/1996 de 16 de enero y 25 de noviembre. Aragón Reyes. M. *Constitución y Democracia*. Tecnos, Madrid 1989.

(26) FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y Derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional*. Barcelona, 1992. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, pp. 54 y ss. Ferrajoli. L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, 2005, pp. 78 y ss. Pérez Luño, A., *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1984, pp. 23 y ss.

En este sentido, el *consentimiento informado* no es más ni menos, que un mecanismo jurídico que hace posible en el ámbito sanitario el contenido objetivo de los derechos fundamentales. Una norma organizativa del sistema, un procedimiento específico mediante el cual se aseguran, en estas especiales circunstancias, los derechos del paciente.

Por eso lo calificamos como un instituto constitucionalmente relevante, porque sin estar recogido explícitamente en la Constitución, se impone al legislador y se concreta en los términos que la ley establece, lo que significa que el *consentimiento informado* es una garantía de estricta configuración legal o, lo que es igual, que por silencio de la norma constitucional le corresponde al legislador precisar y desarrollar su contenido. Lo que la Constitución exige al legislador, es la regulación de unos procedimientos de actuación para la realización de las actuaciones médicas en términos que sean reconocibles, practicables y efectivos para la defensa de estos derechos, y ello viene determinado, en buena medida, por las características de cada uno de estos derechos y por la aplicación que de los mismos se lleve a efecto en cada ámbito concreto (27). Pero sin olvidar que al ser una garantía que deriva directamente del derecho fundamental, sus aspectos más generales debieran regularse en una Ley Orgánica.

Resulta difícil concebir la efectividad de los derechos fundamentales implicados en las prácticas médicas sin un procedimiento como este, y que forma parte del contenido de cada uno de estos derechos y cuya concreción, por tanto, no puede quedar absolutamente al capricho del legislador (28).

---

(27) Ver el interesante trabajo del profesor de Cabo Martín, c. «Democracia y derecho en la crisis del Estado Social» en *Sistema*, núm. 118-119, Madrid, 1994. El TC afirma que todo derecho subjetivo implica la posibilidad de solicitar el apoyo del poder público para vencer la resistencia a su ejercicio por parte de terceros y, además, por supuesto, que en todo derecho fundamental tal posibilidad se extiende incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir esencialmente el contenido fundamental del derecho. Véase la STC 120/1990 tantas veces citada.

(28) CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989. STC 154/2002, de 18 de julio FJ 9, una de las primeras en reconocer que también en el ámbito hospitalario son de aplicación los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. «Ahora bien, lo que

#### 4. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PACIENTE

Pero ¿qué clase de garantía constitucional es el *consentimiento informado*?

El Tribunal Constitucional recogió desde sus primeras sentencias la terminología de *garantías institucionales*. Eso sí, con grandes discrepancias entre los propios magistrados. No obstante, el hecho de que el *consentimiento informado* no esté recogido expresamente en la Constitución, prácticamente descarta, por el momento, que pueda catalogarse como una de esta clase de garantías, pero no creo que ello sea obstáculo para poder calificarla como una garantía «interna» de los derechos implicados, ya que no tiene porque sorprender que la Constitución no exprese todas las garantías particulares, ni mecanismos de aseguramiento de cada Derecho, ni de éstos en cada ámbito de aplicación, entre otras razones porque el conjunto de garantías no puede quedar petrificado, necesita actualizarse, adaptarse a las nuevas realidades con nuevos institutos que se agotan en el mandato dirigido al legislador, siendo la ley la que les da contenido jurídico, porque un derecho fundamental es el poder o conjunto de poderes jurídicos que permiten hacer valer estas facultades garantizadas por el Derecho frente a todos (29).

---

fundamentalmente interesa es subrayar el hecho en sí de la exclusión del tratamiento médico prescrito, con independencia de las razones que hubieran podido fundamentar tal decisión. Más allá de las razones religiosas que motivaban la oposición del menor, y sin perjuicio de su especial trascendencia (en cuanto asentadas en una libertad pública reconocida por la Constitución), cobra especial interés el hecho de que, al oponerse el menor a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, estaba ejercitando un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE)».

(29) Sin olvidar que, como ya se ha dicho, el *consentimiento informado* como garantía, si está reconocido en declaraciones como la Carta Europea de Derechos Fundamentales o el CEDH y que el TC y el propio TS exageradamente lo han catalogado como derecho fundamental autónomo. Véase Cámara Villar, G. *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, op. cit. Cruz Villalón, P. «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *REDC*, nº 25, Madrid, 1989. Balaguer Callejón, Francisco (coordinador). *Derecho Constitucional*, vol II (2ª ed.). Madrid, 2003. Freixes, T. *Constitución y derechos fundamentales, I. Estructura jurídica y función constitucional*. Op. cit.

El *consentimiento informado* no es más que un mecanismo de garantía, un haz de facultades jurídicas atribuidas al paciente para defender sus derechos frente a cualquier clase de actuación médica. Por tanto, la garantía del *consentimiento informado* tiene una función encadenada de servicio al derecho subjetivo, al derecho fundamental correspondiente, y ello implica también una obligación para el Estado de actuar positivamente.

En la mayoría de los casos, la garantía resulta del propio texto constitucional (30) y en otros, la técnica idónea surge de la interpretación que se haga del objeto y contenido, de la necesidad, porque cuando la Constitución opta por configurar un derecho fundamental como un derecho de libertad, de intimidad o de integridad, en realidad lo que ha querido, es regular también el uso de los instrumentos necesarios para hacerlo efectivo, en unos casos expresamente y en otros implícitamente.

El instituto del *consentimiento informado* al que nos estamos refiriendo se deduce por tanto del contenido del derecho fundamental a la libertad, integridad e intimidad, e incluso puede generar, derechos subjetivos concretos a su titular, cuya lesión lo será también al propio derecho fundamental al que protegen, porque la finalidad de este tipo de garantías es la de ser un mandato al legislador para que asegure el objeto mismo del derecho fundamental mediante la creación de procedimientos cuya función es hacer posible su realización.

En definitiva, y teniendo en cuenta que posiblemente la categoría del *consentimiento informado*, todavía no ha cristalizado lo suficiente, nada impide, por el momento, acudir al concepto *general de garantía* (31)

---

(30) Por ejemplo: la libertad de asociación, art. 22, o el derecho de prestación a favor de los centros docentes. Ver Damián Moreno, J. *La reforma procesal civil, penal y administrativa de 1992. Estudio sistemático de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*. Madrid, 1992. Gallego Anabitarte, Alfredo. *Derechos fundamentales y garantías institucionales. Análisis, doctrina y jurisprudencia. (Derecho a la educación, Autonomía local, opinión pública)*. Universidad Autónoma de Madrid, 1994. Parejo, A. *Garantía institucional y autonomías locales*. Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981.

(31) DAMIÁN TRAVERSO, J., *Educación y Constitución*. Servicio de Publicaciones del M.E.C., 1978. Los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, suponen la facultad de actuar libremente, de configurar positivamente un ámbito vital del individuo, y sólo cuando son lesionados estos derechos surge la facultad de defensa.

para complementar y servir a los derechos de libertad e integridad en el ámbito médico. Garantía que dota de eficacia al derecho, imponiendo a los poderes públicos la obligación de desarrollar el mecanismo de acuerdo con la naturaleza fundamental que protege al constituirse en objeto del derecho fundamental mismo (32). Por tanto, dicho instituto será desconocido por el legislador, cuando sea limitado de tal modo que se le prive prácticamente de sus posibilidades de existencia real, para convertirse en un simple nombre.

El *consentimiento informado* debe ser un procedimiento ágil y sencillo, por encima de la *lex artis* y de la voluntad contractual de las partes. Debe ser un procedimiento plenamente verificable, vinculante, de lo contrario el *consentimiento informado* no es efectivo, no asegura el respeto esencial de los derechos en las actuaciones médicas, sería un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual implicaría un grave menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales a los que nos estamos refiriendo.

Ciertamente, al no encontrarse comprendida expresamente la garantía del *consentimiento informado* en los preceptos que regulan estos derechos, no pueden extenderse a la misma, en toda su efectividad, las garantías del artículo 53 de la Constitución, y con estas la reserva de Ley Orgánica o el recurso de amparo, ya que el entendimiento estricto de esta reserva impide que la misma se amplíe más allá del ámbito propio del derecho fundamental. Lo cual no quiere decir que resulte recomendable y necesario, que cierta parte de la normativa que regula el *consentimiento informado*, esencialmente aquella que afecte más directamente al contenido de los derechos fundamentales que hemos estudiado, deba adoptar, la forma y el rango de Ley Orgánica (33). Ni que determinados tratamientos médicos, realizados sin consentimiento, por

---

(32) STC 178/2001. 17 de septiembre. Cruz Villalón, P. «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 25, 1989.

(33) Como es sabido, para el TC los derechos fundamentales y libertades públicas cuyo «desarrollo» está reservado a la Ley Orgánica por el art. 81.1 de la Constitución, son los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I (arts. 15 a 29 más el 14 de la CE) y no cualesquiera otros derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional. SSTC 5/1981, 76/83 de 5 de agosto; 160/87, de 27 de octubre; 127/1994 y 212/1996.

sus consecuencias en los derechos fundamentales del paciente, deban disponer de la posibilidad del recurso de amparo ante el TC.

En fin, que resulta difícil concebir la efectividad de los derechos fundamentales implicados en las prácticas sanitarias sin un procedimiento que responda a una serie de exigencias constitucionales, procedimiento éste que forma parte del contenido de cada uno de estos derechos fundamentales, y cuya concreción, por tanto, no puede quedar absolutamente al capricho del legislador, porque debe definir qué expectativas de conducta están protegidas por el derecho fundamental y cuáles son las facultades y poderes jurídicos a disposición del titular, sea para su disfrute o sea para hacerlo valer frente a los profesionales de la medicina. A su vez, este procedimiento de garantía dota de seguridad a las actuaciones médicas, al clarificar lo que el profesional jurídicamente debe o puede hacer en cada caso.

Ello no quiere decir que la concreta regulación del espacio en el que se proyecta el instituto del *consentimiento informado* deba estar sujeta a las exigencias que le impone el régimen constitucional de los derechos fundamentales. El que la garantía del *consentimiento informado* se deduzca del derecho fundamental a la libertad, a la integridad y a la intimidad, en sus diferentes concreciones, no quiere decir que deba asegurarse o incluso imponerse un contenido concreto fijado de una vez por todas. Como ya se ha dicho, esta garantía se agota en el mandato dirigido al legislador y es la ley la que le da contenido jurídico. Lo que se exige es la regulación de unos procedimientos de actuación en las actuaciones médicas en términos que sean reconocibles, practicables, y efectivos para la defensa de estos derechos, y ello viene determinado, en buena medida, por las características de cada uno y de la aplicación que de los mismos se lleve a efecto en cada ámbito concreto.

Pero, aun hoy en día, esta idea del *consentimiento informado*, como un instituto constitucionalmente relevante, una garantía de los derechos fundamentales del paciente, no es dominante, porque no logramos desprendernos del todo del principio de beneficencia y de la idea de *bien* o de «pureza» como motor de las acciones médicas (34). Como no

---

(34) SIMÓN, P., *El consentimiento informado. op. cit.*, p. 169. GRACIA, D. *Ética y vida: estudios de bioética*. Volumen II. Bogotá, p. 56.

podría ser de otro modo, se admite que dichas actuaciones médicas están condicionadas a la realización más efectiva de los derechos que se reconocen bajo el presupuesto de la autonomía personal, pero se suele añadir que también la acción médica tiene que estar dirigida a hacer profesionalmente *el bien* y que esta voluntad en sí misma ya es la principal garantía (35).

Por supuesto que la actuación de los sanitarios está dirigida, enmarcada, por normas legales, *costumbres*, *protocolos*, *lex artis*, *códigos de conducta deontológicos* (a los que sería bueno cambiar los nombres y contenidos) y que las actuaciones contrarias a éstos generan responsabilidades de carácter civil y administrativo. Pero lo que aquí nos interesa, a lo que nos estamos refiriendo, es a una clase de normas jurídicas que concretan un mecanismo relevante constitucionalmente para la realización y vigencia efectiva de estos derechos que vinculan a todos y a toda clase de actuaciones médicas, y cuyo incumplimiento debe ser catalogado como una lesión directa a un derecho fundamental de libertad, integridad o intimidad (36). Lo cual, consecuentemente, debería

---

(35) Esto es lo que dice la Ley 41/2002 sobre los derechos de los pacientes. Según Javier Sánchez-Caro y Fernando Abellán en *Derechos y deberes de los pacientes*. Granada, 2003, p. 8). «*De otra parte, esta Ley, a pesar de que fija básicamente su atención en el establecimiento y ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, dedica a esta cuestión diversas previsiones, entre las que destaca la voluntad de humanización de los servicios sanitarios. Así mantiene el máximo respeto a la dignidad de la persona y a la libertad individual, de un lado, y, del otro, declara que la organización sanitaria debe permitir garantizar la salud como derecho inalienable de la población mediante la estructura del Sistema Nacional de Salud*» (ídem, p. 73). No se admite del todo, definitivamente, que el objetivo y la finalidad de la actividad profesional del médico sea respetar y realizar, lo más profesionalmente posible, la voluntad del enfermo, curarlo si desea ser curado y con los procedimientos que éste autorice, respetando siempre su decisión informada, incluso en los casos en que opte por lo que otros consideren un error o un mal, o incluso cuando se incline por el sufrimiento, o la propia muerte.

(36) STS (Sala de lo Civil) de 24 de mayo de 1995, F.9, en la que se mantiene de una forma muy clara que el *consentimiento informado* forma parte de la *lex artis* y es una norma tanto deontológica como legal «*que todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber*». Afirma a continuación que: «*Cuanto antecede lleva a entender que el doctor C., con su conducta omisiva, vino a desconocer la obligación impuesta por la lex artis en el aspecto concreto indicado de haber prescindido del consentimiento de la paciente*. Una sentencia de la Audiencia de Oviedo, citando la sentencia del TS señalada, llega a afirmar que la relación médico-paciente, en relación con el consentimiento informado, «*puede calificarse como un «híbrido» ya que, según las tesis más actuales, sin dejar de perder su*

comportar las correspondientes responsabilidades, que en determinados supuestos, y por su gravedad, deberían ser incluso penales, porque lo que protege la Constitución con esta garantía es el núcleo básico del derecho (37) como preservación de la autodeterminación sobre nuestro propio cuerpo, en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, y ello no es sustancialmente distinto de lo protegido por el derecho fundamental. Por eso resultaría de lo más conveniente que la parte más esencial de este procedimiento, aquella que afecta más directamente a los derechos fundamentales que resultan implicados en esta clase de actuaciones, dispusiera del rango normativo requerido para su desarrollo y limitación.

En este sentido, y a partir de lo dicho, la Constitución, al reconocer el derecho a la libertad, a la integridad y a la intimidad frente a todos, reconoce implícitamente la garantía del *consentimiento informado* como el procedimiento para posibilitar la efectividad de los mismos en el ámbito sanitario, pero al no estar especificada esta garantía en la Constitución, se concreta *en los términos que la ley establezca*, lo que significa que el *consentimiento informado* es una garantía de estricta configuración legal o, lo que es igual, que por silencio de la norma constitucional (38) le corresponde al legislador precisar y desarrollar su contenido con pleno respeto, eso sí, al contenido protegido por los derechos que garantiza. En este sentido, las leyes que lo desarrollen con el rango correspondiente, deben determinar y concretar los procedimientos y las facultades precisas que aseguren su efectividad como procedimiento de garantía de los derechos fundamentales, de acuerdo con los principios recogidos de forma general en el artículo 53 de la Constitución.

---

*naturaleza de arrendamiento de servicios, se asemeja, en cuanto a las expectativas de resultado, a un contrato de arrendamiento de obra. Lo califica de contrato de arrendamiento de servicios, tipificado por el resultado».*

(37) STC 32/1981, de 28 de julio.

(38) Hay, por tanto, un contenido esencial del *consentimiento informado* que coincide, en términos generales, con las potestades enumeradas en las normas de desarrollo de los derechos fundamentales. Ello significa que el juicio sobre la norma de la que nace la obligación de informar y consentir antes de iniciar una actuación médica, habrá de partir de los contenidos de las leyes orgánicas de desarrollo de estos derechos y la doctrina del TC, que establece su alcance y significado.

Ciertamente, el régimen del *consentimiento informado* como garantía de los derechos es mutable, adaptable a los cambios y situaciones (39), ya que la fijación de estas condiciones básicas del *consentimiento informado* no puede implicar, en ningún caso, el establecimiento de un régimen uniforme para todas las actuaciones, sino que debe permitir opciones diversas y graduación de las responsabilidades. Una garantía de esta naturaleza también implica para al legislador una obligación, pero se trata de una obligación que debe concretarse en función de las clases de tratamientos, los centros, incluso de los lugares geográficos en los que se realice (40).

Lo importante es que el legislador reconozca la necesidad de preservar este núcleo esencial que preserva el Art. 53.1 de la Constitución y que está constituido por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de los derechos y no rebase o desconozca el contenido necesario del *consentimiento informado* mediante limitaciones o sometimientos que la conviertan en una proclamación retórica.

Por supuesto, esta conceptualización del *consentimiento informado* como instituto constitucionalmente relevante no excluye las limitaciones que al mismo imponen otros derechos fundamentales o la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su restricción o las limitaciones propias del servicio público, que se ponen de relieve en las normas que lo desarrollan. Pero ni aquellas limitaciones, ni su configuración dentro de un servicio público, pueden desvirtuar su carácter de garantía ligada a los derechos más fundamentales, que como es sabido sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente establece, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma, al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos. En cualquier caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable, y deben ser necesarias para

---

(39) STC de 28 de julio de 1981.

(40) STC 5/2004 de 16 de enero. También la STC 141/2004, de 13 de septiembre, en relación con la 76/2003 de 23 de abril, que señala a los colegios profesionales como una garantía institucional.

conseguir el fin perseguido (41) atendiendo a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el resultado (42) y, en todo caso, respetando el contenido esencial del derecho (43).

## 5. REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Pero no es esta, ni mucho menos, la situación en nuestro país. En los años setenta, se consideraba que la relación médico-paciente era una relación privada especial sometida al criterio superior del profesional regulado en los *códigos deontológicos*. Más adelante, el *consentimiento informado* se ha ido reconociendo, primero en relación a procedimientos especiales: trasplantes, hemodonación, nuevas técnicas de reproducción asistida y el aborto. Pero junto a estas normas iniciales, se continuaron aprobando *códigos deontológico*, como el elaborado por la Organización Médica Colegial en 1999, y que es un buen exponente de lo que se ha dicho.

En este código, la obligación de informar sólo se exige ante riesgos significativos, de forma «*suficiente y ponderada*», y de una manera que debe «*cuantificar el médico*». Pero lo peor es la confusión entre *consentimiento informado* y su registro escrito y la equiparación de la incapacidad con la minoría de edad. Una constatación más de que en nuestro país, todavía se ve el *consentimiento informado* como un peligro de ingerencia.

---

(41) STC 13/1985, de 31 de enero, F 2: «*La resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada añadiéndose (fundamento jurídico quinto) que las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido*».

(42) STC 37/1989, F. 7, de 15 de febrero. Así pues, para que una intervención médica en contra de la voluntad del paciente respete las exigencias del principio de proporcionalidad, será preciso: a) Que sea idónea, apta, adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella. b) Que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin. c) Que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con el fin.

(43) SSTC 11/1981, de 8 de abril, F. 10; 196/1987, F. 4, de 11 de diciembre; 12/1990, F. 8, de 29 de enero y 137/1990, de 19 de julio, F. 6. SSTC 66/1995, de 8 de mayo. También SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 56/1996, de 15 de abril, 120/1990, de 27 de junio, 7/1994, de 17 de enero y 143/1994, de 9 de mayo.

Hay que dejar constancia de la muy deficiente regulación de este Instituto en la Ley General de Sanidad, que no ha sido totalmente corregida por la Ley de Bases de los Derechos del Paciente y las correspondientes normativas reguladoras de Comunidades Autónomas como Cataluña, Navarra, Galicia, Extremadura o Andalucía. Pero lo más grave es que ninguna de las normas estatales dispone de una parte mínima, común, con el rango que se exige constitucionalmente a las leyes que limitan derechos fundamentales.

Según parece, a la hora de promulgar la Ley Básica 41/2002 ya se planteó la necesidad de que la regulación se realizara mediante una norma con rango de Ley Orgánica, al considerar acertadamente que la ley afectaba a los derechos fundamentales regulados en la Constitución. Pero, incomprensiblemente, los redactores, con la peor de las técnicas legislativas, entendieron que el contenido no afectaba a derechos, al ser, según se dijo, una norma armonizadora que no añadía nada a la regulación vigente ni afectaba a los derechos de los pacientes.

Toda esta dispersa y contradictoria regulación legal del *consentimiento informado*, que algún autor, no sin razón, ha llegado a calificar de caótica, ha favorecido que una gran parte de la doctrina, singularmente médica, tenga que esforzarse en escribir y actualizar constantemente publicaciones sobre el *consentimiento informado*, recopilando las resoluciones y sentencias de todos los órdenes judiciales, buscando así la claridad y seguridad jurídica que la deficiente legislación no les aporta.

Esta necesidad de concreción y clarificación normativa es mayor, si cabe, ante las posibilidades que ofrecen los nuevos tratamientos curativos, especialmente genéticos, que suponen un cambio cualitativo de tal naturaleza y trascendencia que la garantía del *consentimiento informado*, tal y como se ha explicado, ya no resulta adecuada ni suficiente, y ello está produciendo mucha incertidumbre y discusión entre los juristas, que están intentando desarrollar específicos institutos o introduciendo nuevos caracteres a los existentes para asegurar, no sólo la libertad de los progenitores sino, y en mayor medida, la protección de aquellos óvulos que van a ser congelados, manipulados en sus primeras células o

adoptados, ya que, con las nuevas tecnologías genéticas, la persona podrá, en gran medida, modificarse a sí misma y a su descendencia.

## 6. CONSENTIMIENTO INFORMADO Y BIOÉTICA

¿Cómo debe ser el *consentimiento informado* en las decisiones sobre el uso de un embrión congelado o sobre su programación genética, o incluso en la optimización genética o curación genética? ¿Quién debe consentir? ¿Quién puede decidir por un paciente que todavía no existe?

Los primeros pasos han provocado ya una encendida discusión entre los portavoces de la ciencia organizada y las diversas iglesias, en lo que parece un retorno al viejo tema del «creer» y del «saber», a la oposición de razones seculares frente a razones religiosas que reclaman que el óvulo fecundado fuera del claustro materno, tenga el estatus de portador de derechos humanos.

Pero la mejora de las expectativas de vida es algo que necesariamente hay que considerar, y ello justifica el uso y la experimentación con óvulos fecundados. La manipulación de óvulos fecundados, sobre todo si está bien hecha, no tiene por qué ser más alienante que el azar y la herencia, porque lo que hace a las personas individuales no es el genoma, sino un tipo de genoma singular e irrepetible. Ahora bien, es necesario vigilar y controlar meticulosamente la desconocida liberalización del mercado óvulos y de su manipulación genética (44).

¿Pueden los padres sustituir el *consentimiento informado* del futuro ser para que se le manipule un determinado gen o para que sea adoptado diez años después de ser congelado? Partiendo siempre de que en la selección de embriones, se seleccionan geno-tipos, no niños, y que

---

(44) Para estos temas resulta ilustrativo leer a Lee M. Silver. *Vuelta al edén*. Madrid, 1998. La nueva Ley 14/2006 de técnicas reproducción asistida, permite que una pareja conciba un niño que sirva como donante para salvar a su hermano enfermo. Horkheimer, M. *Materialismo, física y moral*. Madrid, 2001. p.123· Savater, F. *El valor de elegir*, cit., p. 74. Ver la Ley de Investigación Biomédica aprobada por el Congreso de los Diputados, el pasado 14 de junio.

estas terapias no modifican la naturaleza, no son algo anti-natural. El virus de la viruela era parte del orden natural hasta que fue extinguido, y no nos lamentamos por ello. La evolución humana, por suerte, no ha terminado (45).

Además, todo lo que sea posible será hecho por alguien en algún lugar, en algún instante, porque los hechos no pueden ignorarse, aunque deben regularse, dirigirse, limitarse y en su caso prohibirse, pero no es deseable ni tenemos la capacidad de hacer que dejen de existir por muy preocupantes que sean, para algunos, las amenazas. El derecho no puede impedir la selección o incluso la modificación de embriones, lo que puede/debe hacerse es regularla, orientarla, controlar su uso con el Derecho y el poder del Estado, ya que el Derecho, como la virtud, es una invención nuestra, por eso los derechos son históricos y no verdades eternas, nacen gradualmente, en determinadas circunstancias, y suponen el mínimo esencial y necesario para que cada uno elija sus diferencias (46).

Pronto será fácil obtener células para clonar, es decir, para sacar una célula «gemelo» de una persona ya viva. Lo preocupante y jurídicamente complicado es pensar cómo se garantiza el conocimiento y el consentimiento. Además la clonación, por ejemplo, fabrica embriones sin *concepción*, igual que los denominados pre-embryones (para no llamar embriones a lo que se congela) que en todos los casos, en los primeros días, son un grupo de células iguales a otras de nuestro cuerpo, pero con un potencial distinto, y precisamente esto es lo que justifica una regulación diferente, pero ¿con qué grado de concreción y de prohibición hay que hacerlo? (47).

---

(45) Recientemente se ha presentado en España la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO que fue aprobada en octubre de 2005. En el acto de presentación, la Catedrática de Derecho Constitucional y miembro del Comité de ética de la UNESCO Yolanda Gómez, hizo hincapié en el valor jurídico internacional de la Declaración como criterio orientador. Ver la Ley de Investigación Biomédica aprobada por el Congreso de los Diputados, el pasado 14 de junio.

(46) Ver la Ley de Investigación Biomédica aprobada por el Congreso de los Diputados, el pasado 14 de junio.

(47) En nuestro país, la primera Comunidad Autónoma en regular la clonación terapéutica ha sido Andalucía. Por su parte la Ley de Investigación Biomédica, prohíbe explícitamente

Otro problema jurídico que habrá que plantearse y resolver con urgencia, es determinar claramente por razones de seguridad jurídica, en que momento empieza la vida humana, la vida racional, en que momento se es persona y con ello titular de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución. Santo Tomás de Aquino dijo que empieza a las seis semanas del nacimiento, para los niños pero trece para las niñas, antes de este momento los embriones se consideraban parte del cuerpo de la madre. Lo realmente sorprendente y grave es que en nuestro ordenamiento no se concreta este momento, no hay una norma que establezca el momento concreto del nacimiento en que pasamos de la categoría de nasciturus a la de personas (48).

En definitiva, que la terapia genética con embriones o células madre no tiene nada que ver con la cría de humanos, ni con las medidas de carácter eugenésico. Puede resultar algo exagerado, como propone

---

la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación, aunque permite el uso de técnicas de transferencia nuclear «clonación terapéutica» con fines curativos o de experimentación, es decir se prohíbe la clonación de seres humanos pero no la investigación con células madre embrionarias.

(48) No comparto la posición que se mantiene en el capítulo de Aláez Corral en la página 87 del manual *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, de Bastida Freijedo, Francisco J. Y otros autores. Madrid, 2004*, ya que en el campo del Derecho público, el origen de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser la que para los derechos patrimoniales viene establecida en el CC en los artículos 29 y 30, «*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*». Y estas condiciones son: «*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*». ¿Qué se quiere decir? Que durante este espacio de tiempo el nacido no es titular del derecho a la vida. A pesar de no existir una norma jurídica que lo aclare, con todas las discusiones generadas, la Sala 2ª del TS hace mucho que no mantiene una postura que sería tan contraria al artículo 15 de la Constitución. Enrique Peñaranda Ramos, «La protección de la Vida y la Salud Humana entre sus fases Prenatal y Postnatal de desarrollo», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, nº 11, enero 2003. No obstante, incomprensiblemente, en la práctica diaria de todos nuestros hospitales se califica como muerte abortiva la que se produce antes de las veinticuatro horas siguientes al nacimiento. Incluso los formularios del informe de la seguridad social son de color diferente, amarillo cuando se produce antes de las 24 horas y verde cuando se produce después. Es un tema que dejamos aquí para abordarlo como es debido, cuando terminemos éste. Habermas, J. *El futuro de la naturaleza humana*, cit., p. 49.

Habermas, llamar de la misma forma a las intervenciones genéticas terapéuticas, que evitan males, y a las perfeccionadoras de la naturaleza humana, realizadas a costa del individuo. La eugenesia es un programa de mejoramiento de una determinada raza. Por el contrario, la mejora que se procure cada uno, mediante manipulaciones genéticas o cirugía estética, es algo que está protegido por nuestras facultades de autodeterminación (49).

La concepción al modo tradicional ya no es el único modo de dar inicio a la vida, a la existencia, y esto provoca, además, la transformación de la categoría de padre y madre. La madre que hace un hijo clon no sería realmente la madre, sino la hermana genéticamente gemela, y los posibles hijos del hijo clon, serán también hijos genéticos de la madre, que por tanto no será exactamente su abuela. Por otra parte, el hecho de que sea igual genéticamente, que tenga los mismos genes, no quiere decir que el clon vaya a ser lo mismo. Pero, la actual formulación del *consentimiento informado* no resulta suficiente para proteger a las futuras personas modificadas genéticamente, ni tampoco se aplica correctamente en los casos de los embriones adoptados, como ha ocurrido hace unos meses en Barcelona, donde ha nacido el primer bebé de un embrión adoptado, tras permanecer congelado siete años, sin que de ello tengan conocimiento los padres biológicos. En todos estos casos, parece lógico que el Estado tenga un protagonismo y control mayores para proteger los futuros derechos del no nacido y evitar los abusos.

---

(49) Resoluciones de la UNESCO 22 C/13.1, 23 C/13.1, 24 C/13.1, 25 C/5.2, 27 C/5.15, 28 C/0.12, 28 C/2.1 y 28 C/2.2, por las cuales la UNESCO se comprometió a promover y desarrollar la reflexión ética y las actividades conexas en lo referente a las consecuencias de los progresos científicos y técnicos en el campo de la biología y de la genética, respetando los derechos y las libertades del ser humano. Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO. Véase STC 116/1999 en relación con la Ley de Reproducción Asistida de 1988. Ley 42/1988, de 28 diciembre, de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. STC 212/1996. Ver Ley de Investigación Biomédica. La ley que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo no modifica el artículo 108 del Código Civil, que limita la filiación matrimonial a «cuando el padre y la madre están casados entre sí». Habermas, J., cit., p. 10.

## 7. ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En definitiva, el *consentimiento informado*, en esencia, consiste en elegir y decidir, y elegir es conjugar adecuadamente *conocimiento de nuestro estado, imaginación de cómo podría ser éste después de la actuación médica propuesta y decisión en el campo de lo posible*. La ignorancia y la fuerza vician la voluntariedad de la acción, ya que sólo podemos hacer lo que sabemos, aunque nunca sepamos del todo lo que hacemos, y si hubiéramos sabido más y mejor, seguro que habríamos actuado de otro modo.

Es decir, que en la elección del tratamiento médico, uno de los problemas es la falta de coraje, el otro el creerse ignorante e imposibilitado de comprender el tratamiento propuesto, y para que ello no ocurra, no solamente se necesita información, sino un cierto adiestramiento, una educación que nos prepare para dirigir nuestra propia vida en momentos tan esenciales. Educarse, prepararse para la deliberación, que siempre implica que el rumbo nunca está necesaria e inamoviblemente determinado. Que supone plantear y rectificar planes, pero jamás sufrir de manera inexorable un destino sobre el que no cabe discusión, porque siempre habrá elementos para la decisión y elección. Resulta, pues, que el arte de decidir y elegir el tratamiento deberá ser parcialmente aprendido, enseñado, por eso la información que facilite el médico al paciente debe ser comprensible, con un lenguaje llano, sencillo, con ejemplos que le permitan tomar conciencia de lo que le proponen y de sus consecuencias.

Otro de los requisitos de la información médica es que su forma y contenido debe ser personalizada, individualizada. No hay ciencia del elegir, definida por axiomas y leyes universalmente válidas que puedan aplicarse mecánicamente, científicamente, para todos en todas las ocasiones. En el ámbito del *consentimiento informado*, lo bueno y lo malo será según qué o quién, o según para qué o para quién.

Un mismo tratamiento, para una misma enfermedad, puede ser bueno para unos y malo para otros, y en muchos casos, muchas cosas pueden desempeñar alternativamente el papel de *bueno* y de *malo*, ya que lo que hoy protege y conviene, mañana puede convertirse en una

trampa, del mismo modo que los alimentos que nos nutren, aceleran nuestra destrucción.

El paciente debe ser informado de los motivos, urgencia, importancia, gravedad, alternativas, coste, riesgos, forma, y consecuencias previsibles caso de no realizarse la propuesta de tratamiento. Pero, en relación con el contenido de la información, nada se dice con la suficiente concreción, ni en la normativa ni en la jurisprudencia, de la experiencia concreta del médico en el tratamiento propuesto, ni de los otros doctores y centros que pudieran realizar la intervención, y sin embargo, para poder no solo decidir sino elegir libremente, el médico también debe informar sobre él mismo, sobre su equipo, sus medios en comparación con los de otros, sobre sus éxitos, sobre el equipamiento de la clínica, acerca de las características técnicas del centro y también de los riesgos *personalizados*, es decir, de aquellos que adquieren relevancia por las peculiares condiciones físicas, psicológicas, profesionales o sociales del paciente, y ello debe hacerse mediante procedimientos abiertos de comunicación entre el médico y el enfermo (50).

Además, en aquellas intervenciones que no tengan la naturaleza de *curativas*, la información debe ser mucho más extensa e intensa. En este sentido el TS establece que en el caso de los procedimientos no curativos, por ejemplo de cirugía estética, las obligaciones médicas, aunque sigan siendo de medios, se aproximan notablemente a la de resultados, y de ello deduce el Tribunal, con acierto, que la carga informativa debe ser mayor (51).

---

(50) Esta información deberá incluir: características y naturaleza de la intervención, fines que se persiguen con ella, efectos inmediatos de segura aparición, efectos colaterales o secundarios probables o posibles, consecuencias que tendrá para la forma de vida de paciente, riesgos de la misma. Deberá adaptarse a su nivel cultural e intelectual respectivo, evitando en lo posible el recurso al lenguaje técnico. Artículos 4.1 y 5.2 de la LDP. Es necesario informar, pero ¿de qué? La *lex artis* concretada en los protocolos hospitalarios y la doctrina del TS han establecido un sistema de porcentajes, de tal modo que es necesario informar de todas aquellas consecuencias que al menos en un 10% de los casos puedan producirse, pero se comprueba que estos límites no son seguidos por la doctrina del TS, que en unos casos, en porcentajes de 1%, exculpa al médico, y en otros del 3% los condena. Véase STS 349/1994, Sala de lo Civil, de 25 de abril.

(51) El Tribunal Supremo, en la sentencia citada 349/1994 de 25 de abril, señala que el médico tiene obligación de informar del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico del

En definitiva, el paciente no puede ignorar al menos eso, que ignora y comprender que esta situación frustrante no es transitoria, ni singular, que hay que exigir conocer y saber antes de decidir, pero que la masa de la ignorancia sobre los tratamientos que nos proponen, en cualquiera de los casos, no disminuirá de modo perceptible ni de forma relevante, por mucho que se aplace.

Por eso, llamamos *acto voluntario* no al que concuerda plenamente con nuestros deseos, gustos o expectativas, sino al que menos nos disgusta en un contexto práctico irremediable que no hemos podido elegir y dentro del cual exigimos que se nos informe detalladamente de las alternativas. Si no disponemos de la adecuada información y conocimiento de lo que se nos propone, el consentimiento no puede ser calificado de voluntario. Y para ello, para una decisión libre, también resulta un inconveniente una excesiva actitud de persuasión del médico, persuasión que no tiene nada que ver con la información completa de las alternativas y consecuencias. Lo que no resulta aceptable es que, en base a su dominio de la ciencia y del lugar, el profesional intente persuadir, convencer científicamente al paciente de aquello que considera mejor.

También es un inconveniente el *énfasis* en determinadas informaciones, porque el *énfasis* distorsiona por exceso de intensidad, anula las proporciones, desvirtúa la escala humana. El *énfasis*, hace a las cosas e informaciones médicas irreconocibles, las deforma, conocemos y sabemos lo que nos están diciendo, pero de un modo tan enfático y engrandecedor que ya no podemos estar seguros de saber sus proporciones, sus dimensiones, sus riesgos, sus posibilidades. El *énfasis* necesita poner mayúsculas a todo lo que no las necesita.

---

tratamiento o tratamientos que se propongan, del riesgo que del mismo puedan derivarse, de la posibilidad de que los medios de que se dispongan en el lugar donde se vaya aplicar el tratamiento puedan resultar insuficientes, con el fin de que, si es posible, el paciente opte por dirigirse a otro centro médico que considere más adecuado. STS de 23 de abril de 1992, Sala de lo civil, Información sobre si el tratamiento propuesto es necesario o conveniente y sobre las posibles alternativas. STS 1140/1997, de 16 de diciembre, de información sobre una previsible evolución posterior. STS 19 de abril de 1999 Sala de lo Social, sobre los cuidados y precauciones que el paciente debe guardar tras la realización del procedimiento. Jorge Barreiro, A., *op. cit.*, p. 99 ss. Romeo Casabona, C. M. *El médico y el Derecho penal*, vol. 1º. *La actividad curativa*. Bosch. Barcelona, 1980.

De modo que la libertad de acción y elección de un tratamiento médico está marcada por estas dos constricciones irremediables: los *conocimientos* sobre las posibilidades, opciones, previsiones, alternativas y la *incertidumbre*. Nunca se sabe todo, nunca se está seguro ni se sabe lo suficiente, y con absoluta certeza sabemos que no podemos predecir lo imprevisible, pero necesariamente, inevitablemente, llegado el momento hay que decidir, actuar, arriesgar, sea cual sea la información de que se disponga, porque determinados tratamientos no pueden esperar.

Por tanto, la voluntariedad, la libertad en la decisión, no sólo es el requisito esencial, sino el objetivo mismo del *consentimiento informado*. Dicha libertad desaparece cuando no hay consentimiento o este se emite con alguno de los llamados *vicios de la voluntad*, que en derecho privado son la violencia, la intimidación, el dolo y el error, y que penalmente se corresponden con la amenaza, la coacción y el engaño (52).

Otra cuestión polémica es la determinación del grado de capacidad que debe tener el paciente para consentir un determinado tratamiento, y para ello hay que partir de la naturaleza personalísima de los bienes jurídicos en juego (libertad, vida, salud, integridad...). Por eso, solo el *paciente* es titular de la garantía del *consentimiento informado*, ya que como acto que expresa la libertad de decisión individual es un verdadero acto de autodeterminación personal, con las salvedades y condicionamientos que a continuación se comentan.

La capacidad del paciente para consentir, nada o poco tiene que ver con la capacidad civil o incluso de responsabilidad penal porque, al no afectarse a terceros, es el paciente el que debe tener la última palabra, y ello debe ser así, incluso en los casos en los que se trate de un menor de edad o mayor incapacitado, si se considera que reúne la suficiente capacidad de *entendimiento* y de *discernimiento* para comprender la

---

(52) En el caso del herido que autoriza al cirujano a que le amputen la pierna gangrenada para así poder salvar la vida, el margen es muy pequeño y las circunstancias en estos casos mandan. Se sacrifica la pierna sin quererlo, pero queriendo salvar la vida. En estos casos existe elección, voluntariedad, pero inevitablemente condicionado por las circunstancias. Pero, a pesar de todo lo dicho, un reciente estudio publicado en la revista *British Medical Journal* ha puesto de manifiesto y ha confirmado lo que suponíamos: los pacientes no acaban de entender lo que es el consentimiento informado.

información que se le suministra y la trascendencia de la decisión. En definitiva, que se haga cargo de la situación, siempre que el tratamiento que se le proponga no sea vital o incluso irreversible o determinante para su vida. Pero no es así como lo regula la Ley de los Derechos del Paciente, y en el caso de los menores de edad tampoco hay en el CC una regulación expresa.

En relación con la capacidad, otro problema es establecer quién tiene la competencia para representar y sustituir al paciente. Actualmente, muchos juzgados se inhiben de intervenir, alegando que ésta corresponde exclusivamente al médico, ya que las responsabilidades por la falta de consentimiento solo son administrativas y civiles. En unos casos, se pedirá el consentimiento a los representantes legales, en otros a los familiares o allegados. Y si estos representantes legales o allegados niegan el consentimiento para la aplicación de un tratamiento necesario y favorable, el médico podría acordarlo amparado por la eximente de estado de necesidad (53).

---

(53) LDP 41/2002, artículo 5. 1. Véase la sentencia del Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 8 de junio de 1995, en la que resuelve el caso de un menor al que se realiza una intervención que comporta un riesgo de paraplejia inferior al 1% y, sobrevenida ésta, se solicita la correspondiente indemnización a la Administración sanitaria, por la vía del artículo 106 de la Constitución Española (sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública). Merece la pena destacarse que no se alude en la sentencia a la posible utilización del artículo 162.1 del CC, sobre la madurez del menor. La Sala concluye que *«no ha de considerarse como lesiva en el caso de autos la información de los médicos»*. A ello hay que añadir el art. 162. 3 del mismo Código: *«Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio»*. En el artículo 154.3 del CC, por su parte, se dice que *«si los hijos tuviesen suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten»*. En el ámbito sanitario es de aplicación el artículo 162 1º CC, que exceptúa de la representación legal por patria potestad *«los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»*. STC 154/2002 de 18 de julio. El Artículo 1263 de CC establece que *«No pueden prestar consentimiento: 1. Los menores no emancipados. 2. Los incapacitados. Art. 1264. La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece. Art. 1265. Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo»*. La LORPM (Ley Orgánica de Reforma Penal de Menor) establece limitaciones genéricas de la incapacidad de obrar de los menores de 18 años, dieciséis y catorce años, mientras que el artículo 30 LOPJM (Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor), considera capaces de obrar, con carácter general, a los

Pero la capacidad de las personas capaces, en los tratamientos médicos, depende también de las circunstancias, como estados de demencia transitoria, estar dormido o en situación de embriaguez, estado febril, etc., ya que la capacidad de obrar o ejercicio, a la que nos estamos refiriendo, supone la exigencia de unas mínimas cualidades de conciencia, raciocinio y comprensión en un determinado momento.

Por ejemplo, un paciente adulto en estado de coma, es un incapaz de hecho y de derecho, pero la incapacidad jurídica dictaminada a un esquizofrénico que este medicado, no tiene porque afectar a su capacidad para decidir determinados tratamientos, o al menos no hay razón que justifique que se le incapacite, con carácter general, para adoptar esta clase de decisiones. Como escribe acertadamente el Dr. Szman, la cuestión es formular criterios, que permitan con cierta objetividad y seguridad, establecer cuándo una diferencia o dificultad vicia la voluntad y anula la capacidad para decidir libremente un determinado tratamiento (54).

Además esta decisión, que indudablemente tiene que ser médica, científica, no puede recaer exclusivamente, como hasta ahora, en el profesional, en cualquier médico, porque tiene un componente jurídico que en situaciones de conflicto conviene que sea valorado y dictaminado por especialistas, bien sea con la ayuda de las comisiones de ética o,

---

menores de dieciocho años para la defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Junto a estas normas sectoriales de carácter general, es posible encontrar una multitud de reglas concretas dispersas por la LOPJM y por las distintas normas reguladoras de los derechos fundamentales que modulan y gradúan la aplicación de estos supuestos de limitación de la capacidad de ejercicio a los menores. En definitiva, el hecho de que la Constitución disponga el establecimiento con carácter general de la mayoría de edad a los dieciocho años no invalida la libertad de configuración del legislador para contemplar, en términos razonables y en proporción a las finalidades que se persiguen, las especialidades necesarias en determinados ámbitos y situaciones. Así lo afirma la LO de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, al mantener que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Y sobre todo la LO 1/1996 de 15 de enero 1996, de Protección Jurídica del Menor, que refuerza la capacidad de decisión propia de éste con relación al ejercicio de sus derechos fundamentales.

(54) Ver el interesante trabajo de Szman, N: Linguistic adaptation and validation into Spanish of the Diagnostic Interview for borderline Personality Disorders. Current Medical Research and opinions. Vol. 21, NO. (2005. NY.

en los casos límite y que afecten a menores, por las correspondientes resoluciones judiciales, ya que con la regulación actual corremos el riesgo de convertir al médico en un profesional no sólo de la medicina, sino también de la psicología y el Derecho.

Se suele decir que el juez, en estos casos, no debe intervenir, porque ello nos llevaría a una saturación de la justicia que haría imposible el correcto ejercicio de la medicina. Pero esto no tiene porque ser así necesariamente, bien podría establecerse por ley que, en caso de conflicto, de discrepancia entre médico y representantes legales, en situaciones de gravedad o de duda del propio médico, fuera el juez el que resolviera sobre la capacidad jurídica del paciente (55).

Esta deficiente y dispersa regulación de la capacidad para decidir y consentir un tratamiento médico, en parte fue la causante del gravísimo caso que dio lugar a la STC 154/2002, en la que, tras un proceso lleno de dudas, contradicciones, decisiones médicas defensivas, resoluciones judiciales no cumplidas, en fin un auténtico despropósito, se afectó

---

(55) CC., Art. 1265: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». CC., Art. 1266: «Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo». CC., Art. 1267: «Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona. El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato». CC., Art. 1268: «La violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato». CC., Art. 1269: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». También artículos 169 y 171 del CP.

Para que el error llegue a anular la voluntad es preciso, según la STC 55/2001, de 16 de febrero, que concurren varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada. Es necesario, en segundo término, que la equivocación no sea imputable a la negligencia del paciente. En tercer lugar, el error ha de ser patente por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del paciente, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia. Por todas, STC 96/2000, de 10 de abril y resoluciones allí citadas.

directamente al derecho a la vida de un menor, como consecuencia directa del defectuoso funcionamiento de las previsiones legales, en definitiva un caso lleno de responsabilidades que han quedado impunes y que no ha servido para avanzar las modificaciones legislativas, que un tema de esta importancia requiere (56).

Resulta necesario, pues, precisar el contenido de términos y expresiones como *consciente, mayor de edad, lucidez, o adulto jurídicamente responsable*. Es un problema de enorme complejidad que necesita ser abordado detenidamente, sobre todo a partir del Código Penal de 1995, que introdujo en esta materia algunas modificaciones significativas.

---

(56) El caso más característico y reciente es el del testigo de Jehová. STC 154/2002 de 18 de julio, en la que se mantiene que el derecho a la libertad religiosa comprende un espacio, con dimensión interna, de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso vinculado a la propia personalidad y dignidad individual y también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. Los menores de edad, señala la sentencia, son titulares plenos de sus derechos fundamentales a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y su facultad de disponer sobre ellos puedan decidirlo aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar. Limitado por la condición de garante de los padres respecto de la vida del menor:, exigencia de una acción disuasoria sobre su hijo y principio de concordancia práctica, que exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante. STC 166/1996, de 28 de octubre. Intervención quirúrgica: negativa del médico a realizarla en las condiciones exigidas por el paciente en razón de sus creencias religiosas, esto es, sin transfusión sanguínea: resoluciones judiciales que consideran justificada tal negativa, cuestión de legalidad ordinaria que corresponde apreciarla en exclusiva a los órganos judiciales STC 107/1984, de 23 de noviembre F. 3º. Sólo hay que ver los criterios jurídicos que determinan la capacidad de los menores en el ejercicio de los derechos fundamentales. Artículo 162 del CC. Santos Morón, C. *Incapacitados y derecho de personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*. Escuela Libre editorial. Madrid, 2000, p. 33. Martínez Pereda Rodríguez, J. *La minoría madura*, IV congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de derecho sanitario-Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 1998, p.76. Romeo Casabona, C. M. *El médico y el Derecho penal*. op. cit., p. 320.

Al respecto, véase La Convención de los Derechos del Niño, aprobada en 1989. Exposición de motivos, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas: «*la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*

Otra de las cuestiones que resulta necesario precisar es la referente a las excepciones y límites, es decir, situaciones que justifican la aplicación de actuaciones médicas sin el debido consentimiento del paciente, como cuando el tratamiento está prohibido por el ordenamiento jurídico o resolución judicial mediante la que se resuelve un conflicto de derechos, como el discutido caso de la huelga de unos determinados presos.

Otra excepción se da cuando la enfermedad del paciente supone un peligro serio para los que le rodean o para la salud pública en general. Un problema, en definitiva, de defensa de los derechos de los demás, una cuestión de orden público. Piénsese en las medidas de internamiento forzoso en centros psiquiátricos de enfermos mentales agresivos o enfermedades contagiosas que puedan suponer un auténtico peligro general de contagio (57).

Adolece de muchas ambigüedades la regulación jurídica de la urgencia y la importancia de la actuación médica o el límite conocido como *urgencia vital*, es decir, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización. Así ocurrirá cuando el paciente, por ejemplo, esté inconsciente y no resulte posible esperar a que recupere la conciencia.

También pueden aplicarse este límite a los supuestos denominados de *conocimiento inesperado* en el curso de una intervención quirúrgica, en los que el paciente está anestesiado y no puede demorarse la decisión, aunque en ocasiones este límite se aplica incorrectamente.

---

(57) El artículo 6 del Convenio de Oviedo establece el principio general del mayor beneficio como el que debe guiar las intervenciones en sujetos incapaces. Por su parte, el párrafo segundo establece que las intervenciones en los menores incapaces sólo podrán llevarse a cabo previa autorización del representante legal, y que la opinión de los menores será tomada en cuenta en función de su edad y su grado de madurez. La ley General de Sanidad regula estas cuestiones en el discutido artículo 10.6 de forma muy deficiente: «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas». STC 215/1994, cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juez de Primera Instancia núm. 5 de Barcelona, sobre el artículo sexto de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio, de actualización del Código Penal. Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. 121/000039. Presentado el 06/05/2005 y calificado el 10/05/2005.

Por ejemplo, un determinado juzgado de lo penal absolvió a un cirujano que por error operó la rodilla izquierda de un paciente. El fallo admitió que faltó el consentimiento, pero justificó la acción diciendo «*no existen elementos que indiquen, que si se hubiera preguntado a la enferma esta se hubiera opuesto*».

Otra posible causa de excepción, como recoge el TC, puede ser el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal como la investigación de la paternidad. Así pues, para que una intervención médica pueda realizarse en contra de la voluntad del paciente es preciso: que sea necesaria para la vigencia de otros bienes y derechos preferentes, que sea idónea, apta, adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea imprescindible, esto es, que no exista otro tratamiento menos gravoso, y que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos, no resulte desmedido en comparación con el fin.

Conviene, finalmente, recordar que tampoco la configuración de este procedimiento está convenientemente establecida en su normativa reguladora. Puede decirse que con carácter general, a pesar de la dicción literal del LGS, no hay un requisito formal especial para su validez, sólo es necesario que el consentimiento se manifieste externamente y sea reconocible. Normalmente es oral, aunque en ciertas especialidades conviene e incluso se exige que se realice por escrito, aunque recientemente el TS apoyándose en la LGS, ha vuelto a exigir que siempre sea por escrito, contribuyendo a crear una mayor confusión en los profesionales y en los hospitales, que ya no saben cuál es la forma de consentimiento que resulta legalmente obligatoria.

Otro problema es el gran aumento de formularios de *consentimiento informado* que se registran con el fin de facilitar la prueba. En algunos casos, dichos formularios pueden ayudar al médico, pero en otros pueden llegar a desvirtuar la finalidad de tal procedimiento, buscando solamente la protección de estos ante posibles reclamaciones. Esto suele ocurrir en mayor medida en los casos graves o singulares, con complicadas intervenciones en las que el *consentimiento informado*

consiste en la firma por el paciente de dos páginas editadas, sin personalizar los riesgos ni informar de la experiencia de los doctores, ni de los medios con que cuenta el centro, ni tampoco de los otros profesionales a los que el paciente tiene el derecho a consultar.

Visto así, asistir y ayudar a los enfermos, velar por su seguridad y su vida es deber del Estado, pero también lo es garantizarles su ámbito de autonomía, su dignidad, que es vivir la vida elegida y que en el aspecto médico se traduce en la capacidad de decidir y elegir el tratamiento, es decir, en garantizar al paciente su seguridad, que no es más que el ejercicio de aquellos derechos de los que sigue siendo titular, ya que la obligación de velar por la salud de los ciudadanos no permite considerar a todo enfermo como incapaz.

En definitiva, que desde la libertad, nadie puede cometer un delito contra sí mismo, nadie puede tampoco ni tiene derecho a salvarnos de nosotros mismos, porque, estrictamente hablando, la cuestión no es cómo ser curado, sino cómo deseamos vivir.