



**UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA**

*Facultad de Derecho*

**MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA  
INFORMACIÓN EN LAS RELACIONES SANITARIAS:  
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONSENTIMIENTO  
INFORMADO**

Tesis Doctoral presentada por María Aquilina Sánchez Rubio  
Director de Tesis: Dr. D. Cástor Miguel Díaz Barrado, Catedrático de Derecho  
Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Cáceres, 2007

***Edita: Universidad de Extremadura  
Servicio de Publicaciones***

Caldereros 2. Planta 3<sup>a</sup>  
Cáceres 10071  
Correo e.: [publicac@unex.es](mailto:publicac@unex.es)  
<http://www.unex.es/publicaciones>

## AGRADECIMIENTOS

Poco o mucho mérito habrá tenido la elaboración de esta memoria de investigación pero, sería desagradecida si no hiciese partícipe de ella a mis padres, que siempre estuvieron ahí; a mis hermanos y sobrinos que, en mis horas bajas, me animaron; a mis amigos que supieron esperar y a mis profesores que me condujeron por el camino de la investigación.

Mi gratitud para *Quini*, Paqui, Guadalupe, Teresa, Pilar, Sole, Isa y un largo etcétera, a todas ellas porque a pesar de mis largas y tediosas “charlas” sobre el tema, pacientemente escucharon una y otra vez mis quejas.

No puedo olvidar tampoco a todos los que con su préstamo (Don Juan Jiménez Díaz, Antonio Barrera, Fernando González, M<sup>a</sup> José Moreno, Paco Corcho y los Urólogos del Hospital de Cáceres) o con su buena disposición (Marisa y Loli de la Biblioteca del Complejo Hospitalario y el personal de las Bibliotecas extremeñas) pusieron en mis manos, muchos de los textos a los que he tenido acceso, y especialmente, a la Dra. Ángela Palacios, mi siempre incondicional amiga y *maestra*, que con sus buenas artes *latinistas* me orientó con estos, para mí, difíciles e inentendibles textos.

A mi padre y a *mi madre* porque,  
gracias a sus desvelos, he podido  
hacer realidad mis sueños.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>PRIMERA PARTE. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN .....</b>	<b>17</b>
<b>Capítulo 1º. APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES: CONCEPTOS BÁSICOS RECOGIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO .....</b>	<b>18</b>
1.1.- Antecedentes remotos del nacimiento y afianzamiento de los Derechos individuales del hombre .....	19
1.2.- Primeras normas en el Derecho Constitucional Español: Análisis y condicionantes políticos del proceso .....	35
i.    La libertad de imprenta en el Estatuto de Bayona de 1808 y en la Constitución de Cádiz de 1812. El Estatuto Real de 1834 .....	38
ii.   Constitucionalismo liberal y las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 .....	45
iii.  La modernidad democrática de la Constitución de 1869 y su retroceso en la Constitución de 1876.....	50
iv.   De la II República y la Constitución social de 1931 a las Leyes Fundamentales de la época franquista .....	57
v.    El proceso constituyente y el Artículo 20 de la Constitución del consenso de 1978.....	73
1.3.- Los derechos de la personalidad y su trascendencia, en el ámbito del Derecho a la información, como derechos fundamentales .....	85
i.    Derecho al honor .....	86
ii.   Derecho a la intimidad.....	88
iii.  Derecho a la propia imagen .....	96
1.4.- Fundamento del derecho a la información en la Constitución de 1978: Especial referencia a la Ley General de Sanidad y a la Ley de Autonomía del paciente .....	100
1.4.1.    Principios básicos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica .....	105
i.    Definiciones legales, concepto y contenido del Consentimiento Informado en la ley reguladora de la autonomía del paciente.....	112
ii.   Derecho y deber de información: reciprocidad en su concepción.....	115
iii.  El Consentimiento Informado: Elemento fundamental en la relación médico paciente .....	120

iv.	Alcance y límites del derecho a la información en materia sanitaria.....	122
v.	Capacidad de prestar consentimiento y excepciones a la misma .....	126
<b>Capítulo 2º. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO DE CARÁCTER FUNDAMENTAL .....</b>		<b>129</b>
2.1.-	Fundamentación histórica de los Derechos Fundamentales: Especial referencia al Derecho a la Información .....	130
i.	Modelo Historicista .....	131
ii.	Modelo iusracionalista.....	133
iii.	Modelo positivista .....	135
2.2.-	Delimitación y limitación de los Derechos Fundamentales .....	150
2.3.-	Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información como derecho fundamental.....	163
2.4.-	Problemas por colisión de Derechos y resolución de conflictos. Referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales.....	186
i.	Colisión de derechos.....	186
ii.	Resolución de conflictos.....	191
iii	Referencia a la tutela jurisdiccional.....	198
<b>SEGUNDA PARTE. DERECHO A LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN: SIGNIFICADO, CONTENIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....</b>		<b>204</b>
<b>Capítulo 3º. ELEMENTOS QUE DEFINEN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA LUZ DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE .....</b>		<b>205</b>
3.1.-	El Consentimiento Informado .....	205
3.1.1.	Aproximación doctrinal y jurisprudencial al concepto general del Consentimiento Informado .....	207
3.1.2.	Límites al Consentimiento Informado.....	213
i.	Autonomía de la voluntad del paciente .....	216
ii.	La protección de su salud .....	219
iii.	La protección de la salud pública .....	224
3.1.3.	<i>Lex artis ad hoc versus malpraxis</i> .....	225
3.1.4.	Fundamentos del Consentimiento Informado: Modelos históricos en la concepción de la relación médico-paciente.....	233
i.	Modelo paternalista .....	236
ii.	Modelo informativo.....	238
iii.	Modelo interpretativo .....	239
iv.	Modelo deliberativo.....	239
3.1.5.	Teoría General del Consentimiento Informado: Origen y etapas .....	241
3.1.6.	Regulación legal .....	258

3.1.7.	Factores humanos que intervienen en la relación médico-paciente .....	269
3.2.-	Presupuestos del Consentimiento Informado .....	274
3.2.1.	Sujetos titulares del derecho a la información en el ámbito sanitario .....	274
i.	Sujeto emisor .....	274
ii.	Sujeto receptor .....	278
3.2.2.	Contenido y extensión del consentimiento .....	284
3.2.3.	Formas y modos de la transmisión del derecho .....	291
3.2.4.	Supuestos especiales al deber de solicitar el Consentimiento Informado .....	299
i.	Interrupción voluntaria del embarazo .....	300
ii.	Práctica de Ensayos Clínicos .....	301
iii.	Prácticas en técnicas de reproducción humana asistida .....	304
iv.	Otras actividades médicas .....	305
3.2.5.	Información terapéutica de seguridad y estado de necesidad terapéutica .....	309
3.3.-	Excepciones a la necesidad del Consentimiento Informado .....	311
3.3.1.	El derecho a no saber .....	312
3.3.2.	Excepciones por ley .....	314
3.4.-	Revocación del Consentimiento Informado .....	318
3.5.-	Tratamiento legislativo y jurisprudencial del Consentimiento Informado .....	319
3.5.1.	Marco normativo del Consentimiento Informado .....	322
3.5.2.	Ausencia o defecto en el cumplimiento del deber de informar .....	324
3.5.3.	La responsabilidad del deber de informar en la jurisdicción civil .....	326
3.5.4.	La responsabilidad del deber de informar en la jurisdicción penal .....	332
3.5.5.	La responsabilidad del deber de información ante la Jurisprudencia .....	335
<b>Capítulo 4º: DIMENSIONES DEL CONSENTIMIENTO EN LA RELACIÓN SANITARIA .....</b>		<b>339</b>
4.1.-	Información sanitaria y clasificación de la misma .....	339
i.	Información clínica .....	344
ii.	Información de la Historia Clínica .....	360
iii.	Información no clínica .....	368
iv.	Certificados, informes y otra documentación relacionada con la salud .....	378
4.2.-	La moral y la ética .....	383
4.2.1.	Concepto y dimensiones .....	383
4.2.2.	Moral subjetiva y moral objetiva .....	388
4.2.3.	Los actos humanos: Su valoración y el aprendizaje de la ética .....	392

4.3.- La Bioética: Marco histórico y fundamentación .....	399
4.3.1.    Marco histórico.....	399
4.3.2.    Fundamentación.....	402
i.    Principio de Beneficencia.....	402
ii.   Principio de No-maleficencia .....	406
iii.  Principio de Autonomía.....	408
iv.   Principio de Justicia.....	413
4.4.- Ética de la Sanidad .....	416
4.4.1.    La salud y la enfermedad como valores .....	416
4.4.2.    La Ética y los derechos de los pacientes.....	422
4.4.3.    Cuestiones éticas en la profesión médica: El secreto profesional y la objeción de conciencia.....	427
4.4.4.    La ética en la Investigación Clínica y en las Técnicas de Reproducción Asistida.....	441
i.    Investigación Clínica .....	441
ii.   Técnicas de Reproducción Asistida.....	446
4.5.- El documento de consentimiento informado .....	451
4.5.1.    Recomendaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.....	454
4.5.2.    Modelos de obtención del consentimiento informado.....	456
4.5.3.    Elementos y requisitos básicos para su comprensión.....	458
4.5.4.    Pautas a seguir en la elaboración y aplicación del formulario .....	463
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>469</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>479</b>
A) Monografías y artículos en revistas y obras colectivas .....	479
B) Legislación y jurisprudencia.....	497
C) Documentos y artículos disponibles en páginas de internet .....	507
<b>ANEXOS .....</b>	<b>515</b>
1.- Código de Nuremberg .....	515
2.- Acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud .....	517
3.- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 .....	521
4.- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica .....	531
5.- Modelos de formularios de Consentimiento Informado.....	545



## INTRODUCCIÓN

Cuando retomé, allá por el año 94, mi vida académica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, no podía imaginar lo que ello, de enriquecedor, me iba a suponer: Estudiante de vocación y ambiciosa de saber, siempre he considerado la Universidad como un lugar repleto de *pozos de ciencia* a los que me gustaría emular.

La Universidad que nació como foro de encuentro de los estudiosos, cumplió para mí su objetivo, dándome, además de la oportunidad de adquirir conocimientos difícilmente alcanzables fuera de sus aulas, la posibilidad de encontrarme con profesionales docentes, todos ellos inolvidables, y de jóvenes compañeros que me ayudaron a sentirme joven manteniéndome “al día” en otras actividades culturales no muy alejadas del mundo de la Universidad.

Superados los estudios de tercer ciclo, decidí sumergirme en las tareas de elaboración del trabajo de investigación previo -la fortuna me debía acompañar en aquella nueva etapa “investigadora”-, que culminara mi formación universitaria, trabajo que, con gran interés e inquietud, espero haber llevado a buen término.

El proyecto que me propuse realizar fue titulado “MARCO JURÍDICO DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN LAS RELACIONES SANITARIAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO”, y el mismo versaría sobre un derecho, el derecho fundamental a la información en el ámbito de la salud.

Presentado el proyecto, empezaba una ardua tarea. Ciertamente es que, ya durante los estudios de licenciatura, por parte de algunos docentes se nos inició metodológicamente en tareas de investigación científica que lograron interesarme aún más en la pretensión de llevar a cabo este trabajo, amén de contar con la siempre buena disposición de mi tutor, el Profesor Doctor D. Carlos de Villamor Maquieira, las animosas palabras de apoyo de mi inestimable Profesora, la Dra. Moreno Cuñat, y la innegable ayuda de mi Director, el Profesor Doctor D. Castor Miguel Diaz Barrado.

Hoy, mirando al pasado, me causa asombro imaginar lo rápido que han transcurrido esos más de 5 años desde su inscripción. Tan largo tiempo me obliga, al menos, a recordar las vicisitudes por las que ha pasado mi vida ya que, familia, actividad laboral y estudio no son, a veces, fáciles de compaginar.

Trabajar para el Sistema Nacional de Salud, me ofreció la posibilidad, en dos ocasiones, de asumir tareas directivas de gestión –un importante y gratificante reto que acepté– aunque, esa importante decisión, me obligaba a postponer la elaboración de la memoria de investigación durante un par de años.

La dedicación laboral al medio sanitario y mis inquietudes personales, preocupada por los derechos en ese escenario, habían propiciado la elección del tema y de nuevo, reincorporada al puesto de trabajo, su realización, seguía siendo importante. El derecho fundamental a la información, oficialmente reconocido por las constituciones vigentes y defendido por la doctrina, continuaba y continúa siendo un derecho de máxima e innegable importancia para todos los hombres.

Complicado y denso trabajo porque, de la ingente cantidad de documentación que había recopilado en su inicio, mucha ya no tenía validez por haberse derogado y otra, o ya no estaba disponible o había que actualizarla.

El desarrollo progresivo de la tecnología informática y el avance de los descubrimientos médicos, había provocado la aparición de una profusa cantidad de normas éticas y legales que, avaladas por distintas corrientes doctrinales y jurisprudenciales levantaban sus voces en defensa de los derechos de los pacientes, y requerían un nuevo planteamiento que, con el apoyo y refrendo de normas estatales, recogieran todas esas cuestiones éticas y morales que preocupaban a todos.

Surgieron cuestiones como ¿tiene el paciente un verdadero derecho a la información? Si es así, ¿Está garantizado este derecho? pues, como en ocasiones, ha manifestado el Dr. Diaz Barrado, un derecho comienza a ser protegido desde el momento en el que se le reconoce, pero no sólo hay que reconocerlo, necesita que se plasme por escrito.

Para conocer la respuesta, pusimos manos a la obra: necesitábamos conocer el origen del derecho, partir de la génesis del mismo haciendo una revisión histórica del proceso que éste había sufrido y de que forma se había materializado en las relaciones sanitarias.

Mal se podía esperar que, el Derecho, fuera tras la Medicina y, por ello, en estos momentos, lejos quedaba ya la idea de que, el médico es, como ese Dios, sacerdote o chamán, omnipotente cuya opinión era obedecida y acatada *–era quien sabía–* ignorando la verdadera voluntad del paciente.

Difícil resulta imaginar cómo, en la sociedad en que se gestaron las Revoluciones Francesa y Americana, pudo cambiarse el mundo y modificarse las bases sobre la que se sustentan tantos y tantos derechos de los ciudadanos del mundo. Fue el comienzo de un largo proceso de reivindicaciones humanas y sociales, muchas con base ideológica y otras políticas, en un intento de asegurar

derechos de los hombres –libertad, dignidad, vida-, que ya el derecho natural reconocía.

Si en el ámbito político-social, supuso una transición del absolutismo de los monarcas a una sociedad constitucional, en el de las relaciones sanitarias, lo fue del paso de unas relaciones paternalistas a un estado de autonomía de la voluntad del paciente.

Pero, si al hombre se le ha reconocido su derecho a la libertad, considerado como un derecho natural implícito a la persona y núcleo principal de muchas de las Declaraciones de Derechos, desde el punto de vista ético y jurídico, ¿como se puede entender el ejercicio de ese derecho si no se dispone de información?

Como consecuencia de este reconocimiento, vinculado al derecho a la libertad y garantía de éste, surge el derecho a la información, y, en el ámbito de la sanidad, una manifestación de la protección a la salud, garantizado al mismo tiempo como derecho de la personalidad.

Así, nace el derecho a la disposición que tiene toda persona, en cuanto a su propia libertad, de disponer de su propio cuerpo pero, ¿cómo se va a disponer de algo si no se tiene suficiente información sobre ello? Sólo se puede ser libre para tomar una decisión si se cuenta con las herramientas –entiéndase información- apropiadas para poder tomar una decisión consciente sobre aspectos relevantes e importantes relacionados con la propia salud.

La aparición de Cartas y Declaraciones de Derechos reconociendo los derechos de los pacientes y declarándolos soberanos de sus propias decisiones, concede al consentimiento de éstos, el valor legítimo y jurídico que le corresponde para que, el médico, pueda actuar sobre su cuerpo.

Es un planteamiento ético, que nace ante la necesidad del paciente de conocer su propia realidad y enfrentarse a la misma con un conocimiento suficiente e *informado* que le permita tomar la mejor decisión para hacer frente a su enfermedad.

A través de Declaraciones, Organizaciones Internacionales como Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Unión Europea o UNESCO, alzaron sus voces en defensa de este derecho del paciente. También la sentencia del juez Benjamín Cardozo del Tribunal Supremo de Nueva York, en 1914, al declarar que "...todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo...", internacionaliza aún más la necesidad de reconocer este derecho.

En el marco normativo internacional, tras períodos de luces y sombras, han sido de gran relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de Diciembre de 2000 ó, el Convenio del Consejo de Europa sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina (Convenio de Oviedo) de 4 de Abril de 1997.

Sin duda, es éste último, el mas importante instrumento internacional que, con carácter jurídico vinculante, establece un marco común -en el que deberán moverse todos los estados que lo han ratificado-, para asegurar la protección de la dignidad humana en la aplicación de la tecnología y obliga a reconocer los derechos de los enfermos, entre los que se encuentra el derecho a la información sobre la salud, y al consentimiento informado. Es así que, en estos momentos, se está produciendo un reconocimiento mayor a la importancia de los derechos de

los pacientes, principal implicado y eje básico en las relaciones médico-paciente en todos los países de nuestro entorno.

Consecuencia de éste Convenio, en el ámbito normativo nacional, tras 16 años como referencia la Ley General de Sanidad, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica es la que ha abierto la puerta –para el presente y para el futuro- en el reconocimiento del derecho a la información de los pacientes con un desarrollo mas amplio de lo que lo hacían normas anteriores.

Esta ley, de gran importancia en nuestro ordenamiento interno, se ha enfrentado a cuestiones de gran importancia y trascendencia, tanto éticas como legales, referidas a las relaciones médico paciente que, día a día siguen necesitando de atención puntual en su desarrollo y ejecución.

En otros ámbitos, el tomar una decisión u otra, poco importa pero, cuando nos jugamos la salud (vida o muerte; bienestar o no bienestar) puede llegar a ser una tragedia, por eso, uno de los grandes retos con el que nos enfrentamos es el nacimiento de nuevas normas que protejan los derechos de los pacientes frente al rápido desarrollo de la tecnología médica –transplantes, cambio de sexo, fecundación–, al imparable desarrollo de la conocida como “sociedad de la información” –internet, telemedicina–, o a los avances en investigación clínica – genética, nuevos medicamentos–.

Resulta indiscutible el carácter fundamental del Derecho a la Información en las relaciones sanitarias, pero la irrupción de este *derecho doble*, derecho-deber, y su implicación para los dos sujetos implicados en la relación (sujeto emisor-médico y sujeto receptor-paciente) ha propiciado la participación de otro sujeto –el juez– que, garantice objetivamente los intereses de ambas partes a

través de un proceso y con ello, cumplir con el principio de justicia de reconocer a cada uno lo suyo.

El objetivo de este trabajo de investigación ha sido el de realizar un estudio jurídico sobre el derecho a la información en las relaciones sanitarias tanto en el ámbito internacional como en el interno y asumiendo una sistemática concreta para su análisis y estudio.

Hemos partido de la convicción de encontrarnos ante un derecho fundamental preferente, pero con limitaciones, que cuenta con un abanico de garantías que le son otorgadas por su propia condición y, trabajando en marcos relacionados entre sí, situándonos en primer lugar, en unos antecedentes centrados en el desarrollo de los derechos individuales en nuestro ordenamiento jurídico, finalizando éstos, respecto al ordenamiento interno, con la promulgación de la Constitución del 78.

Con la aparición del derecho a la información como derecho fundamental tanto en el ámbito nacional como internacional, entramos en el núcleo de la memoria doctoral, a partir de dicha Constitución y del marco normativo europeo, haciendo ya especial hincapié en la legislación que hace referencia a este derecho en el campo de la sanidad y del consentimiento informado. No podíamos obviar las consideraciones éticas que este concreto derecho lleva implícito ni su tratamiento por la legislación, doctrina y jurisprudencia porque, si bien el artículo 20 de nuestra Carta Magna, consagra el derecho a la información, éste, ha sido tan sólo parcialmente reconocido.

Para finalizar esta introducción y, reconociendo el interés y la concienciación de la importancia de los derechos de los pacientes, plasmados en numerosos *códigos de ética*, manifestar mi opinión de que no existen soluciones generales posibles que amparen todas y cada una de las situaciones que, por la

dificultad de prever esas realidades médicas cambiantes y no previstas, se presentan en las relaciones sanitarias –el Profesor Diego Gracia, hace unos años, comentaba como la medicina ha cambiado mas en los últimos 25 años que en los 25 siglos anteriores- situaciones que obligaran a las autoridades, doctrina y jurisprudencia, a analizar la naturaleza y circunstancias concreta de cada uno de los bienes jurídicos que se vean afectados por este derecho y obrar en consecuencia.



## **PRIMERA PARTE: GÉNESIS Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN**

Desde épocas remotas hasta nuestros días, largo ha sido el proceso en el que se ha movido el hombre para conseguir que, por los ordenamientos jurídicos estatales, se reconozcan una serie de derechos, ya asumidos como tales, por el derecho natural.

El desarrollo de importantes Declaraciones –generales o universales–, pusieron de manifiesto la relevancia e importancia de materializar un reconocimiento, hasta entonces no manifestado, a derechos como el que nos ocupa: el derecho a la información.

Considerado en principio como un derecho de concesión estatal, ha sido y es reconocido como un derecho natural implícito a la persona, constituyendo el núcleo principal de muchas de las Declaraciones de Derechos.

Es intención de este trabajo analizar, desde una perspectiva histórica, tras un sin fin de altibajos en su recorrido, la evolución que este derecho ha sufrido. Es un Derecho, con una formulación dirigida mas al ámbito de manifestación y comunicación de ideas a través de los medios de comunicación, de vital importancia, cuando éste se vincula al ámbito sanitario.

## **Capítulo Primero: APARICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES: CONCEPTOS BÁSICOS RECOGIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Según establece el artículo (art.) 14 de la Constitución Española (CE) en el Capítulo Segundo, dentro de los Derechos y Libertades, “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

A la luz de esta formulación, el concepto de derecho individual en general y su tradición en los ordenamientos jurídicos españoles, y más quizá en la doctrina, fundamentarán una parte del Marco Teórico de este trabajo como antecedentes a su aplicación en la CE de 1978.

Lo primero sería una definición del propio Derecho, que aparece como sujeto en muchos de los apartados a desarrollar porque, como nos decía la Dra. Moreno Cuñat, “no es cuestión pacífica definir lo que es el Derecho”. Para ello recurrimos a la siguiente definición: “un conjunto de normas dirigido a conseguir una convivencia armónica en el seno de la sociedad”<sup>1</sup>. Urías, por su parte, lo concibe como: “Derecho son todas las reglas sociales sancionadas jurídicamente”<sup>2</sup>. Diez Picazo y Gullón<sup>3</sup>, “entienden que el derecho es un orden de convivencia humana en el mundo, inspirado en criterios de justicia”. Para Albaladejo<sup>4</sup>, es “el conjunto de reglas o normas jurídicas positivas por el que se

---

<sup>1</sup> Torralba Soriano, V. (1995), *Derecho Civil para Económicas y Empresariales*, Barcelona, EUB, Pág. 16

<sup>2</sup> Urías, J. (2003), *Lecciones de derecho de la información*, Madrid, Tecnos, Pág. 15

<sup>3</sup> Diez Picazo, L y Gullón, A. (1990), *Sistema de derecho civil*, T.1, 7ª edic., Madrid, Tecnos, Pág.31

<sup>4</sup> Albaladejo, M. (1987), *Curso de Derecho Civil Español: Introducción y parte general*, T. 1, 4ª edic., Barcelona, Bosch, Pág. 13

rige una Comunidad y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por el poder directivo de aquella”. Según Lacruz, “... el derecho es un conjunto de reglas de conducta externa del sujeto, en sus relaciones con los demás, enunciadas por los órganos competentes e impuestas coactivamente a los ciudadanos”<sup>5</sup>.

A esto, Torralba, añade que: “a ese conjunto de normas dirigidas a conseguir una convivencia armónica en el seno de la sociedad” (...) se añade “además, otra serie de normas que influyen a la convivencia social”. En tal sentido hay que recordar que el artículo 1º de nuestro Código Civil señala que las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”<sup>6</sup>.

#### 1.1.- Antecedentes remotos del nacimiento y afianzamiento de los Derechos individuales del hombre

El moderno derecho aparece en el siglo XVI, cuando los referentes medievales, sus individualizaciones y también sus conceptos colectivos tanto en lo filosófico como en lo religioso, tendían a ser desplazados por las nuevas corrientes renacentistas. El renacimiento trajo consigo una vuelta a las ideas romanas del estado de la naturaleza, y griegas –aristotélicas– de la titularidad del pueblo sobre el poder político, y reapareciendo con fuerza las ideas de igualdad entre todos los hombres, el derecho universal de los pueblos y el derecho a la libertad, y el concepto de leyes generales para todos, que más tarde llevarían al enciclopedismo y la Revolución francesa, origen de un nuevo orden<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Lacruz Berdejo, J. L. (1988), *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, Pág. 9

<sup>6</sup> Torralba Soriano, V. (1995), *Op. cit.*, Págs. 16 y 18

<sup>7</sup> Maritain, J. (2001), *Los derechos del hombre: cristianismo y democracia*, Madrid, Palabra, Págs. 63 y ss.

Este nuevo orden se fundamentaba en la voluntad de explicar la imposición de las conductas y, especialmente, en el universal derecho a la igualdad y libertad. Conceptos ambos que, aunque no planteaban ninguna novedad, fueron enunciados por dos españoles, Fernando Vázquez y Francisco Suárez, al adoptar el *Jus Commune*, los maestros de París del siglo XV, el tomismo, y las doctrinas recibidas del Derecho Romano y de Aristóteles –de sus comentaristas– construyeron un nuevo cuerpo doctrinal jurídico que sirvió de base a un nuevo orden mundial cuyo inicio se estaba desarrollando<sup>8</sup>.

Suárez, junto a Domingo de Soto y Luis de Molina, fueron los máximos referentes de la Escuela de Salamanca. De Soto, aunque aristotélico y tomista, propuso el concepto de *dominium*<sup>9</sup> –que designaba el derecho real de propiedad– diferenciándolo de *proprietas*, que corresponde a la acción del propietario de reclamar lo que es suyo. Para De Soto, el dominio es una facultad sobre las cosas, pues es lo mismo que la facultad de disponer libremente sobre las cosas: esto es el dominio. Tenemos así tanto la pretensión de construir un sistema jurídico tomando como punto sistemático de referencia al derecho de propiedad, como la identificación de este derecho con una facultad<sup>10</sup>. Si a estos planteamientos sumamos la doctrina sobre el fundamento, la naturaleza y los límites del poder político, estaremos ante un conjunto jurídico-político moderno, o por lo menos antecedente directo de nuestros actuales planteamientos<sup>11</sup>. De hecho se encontraban a un paso del liberalismo, paso que se abstuvieron de dar, porque si bien los escolásticos –especialmente la segunda escolástica con Vitoria y los más tardíos, como Hurtado u Oviedo– sostuvieron que el pueblo es el titular primero del poder político, poder que cede al príncipe condicionado, no entraron

---

<sup>8</sup> Dobb, M.; Sweezy, P.; Takashi, K.; Hilton, R.; Hill C.; Lefebvre, G.; Procacci, G.; Hobbsbawm, E. y Merrington, J. (1977), *La transición del feudalismo al capitalismo*, Rodney Hilton Ed., Barcelona, Crítica.

<sup>9</sup> Soto, Domingo de (1968), *Del derecho y de la justicia*, (De iure et iustitia) L.IV, q. 1 art. 1., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Pág. 278

<sup>10</sup> Mantillas Pineda, B. (1996), *Filosofía del derecho*, Bogota, Temis, Págs. 151-166

<sup>11</sup> Soto, Domingo de (1968), *Op. cit.*, Libro IV.

en el concepto de individualismo, necesario para llegar al liberalismo, y nos referimos al individualismo visto tanto desde lo político como desde lo jurídico.

Luis de Molina, dentro de los conceptos generales de la Escuela de Salamanca, parece dar un paso más adelante hacia el individualismo –sin llegar, desde luego, mucho más allá– cuando explica que la *respublica* no se compone de familias, sino de individuos singulares –individuales– y entiende la sociedad política como una sociedad mercantil, de modo y manera que cada individuo tenga una porción de dicha sociedad. Por lo tanto, los gobernantes, incluso los legisladores, son los administradores de la cosa pública. Pero la república tiene un poder sobre sus miembros que es superior al que cada persona tiene sobre sí misma: Esto es posible porque Dios gobierna el mundo mediante causas segundas, como son los gobernantes políticos, idea similar mantenida por Suárez<sup>12</sup>.

Como recoge este autor, "Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza" (...) "pues la raíz y el origen de donde surge el dominio o cualquier derecho es llamada título del dominio o del derecho por los juristas. Y nosotros, si seguimos el estilo de hablar de los metafísicos, decimos que es la razón del fundamento (*ratio fundandi*) del dominio o del derecho"<sup>13</sup>.

Dada la extensión de la obra de Luis de Molina y su influencia en la mentalidad moderna, es importante establecer los conceptos básicos de la misma. En primer lugar es necesario tener en cuenta su concepción atomista de la

---

<sup>12</sup> Gómez Robledo, A. (1987), *El origen del poder político según Francisco Suárez*, San José Universidad Autónoma de Centroamérica, México, Jus, Págs. 143 y ss.

<sup>13</sup> "*Radice igitur ac originem, unde dominium, aut jus quodvis oritur, appellatur jurisperiti titulum domini aut juris. Quod si metaphysicorum more loquendum nobis sit, ea ratio fundandi relationem domini aut juris, quae illius est velut radix ac origo, appellatur titulus domini, et juris*": *De justitia*, cit., Tract. II, disp. 4, col. 39, [En Carpintero Benítez, F. (2003), Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político y jurídico, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, [online] núm. 25, [Consulta el 20 Marzo 2007], Págs. 341-373. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552003002500009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552003002500009&script=sci_arttext)

sociedad política, por otro lado, en el plano jurídico entiende el Derecho como una interrelación de dominios individuales que constituyen las relaciones entre las personas, o las personas y las cosas, entre las que ocupan una posición especial el derecho universal e inmotivado a la libertad individual<sup>14</sup>.

Por otra parte, sigue con la visión contractualista de todo derecho que no sea el derecho natural. También es cierto, que en este contexto no profundiza en el individualismo político, es más, obvia en gran parte la teoría política y se centra en el Derecho privado y sus problemas éticos.

Francisco Suárez se enfrentó con la teoría del *Derecho divino de los Reyes* –propugnado por la corona inglesa, que se encontraba en esos tiempos con grandes dificultades para asentar su poder, tras las difíciles y cruentas guerras civiles– que pretendía que Dios había designado directamente a los gobernantes –familias–, y por ello, a los súbditos no les cabía otra posibilidad que la sumisión y obediencia<sup>15</sup>.

Suárez contestó a estas teorías en: *Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores*<sup>16</sup> (1613, Coimbra), donde, mezclando lo político, lo jurídico y los errores confesionales, mantuvo que el poder civil es un asunto secularizado –laico, diríamos hoy–, que está en función del bien común<sup>17</sup>.

Entiende el *jus* como una libertad y ésta como un privilegio, o ausencia de normativa. El derecho como libertad es una cierta facultad moral para obrar libremente, concedida por Dios.

---

<sup>14</sup> Carpintero Benítez, F. (2003), *Art. cit.*, [On line], Págs. 341-373,

<sup>15</sup> Truyol y Serra, A. (1982), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado: Del Renacimiento a Kant*, T. 2, 2ª edic., Revisada y aumentada, Madrid, Alianza, Pág. 137

<sup>16</sup> Suárez, F. (1970), *Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores*, Libro 3, Cap. 10. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Págs. 214-372

<sup>17</sup> Gómez Robledo, A. (1987), *Op. cit.*, Págs. 137-141

Suárez, dentro de la doctrina romana, cree que el hombre nace libre y la libertad es aquella potencia activa que, por sí misma y por su naturaleza, otorga una facultad con fuerza para ejercer o suspender la acción propia. Y el término facultad, presente prácticamente en todas sus definiciones de la libertad, implica que el individuo puede obrar o no según su arbitrio, porque "por la propia naturaleza de la cosa, todos los hombres nacen libres y por ello ninguno tiene jurisdicción política sobre otro". Vuelve pues a la doctrina sobre el derecho natural como "*omnium una libertas*", y explica que por derecho natural todo hombre tiene libertad, es *sui juris*, o sea, dispone de la potestad de regirse a sí mismo y excluye la sujeción de un hombre a otro hombre, si nos dejamos guiar por la sola fuerza del derecho natural<sup>18</sup>.

Y en este contexto dice: " Lo que concierne a todos, debe ser aprobado por todos". Para él, el poder político no pertenece a ninguna persona en concreto –lo que de hecho le hace diferente a los demás poderes–, ni siquiera pertenece a un conjunto de ciudadanos que podemos considerar individualmente, sino que dicho poder reside en todo el pueblo, porque por la propia naturaleza de las cosas, este poder sólo puede existir en la comunidad como tal<sup>19</sup>. El derecho natural establece la *omnium una libertas* –en esto sigue el derecho romano–, como declara la ley *Ex hoc jure*. ¿Cómo es posible que un hombre quede sometido lícitamente al poder de otro? Porque el ser humano, aunque ha nacido libre, posee sin embargo capacidad de sometimiento (*subijcibilis*), por lo que la existencia del poder político no atenta contra el derecho natural.

Por lo tanto el poder político sólo reside en la comunidad, en el conjunto de todo el pueblo en tanto y cuanto conjunto, por lo que sólo está legitimado aquel poder político –civil– que procede de dicha comunidad: *ex natura rei*. Pero

---

<sup>18</sup> Miaja de la Muela, A. (1985), *Derecho Internacional Privado: Introducción y parte general*, T. 1, 9ª edic., Madrid, Atlas, Págs. 143 y ss.

<sup>19</sup> Gómez Robledo, A. (1987), *Op. cit.*, Págs. 143 y ss

Suárez no se detiene aquí y avanza un paso más hacia el liberalismo al establecer el origen contractual del poder político. Sin pacto, afirma, no puede existir poder político, ya que la misma comunidad está formada sobre la base de un acuerdo, de un pacto, de un consenso en el que interviene y se suma la libre voluntad de todos y cada uno<sup>20</sup>.

Lo cierto es que no deja muy claro los límites del individuo y de la comunidad, ya que insiste en que el poder reside solamente en la comunidad como tal –da la sensación que entiende la comunidad como una realidad originaria– pero también es cierto que define que se forma –la comunidad– por voluntad de los individuos: *voluntad singulorum*.

Suárez va más allá que los anteriores escolásticos, pero no llega a cruzar el punto que le llevaría al liberalismo moderno, porque se debate entre la afirmación que todos los hombres tienen capacidad parcial –lo cual ya es una limitación– para componer una sociedad perfecta, y la afirmación que el poder político excede cualquier poder humano. Pero en definitiva, plantea que hay un pacto entre individuos que se plasma en una sociedad –aunque no queda claro si la sociedad es anterior, pero sí queda claro que es más que la suma de los individuos– y que si el gobernante –que lo es por consenso– actúa arbitrariamente, hay que aceptar que lo hace contra el pacto que dio origen a la sociedad, y por lo tanto al poder emanado de ella.

Ésto nos lleva a la teoría contractualista en su más radical expresión, y, por ende, a que la comunidad civil, en su forma más perfecta, la que emana del pacto y de la libertad de los que contratan, es una democracia. Y va más allá: la

---

<sup>20</sup> Miaja de la Muela, A. (1985), *Op. cit.*, Pág. 143



democracia, por todo ello, es la única forma natural de gobierno, enfrentándola a la Monarquía y a la Aristocracia, que requieren de una "institución positiva"<sup>21</sup>.

La potestad de dictar leyes proviene del poder político, porque la capacidad para darse leyes deviene de la comunidad misma, ya que es una propiedad suya, y se ordena al bien civil, pues el fin ha de ser proporcionado al principio constitutivo. Destaca tanto la *potestas condendi leges*, como el derecho de cada comunidad política que excluye el valor de los ordenamientos jurídicos que no se han originado en la voluntad de los individuos que forman la comunidad y la comunidad como tal. El derecho romano no tiene valor, porque le falta *potestas*. Por lo que, el legislador, está sujeto y obligado, como cualquier otro, por las leyes que él mismo dicte, ya que el pueblo le ha transmitido esta potestad con algunas limitaciones y condiciones. Pero, como él tiene la vista más en el Estado moderno que en el *principatus* medieval, se opone a la tesis antigua que expresa que "*lex non recepta a subditis non est lex*". Y todos estos principios los pone en práctica al decir que el derecho a imponer tributos no recae sobre el gobernante, sino de los súbditos, en función de las necesidades generales debiendo justificarse según el destino al que vayan dirigidos. Y, en cualquier caso, debe imponerlos el Príncipe, no las "*potestas*" inferiores<sup>22</sup>.

La primera mitad del siglo XVI marca, con toda seguridad, la mayor transformación social y cultural de Europa que puede equipararse –destrucciones y cambios étnicos aparte, aunque no tanto por las guerras de religión y desplazamientos masivos que se sucedieron durante el siglo– con la convulsa época de las invasiones bárbaras y caída del Imperio Romano. Varios fenómenos –muy posiblemente unos origen de los otros, y la viceversa también vale– se

---

<sup>21</sup> Carpintero Benítez, F. (2002), Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo, *La ilustración liberal, Revista española y americana* (on line), núm. 12, [Consulta el 28 Marzo 2002], Disponible en [http://www.libertaddigital.com:83/ilustracion\\_liberal/articulo.php/318](http://www.libertaddigital.com:83/ilustracion_liberal/articulo.php/318)

<sup>22</sup> Brown Scott, J. (1928), *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Pág. 37 y ss.

conexionaron para llevar a la sociedad del tiempo a una auténtica convulsión en todos los órdenes: éticos, políticos, sociales, técnicos, etc.

El descubrimiento de América en 1492, llevó a España a la cabeza del concierto mundial. Pero no fue sólo el descubrimiento en sí, sino también una nueva sociedad que se forma en España y un nuevo concepto que distancia al país años luz a los del resto de Europa. La misma idea de nación de la Edad Media –utilizamos el término nación como referente, aunque en el entendimiento de que nada tenían que ver aquellas agrupaciones de tierras y hombres con las naciones modernas en el aspecto jurídico–, hace crisis por primera vez en la concepción política de los Reyes Católicos que se acercan al estado moderno lejos aún de él, aunque dentro aún del Estado patrimonial típico de la Edad Media– y ponen las bases del poder del soberano –desaparición del poder de la nobleza terrateniente– y de la organización central del Estado<sup>23</sup>.

Podemos aceptar que, como referencia, el descubrimiento de América marca el punto de partida de un nuevo derecho. Evidentemente, el hecho fue posterior, pero a consecuencia del mismo, porque si bien el derecho de gentes ya era conocido, lo era en un plano teórico por los canonistas y teólogos, y en aquel momento se planteó como una necesidad práctica. Se hizo evidente la necesidad de un nuevo derecho de gentes que pudiera aplicarse, y aplicarse de manera internacional –obligando a todos– en los casos que se planteaban en los nuevos territorios que emergían a la vida comunitaria<sup>24</sup>.

La escuela Española –que es un genérico que incluye la de Salamanca, Coimbra y otros pensadores–, emprendió un análisis en profundidad del derecho conocido, y depuró lo ya superado: el Derecho Divino de los Reyes, el también

---

<sup>23</sup> Valdeavellano, L. G. de (1973), *Historia de las Instituciones Españolas*, Madrid, Revista de Occidente, Pág. 406

<sup>24</sup> Brown Scott, J. (1928), *Op. cit.*, Págs. 64 y ss.

Derecho Divino del Papa –que lo redujo a una especie de derecho moral por su categoría espiritual–, la jerarquización feudal, con todo el derecho feudal medieval, etc. En definitiva, eliminó todo lo que la Edad Media había establecido como inmutable y puso las bases del derecho moderno<sup>25</sup>.

Francisco Vitoria, pasando por encima de las discusiones teóricas de los últimos escolásticos del siglo XVI, a los que preocupaba más la etimología que la práctica, volvió a los orígenes del tomismo, desde luego a Tomás de Aquino y a su derecho de gentes, del cual partió.

Santo Tomás<sup>26</sup> partía del principio aceptado que las leyes derivan siempre de la ley moral natural, y entendía que existían dos formas: "por conclusión y por determinación particular", luego "aquellas leyes humanas que contienen conclusiones de la ley moral natural constituyen el *ius gentium*<sup>27</sup>; aquellas, por el contrario, que determinan en particular la ley moral natural, forman el *ius civile*"<sup>28</sup>.

Y Vitoria, partiendo de estos principios, convino en transformar el *ius gentium* en *ius inter gentes*, o derecho internacional: *quod naturalis ratio inter*

---

<sup>25</sup> Miaja de la Muela, A. (1992), *Internacionalistas españoles del siglo XVI: Fernando Vázquez de Menchaca*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Págs. 40 y ss.

<sup>26</sup> Aquino, Santo Tomas de. (1951-1985), *Summa Theologiae* I<sup>a</sup> – II<sup>a</sup>, q. 95, a. Madrid, Editorial Católica, Biblioteca de autores cristianos, Págs. 682-683, 620-621

<sup>27</sup> En el derecho clásico el *ius civile* era el derecho propio de cada ciudad y el *ius naturae* las leyes no escritas, el derecho consuetudinario, eterno que no dependía del hombre ni de su aprobación. A partir del siglo II a. de J.C. con la conquista de nuevos territorios fuera de la Península Itálica, los romanos se enfrentaron con los derechos de otros pueblos y relaciones, también, con ellos, por lo que tuvieron que crear un *corpus* de derecho que incluyera a dichos pueblos: *ius gentium*. El problema se planteó porque los romanos entendieron el *ius gentium* como derecho natural. Instituciones como la esclavitud, entendibles desde el *ius gentium*, no eran entendibles desde el *ius naturae*. Santo Tomás refleja de alguna manera esta contradicción que tuvo solución a partir de la Escuela de Salamanca, aunque ya antes, San Isidoro, por ejemplo, dio soluciones parciales.

<sup>28</sup> Peña, J. (2006), Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria, *Rev. estud. hist.-juríd.*, [online] núm. 28, Págs. 289-310, [Consulta el 28 Marzo 2007], Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552006000100008&lng=es&nrm=](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100008&lng=es&nrm=)

*omnes gentes constituit vocatur ius gentium. No inter homines, sino inter gentes, entre pueblos*<sup>29</sup>. Luego el derecho privado deviene en derecho público y sus sujetos dejan de ser las personas para serlo los estados, lo cual cambia en parte la relación que veíamos antes entre las personas y el estado, fruto del consenso, porque ahora las personas poseen derechos y privilegios –y también obligaciones– en función de su pertenencia a los estados, a las naciones<sup>30</sup>.

Para Vitoria el derecho de gentes tiene fuerza de ley, entiende que todo el mundo es, de hecho, una república que tiene el derecho y el deber de dictar leyes que sean asumibles –que deban serlo– por todos. El derecho de gentes es, pues: un derecho internacional que afecta a todos y deviene de todos, y como tal, su contravención es un delito –pecado según Vitoria<sup>31</sup>– y su cumplimiento es un deber al que están obligadas todas las naciones, ya que es toda la humanidad, en conjunto y como comunidad, quien lo ha promulgado<sup>32</sup>.

Es este concepto, quizás el más importante entre los expuestos por Vitoria, sobre el que se fundó el moderno derecho internacional al no hacer distinción entre cristianos y no cristianos –la religión no es un motivo de guerra–, permitió que todas las naciones pudieran acogerse a la idea e integrarse en un orden internacional. Hoy día, en el que globalización no sólo económica, sino también, y es posible que más importante, política que implica la república total –o lo más

---

<sup>29</sup> La definición de *inter homines* viene de Gayo [*Instituciones Iustitia* 1.2.1. (1943), Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, Pág. 2] y se discute cuál es la verdadera interpretación que le da Vitoria, porque *Gens* no significa exactamente Estado, y en otros pasajes Vitoria, al referirse al Estado habla de Estado. Pero también es cierto que el concepto *ius gentium*, presente en la tradición griega, romana y medieval, es tan aplicable al individuo como al estado, es un derecho de gentes. Vitoria, en la *Summa Teológica* define el *ius gentium* como un derecho positivo que procede *ex communi consensu omnium gentium et nationum*. (En Gómez Robledo, A. (1989), *Fundadores del Derecho Internacional, Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México, UNAM)

<sup>30</sup> Villey, M. (1981), *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Vol. 2, Pamplona, Eunsa, Págs. 199 y ss.

<sup>31</sup> Brown Scott, J. (1928), *Op. cit.*, Pág. 85

<sup>32</sup> Truyol y Serra, A. (1977), *Fundamentos de derecho internacional público*, 4ª ed. revisada y ampliada, Madrid, Tecnos, Págs. 181-182

parecido posible— de Vitoria, aún es más vigente su pensamiento y se revela como más importante su legado.

En el siglo siguiente, las ideas sobre derecho de gentes y derecho internacional, se plasman en el derecho de las personas, que —a través de la lucha de la burguesía contra la aristocracia y, especialmente de sus privilegios—, deviene en los primeros intentos en suprimir los privilegios de clases —referidos en esta época a los aristocráticos en favor, como hemos indicado, de la burguesía— y establecer la igualdad de derechos ante la ley.

Estas ideas informan la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (EE. UU.) de América del Norte<sup>33</sup> (1776), que parte del principio que todos nacen y crecen iguales, con derechos inalienables, entre los cuales destacan la libertad, la vida, y el derecho a lograr la felicidad<sup>34</sup>. Los gobiernos están obligados a defender y garantizar estos derechos porque son la manifestación de la voluntad de los ciudadanos y estos ciudadanos, en tanto que detentadores del poder, tienen derecho a reformar o abolir las formas tiránicas del poder.

Poco antes, el 26 de agosto de 1789, la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, prefacio a la Constitución de 1791, proclama la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>35</sup> que dirigida a toda la humanidad, no sólo a los ciudadanos franceses, establece que los derechos naturales, imprescriptibles e inalienables de los hombres son la libertad, propiedad, seguridad y derecho de resistencia ante la opresión. Esta Declaración, se fundamenta en dos presupuestos: la garantía de los derechos fundamentales

---

<sup>33</sup> La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte, [Consulta el 13 Febrero 2007], Disponible en <http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/deces.htm>

<sup>34</sup> La redacción corrió a cargo, en su mayor parte, de Thomas Jefferson (1743-1826), quién se aseguró, como primer paso para establecer una constitución liberal, la separación absoluta entre la Iglesia (en aquel caso la anglicana) y el Estado. Fue el tercer presidente de los EE.UU. de 1801 a 1809.

<sup>35</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, [Consulta el 13 Febrero 2007], Disponible en [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2\\_e.htm](http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm)

del hombre y la división de poderes, y establece, como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que los hombres nacen y permanecen libres e iguales y que la libertad del hombre es total siempre y cuando respete la persona y libertad de los demás. La soberanía reside en la nación y nadie puede ser perseguido por sus opiniones políticas, sociales o religiosas.

En el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se recoge que “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, para que esta declaración esté presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social y les recuerde sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y ejecutivo, al poder ser comparados en cualquier momento con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuya siempre al mantenimiento de la Constitución y el bienestar de todos”.

Pero no sólo en el Preámbulo se reconocen unos derechos naturales, inalienables y sagrados al hombre, sino también el artículo 10º proclama que “Nadie debe ser perseguido por sus opiniones, incluso religiosas, en la medida en que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley”. En su artículo 11º se refiere a la libertad de expresión al recoger que “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre. Por consiguiente, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, haciéndose responsable de los abusos de esa libertad en los casos previstos por la ley”.

Todos estos conceptos fueron informando, a lo largo de los Siglos XIX y XX, las constituciones y declaraciones de los países que accedían a sistemas democráticos, entre ellos España. Bien es cierto que todo este cuerpo de Declaraciones implicaba el triunfo de la burguesía como clase frente al sistema del Antiguo Régimen, y también lo es que a lo largo del Siglo XIX, – especialmente a consecuencia de la Revolución Industrial– surge el proletariado, nacido a mediados de siglo, se organiza y exige que estos derechos se extiendan a todo el cuerpo social e implementan otros nuevos, que si bien estaban incluidos en las Declaraciones implícitamente, no eran implementados en la práctica: la liberación de la mujer y los derechos sindicales, como principales. En definitiva, un nuevo orden social que implica una nueva concepción del Derecho y una internacionalización de dichos derechos.

Como se sabe, en el ámbito universal, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>36</sup> que se dirige, también al igual que la de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, a todos los hombres<sup>37</sup>. Es la primera vez que se reconocen internacionalmente unos derechos inherentes al hombre y que derivan de éste por su propia naturaleza, formulándose con carácter universal aunque con la salvedad de que deben ser reconocidos expresamente en los ordenamientos jurídicos de cada Estado y en los de los Organismos Internacionales.

En el articulado de este texto y concretamente en su artículo 12, se recoge que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su

---

<sup>36</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Geneva: United Nations, [Consulta el 12 Febrero 2007], Disponible en <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>

<sup>37</sup> Preámbulo: Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...

domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Igualmente, su artículo 18 consagra que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”, y en el artículo 19 proclama que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

En el plano general, el 4 de noviembre de 1950, el Consejo de Europa adopta el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>38</sup>, en cuyo articulado se refiere al derecho al respeto a la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y la libertad de expresión<sup>39</sup>.

En su artículo 8, establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconociendo que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, garantizando que “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la

---

<sup>38</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol Núm. 11, Consejo de Europa, [Consulta el 13 Febrero 2007], Disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

<sup>39</sup> Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (Publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979)



defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás” y ello aplicado a toda persona que dependa de su jurisdicción, no sólo a los nacionales de sus Estados miembros.

Pero, no sólo reconoce el derecho a respetar la vida privada y familiar, sino que yendo mas allá, en su artículo 9, se refiere a la Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, derechos ambos, íntimamente interconectados.

Ese reconocimiento lo plasma al decir que “Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos”.

Al igual que en el artículo anterior manifiesta, con pretensiones de garantizar su reconocimiento, que “La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

El 19 de diciembre de 1966, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se adopta el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de Nueva York<sup>40</sup>, que incluye dos artículos relacionados con este trabajo<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [Consulta el 13 Febrero 2007], Disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)

<sup>41</sup> Ratificado por España el 13 de abril de 1977, entró en vigor en España el 27 de julio de 1977

En el artículo 17, se reconoce que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”, así como que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”, y en el artículo 18, que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”.

Tampoco se olvida, medida acertada, recoger y garantizar que este derecho esté salvaguardado y asegurado, al recoger que “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”, o que sus limitaciones estarán sujetas tan sólo a las restricciones que los derechos de “otros” puedan resultar afectados, y por ello recoge que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

En un intento de no dejar de lado la participación de cualquiera de los actores interesados y afectados por este derecho, hace partícipe del mismo tanto a las Organizaciones como a los sujetos involucrados en él mismo, y por ello recoge que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Consideramos pues, que éstos son los antecedentes a partir de los cuales se han desarrollado los derechos individuales y los marcos jurídicos internacionales que los sustentan.

1.2.- Primeras normas en el Derecho Constitucional Español: Análisis y condicionantes políticos del proceso.

Aunque los derechos a la libertad de expresión y de información son dos derechos distintos, siempre han estado muy relacionados, y en una primera y larga etapa confundidos, ya que sólo aparecía el primero como sujeto de derecho. Incluso los acuerdos internacionales sobre libertades y derechos fundamentales suelen entender la libertad de información como una parte del derecho de libertad de expresión, que se conceptúa como el genérico.

La moderna doctrina hace una clara distinción entre los dos derechos fundamentales: Según Saavedra<sup>42</sup>, "...un aspecto insuficientemente reflejado en los de libertad de expresión y libertad de prensa: la libertad de informarse. En el concepto de libertad de información se pretende abarcar no sólo la emisión, sino también la recepción del contenido significativo" o, como manifiesta Carreras, "al derecho fundamental a la libertad de expresión le corresponde su ejercicio mediante la libertad de manifestación, de dar y recibir información, de difundir las propias opiniones ..." <sup>43</sup>, lo cual no deja de ser la misma postura, sólo que a la inversa.

Más claro parece tenerlo el Tribunal Constitucional (TC) cuando dice: "Nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión – artículo 20.1.a– y la libertad de información – artículo 20.1.d– acogiendo una

---

<sup>42</sup> Saavedra López, M. (1987), *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel Derecho, Pág. 19

<sup>43</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Régimen jurídico de la información: Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, Págs. 32-33

concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida en ciertos sectores doctrinales y acogida en los arts.s 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma. Según esa configuración dual –que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión y conserva elementos comunes–, la libertad del artículo 20.1<sup>a</sup>) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor, y el de la libertad del artículo 20.1.d) el comunicar y recibir libremente información sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables<sup>44</sup> o cuando, en sentencia (STC) 105/1983 manifiesta que “se trata, como el art. 20 dice, de un «derecho doble» que se concreta en comunicar información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz”<sup>45</sup>.

En cualquier caso, en nuestra actual Constitución el derecho a la información está contenida, como derecho fundamental, en el artículo 20, ya reiteradamente citado. Así con “objeto de reconocer y proteger la libertad de expresión en sus diferentes manifestaciones”<sup>46</sup>, recoge de forma expresa en distintos apartados del mismo, todos y cada uno de los distintos derechos o que pueden integrar o estar relacionados con el derecho a la libertad de expresión y las formula, dentro de su apartado 1, en cuatro manifestaciones “1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente

---

<sup>44</sup> STC 107/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio)

<sup>45</sup> STC 105/1983, de 23 de noviembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre)

<sup>46</sup> López Guerra, L.; Espín, E.; García Morillo, J.; Pérez Tremps, P. y Satrústegui, M. (1994), *Derecho Constitucional*, V. 1, Valencia, Tirant lo blanch, Pág. 251

información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

Pero, como recoge el TC<sup>47</sup>, el artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, al recoger en su Fundamento Jurídico (FJ) 5º, que el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. En opinión de Fernández Segado, “estamos ante una cláusula general, por cuanto afecta a todos y cada uno de estos derechos (...) y absoluta en tanto que no admite salvedad de ningún tipo”<sup>48</sup>. Esta formulación es tan radical que no podría suspenderse ni en los casos de excepción o sitio ni bajo circunstancias especiales.

Aunque esta *censura previa*, aparezca como una prohibición absoluta e incondicionada, bien es cierto que el artículo 20, en su apartado 3<sup>49</sup>, reconoce al Gobierno la posibilidad de “adoptar medidas necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponer a su libertad”<sup>50</sup>.

Igualmente, en el artículo 20. 5, determina que “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”, lo que implica que sólo la autoridad judicial, por resolución motivada<sup>51</sup>, tiene la posibilidad de llevar a cabo esa medida frente a la vulneración del contenido esencial implícito a la libertad de expresión, si la acción partiera de una autoridad administrativa.

---

<sup>47</sup> STC 52/1983, de 17 de junio (BOE núm. 168, de 15 de julio)

<sup>48</sup> Fernández Segado, F. (1992), *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, Pág. 322

<sup>49</sup> CE: Art. 20.3 “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”.

<sup>50</sup> STC 6/1981, de 16 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril)

<sup>51</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre)

Pero ningún derecho puede ser ilimitado y, así, en el apartado 4 de este artículo 20, se indican cuales son los límites a los que los derechos recogidos en este artículo están sujetos: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Aunque, en los primeros ordenamientos constitucionales españoles, no aparece esta distinción entre el derecho a la libertad de expresión (más bien libertad de prensa y/o imprenta) y libertad a la información; en este sentido, el último –la libertad de información– no aparece hasta muy entrado el siglo XX.

En realidad, los antecedentes en nuestro ordenamiento hacen referencia a la libertad de imprenta y así, haciendo un breve recorrido histórico<sup>52</sup> resumido en cinco períodos, nos encontramos con:

i. La libertad de imprenta en el Estatuto de Bayona de 1808 y en la Constitución de Cádiz de 1812. El Estatuto Real de 1834

Los antecedentes más remotos se encuentran en el estatuto de Bayona (1808), aunque es difícil considerar a este Estatuto como un precedente de las Cartas Magnas españolas, ya que la Junta Nacional<sup>53</sup>, convocada por Napoleón,

---

<sup>52</sup> Como dato adicional y a modo informativo, pueden consultarse los textos de las Constituciones históricas citadas a lo largo de este apartado en: Rico Linaje, R. (1999), *Constituciones históricas*, Ediciones oficiales, 3ª edic., Sevilla, Universidad de Sevilla.

<sup>53</sup> El nombre oficial fue Junta de Bayona y su convocatoria se publicó en la Gaceta de Madrid de 24 de mayo de 1808. Inició sus sesiones el 15 de junio de 1808 y terminó sus sesiones el 7 de julio de ese mismo año.

es de muy discutible legitimidad, por mucho que pasara a convertirse en Asamblea Constituyente<sup>54</sup>.

Dicha Asamblea publica un texto<sup>55</sup> en el que por primera vez la Corona se obliga, desde luego en teoría, y también hay que decir que jura de forma voluntaria, a respetar derechos fundamentales<sup>56</sup> incluidos en la norma, entre ellos el de la libertad de imprenta. En el Artículo CXLV se recoge el compromiso de que “Dos años después de haberse ejecutado enteramente esta constitución se establecerá la libertad de imprenta. Para organizarla se publicará una ley hecha en cortes. (Título XIII Disposiciones generales.)”: pero tan sólo quedó en una declaración de intenciones, porque los levantamientos que dieron lugar a la guerra de la Independencia no permitieron ni que se promulgase la ley a que hacía referencia, ni que, el estatuto entrase en vigor<sup>57</sup>.

Varios factores limitaban esta libertad de imprenta. En primer lugar uno de tipo legislativo: en el mismo Estatuto se preveía una Junta senatorial<sup>58</sup> que velara por el correcto uso de la nueva libertad, esta Junta estaría supervisada por el gobierno. En segundo lugar, otro de tipo administrativo: además de la censura del Santo Oficio, que seguía en vigencia, la fundación de un periódico dependía del gobierno, que concedía, a su libre albedrío, las licencias de publicación<sup>59</sup>. Y

---

<sup>54</sup> Clavero, B. (1990), *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Editorial, Págs. 15 y ss.

<sup>55</sup> Estatuto de Bayona de 1808, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/c08.pdf>

<sup>56</sup> Entre ellos la inviolabilidad del domicilio establecida en el artículo 126: La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es un asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de la autoridad pública. También se legisló la abolición del tormento (art. 90) y la publicación del proceso criminal (art. 133)

<sup>57</sup> Sanz Cid, C. (1922), *La Constitución de Bayona*, Madrid, Editorial Reus.

<sup>58</sup> Junta Senatoria de Libertad de Imprenta. Se formó otra junta para supervisar las libertades individuales: Junta Senatoria de Libertad Individual.

<sup>59</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 37: “Así, el régimen jurídico actual de la televisión en España presenta un extraordinario parecido con el que tenían las imprentas a fines del antiguo régimen. En nuestro derecho aún se afirma que todas las televisiones son un servicio público, de modo

un tercer factor de tipo económico, en aquella época la organización de una imprenta era un objetivo sólo al alcance de unos pocos adinerados.

También se establece una censura previa, si bien es posible recurrir sus decisiones ante la Junta. En realidad la teoría que informaba este documento era que se trataba de concesiones del poder, no un derecho natural del ciudadano, consecuentemente sujetas a control y, en su caso, revocación. Pero era un evidente avance sobre los usos y costumbres legales del Antiguo Régimen.

El Estatuto de Bayona sólo se mantuvo durante la ocupación francesa y en las zonas controladas por el ejército francés: esa preocupación por la libertad de imprenta, se va a incorporar a la Constitución de 1812<sup>60</sup>.

Se trata del primer texto auténticamente constitucional que se da, a sí misma, la nación Española. Firmada el 18 de marzo y publicada al día siguiente, consta de 10 Títulos y 384 artículos.

Aunque se trata de una Constitución de fuerte carácter liberal, no hay un artículo concreto (excepto el artículo 371) que mencione libertades específicas, más bien es el espíritu general de los textos y la mención, de modo un tanto sorprendente<sup>61</sup>, en el Discurso preliminar, de la libertad de expresión de pensamiento, que es el verdadero vehículo de las luces y contribuye a la ilustración, a la independencia y al progreso de las naciones<sup>62</sup>.

---

que teóricamente pertenecen al estado o están sometidas a su control. Por eso el ejemplo del Estatuto de Bayona y su aplicación puede tener una utilidad actual”.

<sup>60</sup> Constitución Política de la Monarquía Española, Proclamada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en

[http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)

<sup>61</sup> “No es de extrañar sobremanera si se recuerda que Agustín de Argüelles, en su Discurso preliminar a la Constitución, la considera como el «verdadero vehículo de las luces» en una conceptualización de rancio sabor ilustrado” [En Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 316]

<sup>62</sup> Cremades, J. (1995), *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, La Ley-Actualidad, Págs. 6-7



Como recoge Urías, “Para algunos derechos se establecen mecanismos especiales de garantía, pero normalmente están destinados más a asegurar su desarrollo legislativo posterior que su eficacia sustantiva. En esta época se tiene ya plena conciencia de que los derechos sólo pueden ser garantizados por el legislador: la democracia viene asegurada por la ficción representativa parlamentaria, así que no puede pensarse siquiera la posibilidad de aprobar unos derechos resistentes al propio legislador, sería absurdo”<sup>63</sup>.

En realidad no se trata tanto de derechos fundamentales como legales, y de la forma que los recoge la Constitución de 1812, supone el establecimiento de un régimen represivo (no preventivo), o sea no una situación de censura previa, sino de la posterior consideración delictiva, o no, del hecho delictivo que pudiera cometerse en el ejercicio del derecho de libertad de imprenta<sup>64</sup>.

El artículo 371, el único dedicado de lleno a la libertad de prensa, aparece en el *Título IX. De la instrucción pública*. Ello se debe seguramente a la idea general de los diputados a Cortes, que entendían la educación y la prensa como un conjunto, conjunto que era necesario controlar de alguna manera. Un ejemplo es la disposición de 29 de abril de 1812 de dichas Cortes en que prohíben la reimpresión del texto constitucional sin autorización previa del gobierno, lo cual indica el talante de los diputados al interpretar la Constitución.

La libertad de imprenta se incorpora con el artículo 371, al establecer que “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes”.

---

<sup>63</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 37

<sup>64</sup> Torres de Moral, A. (1986), *Constitucionalismo Histórico Español*, T. 1, Madrid, Atomo Ediciones, Pág. 42

Este artículo, que es muy liberal, es casi una copia exacta del muy conocido artículo primero del decreto de 10 de noviembre de 1810, dado por las Cortes de Cádiz establecidas en la Real Isla de León, en que se decretaba la completa libertad política de imprenta. Es el primer precedente claro de dicha libertad de imprenta en nuestros ordenamientos constitucionales<sup>65</sup>. Establecía la libertad de escribir, imprimir y publicar, porque esta libertad era un freno para la arbitrariedad de los que gobiernan y un medio de ilustración para la nación. Concedía a todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que fueren, la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a su publicación. Suprimían los Juzgados de Imprenta y la censura previa, y dejaba como únicos responsables a los autores o impresores por aquellos escritos subversivos o difamatorios que serían juzgados por los tribunales, una vez decidida la culpabilidad por la Junta de Censura.

El resultado práctico fue que el artículo 371 no significó una auténtica libertad de imprenta, ya que estuvo muy controlada por la Junta de Censura y, por otra parte, la aplicación de la Constitución de Cádiz fue muy limitada en el tiempo, en períodos breves e intermitentes, e incluso en ellos escasamente aplicada. En cualquier caso es el primer referente claro de las libertades individuales y de imprenta que fueron recogidas, posteriormente, por otras constituciones, españolas, europeas y americanas.

La Constitución de Cádiz ha sido un referente y una bandera sobre libertades y espíritu democrático. Pero se deben tener presente dos factores: primero, que no es tanto un catálogo de libertades individuales y derechos fundamentales cuanto más, un primer referente a partir del cual se desarrollaron

---

<sup>65</sup> La Parra López, E. (2005), *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56818403212381663654679/p0000001.htm>

las Constituciones Liberales españolas, las hispanoamericanas y alguna europea; segundo, que el término liberal aplicado a las Constituciones, especialmente a las del Siglo XIX, es relativo. El liberalismo, en esta etapa, es una doctrina burguesa que entiende los derechos y libertades circunscritas a un grupo minoritario de ciudadanos: los burgueses especialmente, que no incluyen los grupos mayoritarios de la sociedad. El sistema de sufragio censatario era normal, y recordemos también que implícitamente, la Constitución de Cádiz reconoce la existencia de esclavos. Como manifiesta Fernández Segado<sup>66</sup> es en realidad la victoria del liberalismo sobre el Antiguo Régimen, el paso de la sociedad de estamentos a la sociedad de clases.

Pero, ignorando las reformas llevadas a cabo por la Constitución de 1812, Fernando VII “como si estos seis años no hubieran pasado y se quitasen de en medio del tiempo”<sup>67</sup>, procede a abolir esta Constitución y será, pasados unos años<sup>68</sup>, cuando volverán a restablecerse algunas de las normas reconocidas en la Constitución de 1812.

Promulgado el 10 de abril de 1834, el Estatuto Real de 1834<sup>69</sup> no es en realidad una Constitución, sino una Carta Otorgada (obra casi personal de Martínez de la Rosa, la más característica de su ministerio), que no reconoce la soberanía del pueblo y se plantea como una concesión de la Corona. Se estructura en 50 artículos, 5 títulos, un Preámbulo y un Real Decreto que lo sanciona.

---

<sup>66</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 316

<sup>67</sup> Comellas, J. L. (1974), *Historia de España Moderna y Contemporánea (1474-1947)*, T. II, Madrid, Rialp, Pág. 266

<sup>68</sup> Este período fue conocido como la década ominosa. Le siguió la Regencia de Maria Cristina de Borbón tras la muerte de Fernando VII.

<sup>69</sup> Estatuto Real de 1834, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en: [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/espana/txt/constitucion\\_1834.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/txt/constitucion_1834.html)

Gran parte de la doctrina no le otorga carácter de Constitución<sup>70</sup> y por supuesto no era un texto liberal. Las Cortes estaban formadas por dos cámaras, la primera de Próceres compuesta por nobles, clérigos y burgueses elegidos por la Corona; la segunda o de Procuradores, formada por miembros elegidos entre los ciudadanos de elevada renta.

Su vigencia fue muy breve, la insurrección de los sargentos de La Granja, el 21 de agosto de 1836, obligó a la Corona a restaurar la Constitución de 1812<sup>71</sup>.

A pesar de su carácter de concesión de la Corona, siempre se ha entendido como el hito que marca el fin del absolutismo en España, pero sobre el derecho a la libertad de expresión e información, no hay mención alguna.

---

<sup>70</sup> Solé Tura, J. y Aja, M. (1978), *Constituciones y períodos constituyentes en España*, Madrid, Siglo XXI, Pág. 30

<sup>71</sup> Sólo a título de curiosidad, citamos el Proyecto de Constitución de 1834, elaborada por la sociedad política “La Isabelina” de marcado carácter liberal y redactado por D. Juan de Olavaria, que se presentó el 24 de Julio de 1834 como alternativa al Estatuto Real y cuyos artículos 1º y 2º, reproducimos:

Artículo 1.- Los gobiernos se han instituido para afianzar el libre ejercicio de las facultades naturales. Estas facultades son:

1. El derecho de poder hacer todo cuanto no esté prohibido expresamente por la ley o la costumbre;
2. El derecho de no poder ser preso ni juzgado sino en los casos y del modo previsto por las leyes anteriores al delito.
3. El derecho de poder aspirar a todos los honores, empleos y dignidades del Estado, sin necesidad de ningún requisito ni información nobiliaria. El derecho de no poder ser turbado en el goce y posesión de su propiedad, excepto en los casos de conocida utilidad pública y previo el buen cambio a bien vista de hombres buenos;
4. El derecho de expresar sus pensamientos de palabra o por escrito sin necesidad de licencia ni censura, sobre todo lo que no sea contrario a las leyes fundamentales, a las buenas costumbres y al honor de las familias.

Artículo 2.- Ninguna autoridad humana puede mandar cosa contraria a estos derechos; no puede de consiguiente penetrar en el fuero interno del hombre, suspender las leyes protectoras de las prerrogativas naturales, ni dispensar a nadie del cumplimiento de las leyes bajo de ningún pretexto. [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07036396711892773087857/index.htm>

## ii. Constitucionalismo liberal y las Constituciones de 1837, 1845 y 1856

Fruto de la insurrección de los Sargentos en la Granja inspirada por Juan Álvarez Mendizábal (1790-1853), que pretendía, y durante un tiempo logró, reinstaurar si no la Constitución de 1812, sí su espíritu, se aprueba el 10 de abril de 1837<sup>72</sup> una Constitución liberal, de carácter conciliador, en realidad una Carta Otorgada, que introduce en España la monarquía constitucional, reconociéndolo así en el preámbulo de la misma, al proclamar que “Siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su Soberanía, la Constitución política promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, las Cortes Generales, congregadas a este fin, decretan y sancionan la siguiente Constitución de la Monarquía Española”.

La Constitución de 1837 consolidó el constitucionalismo en España; su cometido es más procedimental, estructura y fija las normas por las que los estamentos del poder deben regirse, pero sin entrar en contenidos concretos. Y aunque en el mismo preámbulo se habla de una revisión de la Constitución de 1812, se trata de una nueva Constitución.

Existen en ella cambios de estructura y también de concepto. Por ejemplo, la importancia que se da en el texto al derecho a la libertad de imprenta, que se sitúa en esta ocasión en el artículo 2º del Título I De los españoles, cuando en la de 1812 estaba hacia el final del texto constitucional en el Título referente a la Educación<sup>73</sup>. Proclama, en su artículo 2, que “Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las

---

<sup>72</sup> Constitución de 1837, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1837.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf)

<sup>73</sup> El dictamen de la Comisión Constitucional dice: “se ha puesto al principio, como el primero y más interesante de todos los derechos, y el más eficaz y seguro para la conservación y defensa de los restantes”.

leyes. La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados”<sup>74</sup>.

Como recoge Fernández Segado<sup>75</sup>, en lo que se refiere al principio de libertad, “es la primera que dedica un Título completo a enumerar un conjunto de derechos y libertades que se enuncian no como preceptos abstractos, sino como preceptos con un indudable carácter práctico y un contenido jurídico-positivo”.

No existe, pues, censura previa, y cualquier presunto delito de prensa es competencia exclusiva de los jurados. La libertad de prensa pasa a entenderse como una función política y se tutela, frente a otros derechos que quedan a criterio del legislador, quien puede suspenderlos en ciertas circunstancias: el derecho a la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio o la propiedad.

Aunque, por descontado, existen límites. La Constitución de 1837 establecía un sistema censatario en la Ley Electoral, según el cual sólo podían votar los varones de más de 25 años, con una cuota impositiva mínima bastante alta, y los que poseían ciertas capacidades intelectuales sin llegar a la cuota impositiva establecida: doctores, licenciados, maestros, curas y poco más. En total no más allá de 240.000 personas en toda España, la 1/58 parte de la población.

Por otra parte, y en segundo lugar, la Ley de Prensa de 17 de octubre del mismo año, que desarrollaba el artículo constitucional, establece el depósito previo, eleva la fianza obligada para editar periódicos y faculta a los

---

<sup>74</sup> En el proyecto de Constitución de Istúriz de 1836, estos derechos aparecían en el Artículo 3 del Capítulo I: “Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna exterior, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes”

<sup>75</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 43

gobernadores civiles para suspender publicaciones que subviertan el orden establecido<sup>76</sup>.

La Constitución de 1937 significa respecto a la ley de prensa el concepto de control del sistema democrático a través de las publicaciones. Un control elitista, de aquellos que tienen acceso a intervenir en la prensa, pero no deja de ser un control que a la vez puede hacer llegar al gobierno la opinión pública, aunque sea la opinión de grupos muy reducidos.

A la Constitución de 1837, vigente hasta 1845, seguirá la Constitución de 1845<sup>77</sup>, que es tan sólo una reforma de la del 37 para poner el poder en manos de la monarquía y la nobleza.

La diferencia fundamental con la anterior aparece en el preámbulo<sup>78</sup>. La voluntad del pueblo soberano pasa a ser la de la Reina soberana, Isabel II, y de las Cortes del Reino: “Doña Isabel II, por la gracia de Dios y de la Constitución de la Monarquía española, Reina de las Españas; a todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos tiempos en los negocios graves de la Monarquía, modificando al efecto la Constitución promulgada en 18 de junio de 1837, hemos venido, en unión y de acuerdo con las Cortes actualmente reunidas, en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía”.

---

<sup>76</sup> Santamaría Lambas, F. (1999), *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Memoria para la obtención del Título de Doctor en Derecho, Pág. 52 y ss., Disponible en: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34690626542325084843457/007783.pdf>

<sup>77</sup> Fue aprobada el 23 de mayo de 1845, por el Gobierno de Narváez.

<sup>78</sup> Constitución de 1845, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1845.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1845.pdf)

En este texto, se mantiene casi igual el artículo segundo, aunque con una importante supresión: el párrafo final, quedando así: “Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes”, modificando el ámbito jurisdiccional en relación con la libertad de imprenta, y se suprime: “La calificación de los delitos de imprenta corresponde exclusivamente a los jurados”. O sea, se suprime toda referencia a los jurados como únicos órganos para entender de los delitos de imprenta y protección o tutela de la libertad de prensa.

A tenor del texto constitucional, el Real Decreto-ley de 6 de julio de 1845 suprime los juicios por jurado en los delitos de imprenta, y se reconoce por primera vez en el ordenamiento jurídico español el delito de apología que afectaba a los textos que elogiaran o defendieran conductas consideradas delictivas.

En la práctica, junto a la censura eclesiástica<sup>79</sup> se instauró una censura gubernativa.

Los sucesivos cambios de gobierno, asonadas, motines, levantamientos y toda clase de pugnas entre liberales y conservadores, provocando cambios pendulares en las leyes fundamentales por las que trataba, sin mucho éxito, de regirse el pueblo español, abren un nuevo proceso constituyente con el proyecto de Constitución de 1856<sup>80</sup>, conocida como la Constitución *Non nata*<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Ampliada y concretada con la firma del Concordato de 1851 con la Santa Sede que imponía censura previa a todos los escritos que tratasen sobre el dogma.

<sup>80</sup> Aunque el texto se aprobó en las Cortes Constituyentes no fue promulgado y, de hecho, no entró en vigor. Fue un proyecto nuevo y progresista, que reafirmaba el principio de la soberanía nacional, reconocía ampliamente los derechos políticos e instalaba, por primera vez en España, un régimen de tolerancia religiosa. Las Cortes fueron disueltas en septiembre de 1856, y la Constitución no pasó de proyecto.

<sup>81</sup> Constitución no promulgada de 1856, [Consulta el 15 Febrero 2007], Disponible en [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/espana/1856.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/1856.html)



El proyecto de Constitución de 1856 fue lo más parecido a un aborto constitucional. Era una reedición de la Constitución de 1837. en la que, la nación detenta de nuevo la soberanía: “ Artículo 1.- Todos los poderes públicos emanan de la Nación, en la que reside esencialmente la Soberanía, y por lo mismo pertenece exclusivamente a la Nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales “.

En el artículo 3, reconoce la libertad de imprenta y establece ciertas garantías instaurando de nuevo los jurados, según el siguiente redactado: “Artículo 3.- Todos los españoles pueden imprimir y publicar libremente sus ideas sin previa censura, con sujeción a las leyes. No se podrá secuestrar ningún impreso hasta después de empezar a circular. La calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados”.

Con esta Constitución, se publica un Acta Adicional a la Constitución de 1856<sup>82</sup> (Real Decreto de 15 de septiembre del mismo año, que en su artículo 1º se dice: “La calificación de los delitos de imprenta corresponde a los jurados, salvo las excepciones que determinen las leyes”).

Las Bases Orgánicas de la Ley de Imprenta regulan las garantías de la libertad de prensa y, de alguna manera las constriñen, al determinar los casos en los que intervienen los jurados<sup>83</sup>; aparece el concepto de honor u honra de las instituciones como sujeto de delito, se establece la censura en publicaciones religiosas y la responsabilidad de los directores e impresores. En definitiva: la voluntad del legislador sobre las libertades individuales, que quedan reducidas y escasamente protegidas.

---

<sup>82</sup> El Acta Adicional tuvo una corta vida, fue derogada por Real Decreto de 14 de octubre de 1856, Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12159429792325954198846/index.htm>

<sup>83</sup> Jurados que por otra parte estarán siempre formados por ciudadanos con un cierto nivel de renta, que reducía mucho el número de los jurados posible, y los limitaba de hecho a los máximos contribuyentes de cada provincia.

Uno de los derechos fundamentales que aparecen, por primera vez, en un ordenamiento normativo en España, es el concepto de honor u honra como sujeto de delito, y aunque sea referido a las Instituciones, no deja de ser un precedente.

iii. La modernidad democrática de las Constituciones de 1869 y 1876 y su retroceso en la Constitución de 1876

La más característica quizás, después de la de 1812, de todo el siglo XIX español y consecuencia de “*La Gloriosa*” –la Revolución de 1868<sup>84</sup>–, la Constitución de 1869<sup>85</sup> está considerada la primera de las Constituciones modernas y democráticas de nuestra historia. “Toda ella descansa sobre los derechos, que así cobran una importancia superior a la que nunca antes habían tenido como configuradores del orden social”<sup>86</sup> pretendiendo, en opinión de Fernández Segado, “garantizar a todo trance las libertades individuales”<sup>87</sup>.

Los principios políticos democráticos que informan la Constitución son: la democracia, el *iusnaturalismo* racionalista en materia de derechos y la Monarquía Parlamentaria<sup>88</sup>. En su preámbulo, al decir que “La Nación española y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por Sufragio Universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos vivan en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución”, vincula la soberanía nacional con el sufragio universal.

---

<sup>84</sup> El descontento hacia el régimen de Isabel II desembocó en la Revolución de 1868 –La Gloriosa–, hecha en nombre de la libertad, instituyó el régimen más democrático que, hasta entonces, había tenido España. La Junta Superior Revolucionaria publicó el 9 de octubre en la Gaceta de Madrid una Declaración de Derechos que contenía la filosofía política inspiradora de la Revolución: la libertad y la abolición de la esclavitud.

<sup>85</sup> Constitución de 1869, [Consulta el 17 Febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1869.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf)

<sup>86</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 43

<sup>87</sup> Fernández Segado (1992), *Op. cit.*, Pág. 44

<sup>88</sup> Torres del Moral, A. (1986), *Constitucionalismo Histórico Español*, T. 1, Madrid, Atomo Ediciones, Pág. 101

Los derechos de los ciudadanos, los derechos fundamentales, que no son sólo la libertad de imprenta y el sufragio universal, sino también la libertad de culto, asociación y de tipo social, son derecho natural (*iusnaturalismo*), no proceden de nadie –Reyes o Cortes– Es un nuevo concepto, más bien por lo radical, pero que tendrá fuertes consecuencias jurídicas.

Sentó unas auténticas bases para establecer y declarar unos derechos y libertades proclamando enfáticamente, en opinión de Comellas<sup>89</sup>, los derechos del ciudadano. Así es que, en su artículo 17 se recoge: “Tampoco podrá ser privado ningún español: 1. Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante. 2. Del derecho a reunirse pacíficamente. 3. Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública; y por último 4. Del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las autoridades”.<sup>90</sup>

La redacción del primer párrafo del artículo 17 dice: “Tampoco podrá ser privado ningún español...”. Y es fundamental ya que si no puede ser privado es que el derecho es previo a la Constitución. No puede privarse a nadie de aquello que no tiene y, en palabras de Urías, “La Constitución tiene que encargarse de asegurar estos derechos para que no resulten vulnerados, pero ella no los crea. Por eso ya no se habla de libertades, sino de derechos exigibles y garantizados. Y estos derechos, no son una concesión que el poder graciosamente otorga a sus

---

<sup>89</sup> Comellas, J.L. (1974), *Op. cit.*, Pág. 390

<sup>90</sup> En opinión de Sánchez Agesta, “Todos los supuestos de la libertad de expresión personal, con la libertad e inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, la libertad de circulación, la libertad de enseñanza, la libertad de industria, los derechos de expresión del pensamiento, reunión y asociación (que aparece por primera vez en nuestro Derecho Constitucional) (...) están garantizados en esta declaración ..” [Sánchez Agesta, L. (1964), *Historia del constitucionalismo español*, 2ª edic., Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

ciudadanos: son la base del sistema político que permite al poder constituirse en sí mismo”<sup>91</sup>.

El reconocimiento constitucional de estos derechos, incluido el de la libertad de expresión, es reforzado con otros artículos como son el artículo 22, por el que se prescribe que “No se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este Título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos”.

Este artículo 22 deja muy claro que la libertad de prensa es total y su responsabilidad será establecida por los jurados posteriormente a la publicación, no por el poder ejecutivo ni el legislativo. Prohíbe cualquier tipo de censura, pero establece el depósito previo, que en realidad es una forma de censura, empleada en más ocasiones en la historia de la información en España.

En el artículo 17 se presenta, por primera, vez la libertad de expresión y la libertad de imprenta o, cualquier otro medio de difusión –bien es cierto que en aquel entonces no había muchos más– en un mismo artículo, como modernamente viene expresado en las constituciones<sup>92</sup>.

Pero el poder se reserva sus opciones de control, y el artículo 31, pone límites a esas derechos al decir que: “Las garantías consignadas en los Arts. 2, 5 y 6, y párrafos 1, 2 y 3 del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. Promulgada aquélla, el

---

<sup>91</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 44

<sup>92</sup> Hay que tener en cuenta que todos estos derechos, no sólo los de libertad de expresión e imprenta, sino también de sufragio universal, etc., sólo se aplicaban a los hombres, quedando las mujeres bajo la tutela de los padres y maridos. Ciertamente es que la Constitución no dice nada, pero la práctica fue la negación de estos derechos a la mujer.

territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este Artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley”.

Los párrafos 1, 2, 3 del artículo 17 son los que recogen los derechos fundamentales y éstos, quedan a expensas de una ley de modo y manera que, aunque no de forma tan evidente como en anteriores textos normativos, quedan estas libertades bajo el control del Parlamento en circunstancias extraordinarias, dice el artículo 31, sólo que es el mismo Parlamento quién decide cuales son las circunstancias extraordinarias.

Fue una buena Constitución, sólo duró cinco años, sin tiempo pues para su completo desarrollo pero, al iniciarse un nuevo proyecto constitucional, instaurándose la Primera República<sup>93</sup>, se van a llevar a cabo una serie de medidas limitando los derechos reconocidos en su artículo 17.

Al disolverse la I República, se instaura la monarquía y con ello, el triunfo de la Restauración borbónica en la que, como viene siendo costumbre en los

---

<sup>93</sup> El 1 de junio de 1873, se celebraba la primera sesión de las Cortes Constituyentes y, el 8 de Junio, se aprobaba la propuesta con el voto favorable de 219 diputados y solamente 2 en contra, proclamándose ese día la República Federal. En un clima de luchas y tensiones entre los parlamentarios, tan magníficamente narrados por don Benito Pérez Galdós en sus *Episodios Nacionales*, se crea una comisión de 25 miembros que debía elaborar la nueva Constitución, como proyecto de Constitución Federal de la República Española y, cuya redacción se atribuye principalmente a Castelar. El nuevo gobierno se planteaba como objetivos prioritarios la elaboración de esa nueva Constitución y la aprobación de una serie de normas con carácter social, entre las que se encuentran la creación de jurados mixtos de empresarios y trabajadores, protección a la infancia o el acceso de los jornaleros a la propiedad de las tierras desamortizadas. El proyecto de Constitución Federal de la Primera República Española, que no se llegó a aprobar, se desarrollaba a lo largo de 117 artículos organizados en 17 títulos.

vaivenes políticos del siglo, se vuelve a la Constitución de 1845, pero se mantienen muchos de los derechos de la de 1869, estableciéndose una serie de mecanismos de supresión de dichos derechos.

Con la Constitución de 1876<sup>94</sup> surge un retroceso. Al inicio del proceso constitucional, se *autoriza* a la prensa a plantear, informar y discutir sobre las cuestiones constitucionales. Por la misma razón que decíamos antes que: “Tampoco podrá ser privado ningún español...” porque si no puede ser privado es que el derecho es previo a la Constitución, no puede privarse a nadie de aquello que no tiene<sup>95</sup>; ahora si se autoriza, es que se entiende que tal derecho no existe previamente. O sea que la libertad de prensa e imprenta no es un derecho fundamental de los ciudadanos.

Esta nueva Constitución<sup>96</sup> devuelve la soberanía nacional al Rey y a las Cortes, al proclamar en su Preámbulo: “Don Alfonso XII, por la gracia de Dios, Rey constitucional de España; a todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que en unión y de acuerdo con las Cortes del Reino actualmente, hemos venido en decretar y sancionar la siguiente Constitución de la Monarquía Española” reconociendo la división de poderes entre ambos. Ya no es “La Nación española y en su nombre las Cortes Constituyentes, elegidas por Sufragio Universal...” si no que es el Rey, eso sí *en unión y de acuerdo* con las Cortes, quién decretan y sancionan la Constitución.

Respecto a los derechos individuales, el artículo 13 parece estar redactado igual que el artículo 17 de la Constitución de 1869, sólo que no aparece:

---

<sup>94</sup> Constitución de 1876, [Consulta el 17 Febrero 2007], Disponible en: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1876.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf)

<sup>95</sup> Ya comentado en página 45

<sup>96</sup> Conocida como la *Constitución de los Notables* al ser redactada por un grupo de 600 notables, antiguos senadores y diputados de anteriores legislaturas, designados por Cánovas.

“Tampoco podrá ser privado ningún español”, por lo que, en opinión de Clavero<sup>97</sup>, se ha suprimido la entrada mas garantista recogida en aquella.

Por lo tanto la Constitución crea el derecho y lo otorga, por lo que puede suprimirlo, restringirlo o revocarlo. Y así, en este artículo, se recoge: “Todo español tiene derecho: 1. De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa<sup>98</sup>. 2. De reunirse pacíficamente. 3. De asociarse para los fines de la vida humana. 4. De dirigir peticiones individual o colectivamente al Rey, a las Cortes y a las autoridades. El derecho de petición no podrá ejercerse por ninguna clase de fuerza armada. Tampoco podrán ejercerlo individualmente los que formen parte de una fuerza armada, sino con arreglo a las leyes de su instituto, en cuanto tenga relación con éste”.

El nuevo artículo 17/1876, establece el sistema para suspender las libertades de prensa e imprenta recogiendo que “Las garantías expresadas en los Arts. 4, 5, 6 y 9, y párrafos 1, 2 y 3 del 13, no podrán suspenderse en toda la Monarquía, ni en parte de ella, sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en circunstancias extraordinarias. Sólo no estando reunidas las Cortes y siendo el caso grave y de notoria urgencia, podrá el Gobierno, bajo su responsabilidad, acordar la suspensión de garantías a que se refiere el párrafo anterior, sometiendo su acuerdo a la aprobación de aquéllas lo más pronto posible. Pero en ningún caso se suspenderán más garantías que las expresadas en el primer párrafo de este Artículo. Tampoco los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley”.

---

<sup>97</sup> Clavero, B. (1990), *Op. cit.*, Pág. 130

<sup>98</sup> “Se elimina la censura previa y se exige para los libros pie de imprenta identificativo a los efectos de eventuales responsabilidades conforme a la legislación o Código Penal Común”. [En Clavero, B. (1990), *Op. cit.*, Pág. 138]

Leyes y Decretos complementarios excluían de toda crítica al rey, las autoridades y la religión, y muy posteriormente (1895 y 1906) se intentó incluir al Ejército<sup>99</sup>.

La Ley de Policía e Imprenta de 26 de julio de 1883<sup>100</sup>, obliga al depósito previo de publicaciones e impresos ante los gobernadores civiles o, en su defecto, alcaldías; también se establece la responsabilidad múltiple de autores, directores, editores e impresores. La Ley reconoce un nuevo derecho, el de rectificación, otorgando competencias a los Tribunales de Justicia para defenderlo de transgresiones<sup>101</sup>.

Y también aparece otro derecho por primera vez, aunque en un ámbito muy concreto: el derecho a la intimidad, recogido en el artículo 7: “No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo”.

Si alguna virtud tiene esta constitución es la de la longevidad, estuvo en vigor hasta 1923, fue la de mayor duración, no alcanzada por ninguna otra, ni siquiera la actual. Aunque también es cierto que sufrió cambios y suspensiones.

---

<sup>99</sup> Cendán Pazos, F. (1974), *Historia del derecho español de prensa e imprenta (1502-1966)*, Madrid, Editora Nacional, Págs. 151-152.

<sup>100</sup> Publicada en la Gaceta de Madrid el 30 de julio de 1883.

<sup>101</sup> Gómez-Reino y Carnota, E. (1977), *Aproximación histórica al Derecho de la imprenta y de la Prensa en España (1480-1966)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, Pág. 171



#### iv. De la II República y la Constitución social de 1931 a las Leyes Fundamentales de la época franquista

Es la Constitución de la II República –Constitución de 1931<sup>102</sup>–, una constitución moderna que ha sido objeto de toda clase de debates, críticas, encendidas defensas y virulentos ataques<sup>103</sup>.

Según Fernández Segado<sup>104</sup>, “Esta Constitución, al igual que sus coetáneas, no se limitará a ser la norma vertebradora de las instituciones del Estado o, a enunciar sin mayores pretensiones los derechos y libertades individuales, sino que se extenderá al plano social, asumiendo una función transformadora de la sociedad”.

Para Urías, “En lo relativo al concepto de Constitución y de derechos, el antecedente inmediato del sistema actual es el diseñado por la Constitución republicana de 1931. En estos terrenos, la experiencia de la segunda República española ha marcado también decisivamente la evolución jurídica de muchos de los países de nuestro entorno. Se trata de una Constitución que rompe radicalmente con el modelo anterior. Se quiere que la Constitución en sí sea norma jurídica aplicable y cuya vulneración no quede sin sanción. Los derechos, y entre ellos el sufragio realmente universal, le dan al texto la legitimidad necesaria para imponerse sobre los poderes constituídos. Sobre este modelo, con la experiencia europea de la posguerra, se elaborará luego la Constitución vigente en la actualidad”<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Constitución de 1931, [Consulta el 19 Febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf)

<sup>103</sup> Agotada la dictadura del General Primo de Rivera, que presentó un anteproyecto de Constitución que no prosperó, se proclama la II República por Alcalá-Zamora. El texto republicano fue aprobado el 9 de diciembre de 1931 y fue publicada en el BOE de 10 de diciembre.

<sup>104</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 48

<sup>105</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 466

Cremades, por su parte, opina: “Entre las influencias de Constituciones extranjeras que se detectan en la Constitución de la II República española, no sólo implícitas, sino explícitas en el discurso preliminar pronunciado por Jiménez de Asúa, cabe destacar la de la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de Weimar de 1919, en virtud de la cual se recogen los llamados derechos económicos y sociales, con un sistema de garantías culminado por el Recurso de Amparo, por influencia mexicana, en el Tribunal de Garantías Constitucionales”<sup>106</sup>.

Por descontado, el poder vuelve al pueblo: “Como Presidente de las Cortes Constituyentes, y en su nombre, declaro solemnemente que éstas, en uso de la soberanía de que están investidas, han decretado y sancionado lo siguiente: España, en uso de su Soberanía, y representada por las Cortes Constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución”, proclamando en el segundo párrafo del artículo 1 que los poderes de todos sus órganos emanan de éste.

Establece derechos fundamentales en los arts. 25 y 34, de forma clara y determinante, en el Capítulo I, de las Garantías Individuales. Así en el artículo 25, proclama que “No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas (Título III Derechos y deberes de los españoles. Capítulo I Garantías individuales y políticas)”, reconociendo en el artículo 34, la libertad de prensa y de medios de comunicación<sup>107</sup>, al decir que “Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a previa censura. En ningún caso podrá recogerse la edición de libros y periódicos sino en virtud de mandamiento de Juez competente. No podrá decretarse la suspensión de ningún periódico sino por

---

<sup>106</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 9

<sup>107</sup> Como manifiesta Clavero, B. (1990), *Op. cit.*, Pág. 202 “... ya no se refiere sólo a la imprenta sino también a otros medios de radiodifusión”.

sentencia firme (Título III. Derechos y deberes de los españoles. Capítulo I Garantías individuales y políticas)”, y proclama la igualdad de derechos ante la ley, estableciendo algunos más como el sufragio universal masculino y femenino del artículo 36 (para los mayores de 23 años), el derecho de asociación o sindicación (artículo 39), la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria (artículo 48), la gratuidad de la justicia (artículo 94) y algunos otros, que aún perduran en nuestra actual Constitución.

Pero quizás lo más importante es la serie de garantías que establece el texto, pues la filosofía que impregna el citado texto constitucional, entiende estos derechos como fundamentales y establece mecanismos para que sean garantizados por la misma Constitución frente al Estado y las autoridades gubernativas. Con lo cual, cualquier norma que se oponga a la Constitución puede y debe ser anulada. Así, declara que “Artículo 101.- La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder”; asegura las garantías judiciales atribuyendo a los órganos jurisdiccionales competencias al respecto. Por ello, declara garante del cumplimiento de las leyes al Ministerio Fiscal, recogiendo en el artículo 104 que “El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de la justicia” o estableciendo, en el artículo 105, que “La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”. (Título VII. Justicia).

Introduce este texto, por primera vez, el control de inconstitucionalidad<sup>108</sup>, al establecer en su Título IX. Garantías y reformas de la Constitución, que – artículo 121– “Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República,

---

<sup>108</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 49

un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de: a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes. b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí. d) El examen y aprobación de los poderes de los Compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República. e) La responsabilidad criminal del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros. f) La responsabilidad criminal del Presidente y los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República”.

Aunque también es cierto que el artículo 42, establece el derecho del Gobierno a suspender todos estos derechos y garantías por Decreto del Gobierno. Fue un artículo muy utilizado a lo largo de los años republicanos, en los que se aplicó con prodigalidad la Ley de Defensa de la República<sup>109</sup>, por la que el Ministerio de la Gobernación podía suspender los derechos de asociación y reunión, entre otros, por un concepto tan aleatorio como “... que por las circunstancias de su convocatoria sea presumible que su celebración pueda perturbar la paz pública”. En las circunstancias por las que atravesaba la República, difícilmente se daban las circunstancias contrarias.

El desarrollo de los derechos fundamentales en España, desde aquel lejano 1812 y a través de un largo y convulso período, a pesar de las etapas de involución, ha sido la historia de un lento pero constante avance que se inició con el derecho a la libertad de prensa, objetivo primero de los ilustrados y sus descendientes los liberales decimonónicos, y avanzó hacia los nuevos y modernos conceptos de dichos derechos fundamentales individuales del siglo XX, que se desarrollaron en gran parte del mundo a partir de finales de la II Guerra Mundial.

---

<sup>109</sup> De 21 de octubre de 1931, fue publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de octubre.

La Constitución de 1931 marca un fin, el fin de toda una época iniciada como se ha dicho en 1812. Ni las Leyes Fundamentales del Régimen franquista, ni la Constitución de 1978, pertenecen al mismo estadio. Son producto de otras circunstancias y otros modos, naturalmente distintos entre ellos, de entender la vida individual y social pero sí sentó, esta Constitución, las bases de muchas instituciones asumidas por la Constitución actual.

Durante casi cuarenta años, las normas elaboradas por el gobierno del régimen autoritario del General Franco, rigieron la vida de los españoles.

Actualmente la mayor parte de los estudiosos del Derecho Constitucional no consideran las disposiciones legislativas, en especial el conjunto de leyes conocido como Leyes Fundamentales del Reino<sup>110</sup>, como un cuerpo de características constitucionales, sino más bien como una recopilación de textos. Respecto al presente trabajo, sólo dos de estas leyes son de interés, no en su conjunto, sino en función de los derechos individuales, que más bien fueron pocos y, específicamente, los referidos a la información.

Por desdado el lenguaje y los conceptos cambian radicalmente en los nuevos textos. Nada que ver con los republicanos de 1931. El artículo 1º del Título preliminar ya es un ejemplo: “El Estado español proclama como principio recto de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembros de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común”.

---

<sup>110</sup> Eran: El Fuero del Trabajo, 9 de marzo de 1938; Ley Constitutiva de las Cortes, 17 de julio de 1942; Fuero de los Españoles, 17 de julio de 1945; Ley del Referéndum nacional, 22 de diciembre de 1945; Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, 26 de julio de 1947; Ley de Principios del Movimiento Nacional, 17 de mayo de 1958 y la Ley Orgánica del Estado, 10 de enero de 1967. [Pueden consultarse en: Sánchez Agesta, L. (1975), *Documentos Constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional, Págs. 197 y ss. ]

Excepto a lo enrevesado de la redacción y que se refiere a derechos más bien de orden trascendental, que por la misma redacción no queda claro de quién son los deberes y derechos, es un artículo hasta cierto punto correcto porque establece una clara obligación del Estado por el respeto hacia unos principios individuales aceptables.

En el artículo 12º del Fuero de los Españoles se garantiza la libertad de expresión, eso sí, con un importante condicionante, que “no atenten a los principios fundamentales del Estado”. Claro que dichos *principios fundamentales* eran elásticos y los establecía el propio Estado. Así, reconoce que “Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado (Título I. Deberes y Derechos de los Españoles. Capítulo I)”, y en el artículo 16º se habla de la libertad de reunión y asociación, también condicionándola: “Los españoles podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes. El Estado podrá crear y mantener las organizaciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines. Las normas fundacionales, que revestirán forma de ley, coordinarán el ejercicio de este derecho con el reconocido en el párrafo anterior”.

El Estado franquista no sólo limita en los propios artículos en que se refiere a este derecho, si no que establece uno especial para su control: “Artículo 35.- La vigencia de los Artículos doce, trece, catorce, quince, dieciséis y dieciocho podrá ser temporalmente suspendida por el Gobierno total o parcialmente mediante Decreto-Ley, que taxativamente determine el alcance y duración de la medida. (Título II. Del ejercicio y garantía de los Derechos)”.

Un simple Decreto-Ley, sin intervención de las Cortes, anula los derechos y por el tiempo que el Gobierno considere necesario.

En la Ley de 1958, de Principios del Movimiento Nacional<sup>111</sup>, se refiere a los derechos, en dos capítulos, el V y el IX. En este segundo, el IX, se relacionan los derechos de los españoles que resultan ser: justicia independiente, gratuita para los que no pueden pagarla, educación, seguridad social y “una equitativa distribución de la renta nacional y de las cargas fiscales”, pero no aparece ningún otro derecho.

En el capítulo V se dice: “La comunidad nacional se funda en el hombre, como portador de valores eternos, y en la familia, como base de la vida social; pero los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la Nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras. La Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, aunque no especifica el derecho a que se refiere.

La Ley Orgánica del Estado de 1967, en el Título IV: El Consejo Nacional, dedica un breve apartado a los derechos. Dicho organismo tiene a su cargo: “c) Velar por el desarrollo y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por las Leyes fundamentales y estimular la participación auténtica y eficaz de las entidades naturales y de la opinión pública en las tareas políticas”.

Pero, si hemos destacado y citado el interés para este trabajo de dos artículos (el 12 y el 16) del Fuero de los Españoles, no podemos obviar la existencia de unas leyes, dirigidas al campo de la información, y en vigor a lo largo de todo el período franquista.

Dos son las Leyes de Prensa que aparecen dentro del largo período de la Dictadura franquista, la de 1938 y la de 1966. La primera, dada en plena Guerra Civil, es una ley de control de la prensa en función de las circunstancias bélicas. No habla de información libre e instaura la censura previa y amenaza con

---

<sup>111</sup> Ley de 1958, de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958.

sanciones a todo escrito que: “... directa o indirectamente tienda a mermar el prestigio de la Nación o del Régimen, entorpezca la labor del Gobierno en el Nuevo Estado o siembre ideas perniciosas entre los intelectualmente débiles. (Art. 18, párrafo primero)”.

Las características conceptuales de la citada Ley de Prensa de 1938<sup>112</sup>, están claramente reflejadas en el texto previo: “Hay que evitar los males que provienen de la libertad de tipo democrático. La prensa debe estar siempre al servicio del interés nacional; debe ser una institución nacional, una empresa al servicio del estado” (...) “... que es hoy cuando auténticamente y de manera solemne se puede declarar la libertad de prensa, libertad integrada en sí misma por derechos y deberes y que ya nunca podrá desembocar en aquel libertinaje democrático, por virtud del cual pudo discutirse la Patria y al Estado, atentar contra ellos y proclamar el derecho a la mentira, a la insidia y a la difamación como sistema metódico de destrucción de España decidido por el rencor de poderes ocultos”.

Los puntos sobre los que se desarrolla la Ley son: La regulación del número de las publicaciones periódicas; la intervención en la designación de los directores; la reglamentación de la profesión de periodista; la vigilancia de las actividades de la prensa y la censura<sup>113</sup>.

La intención de la Ley, dadas las circunstancias de guerra, era establecer un control exhaustivo del Estado sobre la información. Los derechos a la libre y veraz información eran secundarios, si no perversos según la mentalidad de la

---

<sup>112</sup> Siempre se la ha denominado Ley, pero no es más que un Decreto de 22 de abril de 1938 (Publicado en el BOE núm. 550 de 24 de abril). También es conocida como Ley de Prensa de Serrano Suñer, que fue su inspirador.

<sup>113</sup> Fernández Areal, M. (1971), *La libertad de prensa en España (1938-71)*, Madrid, Edicusa, Págs. 27-28

Fernández Areal, M. (s.f.), *Evolución del concepto de libertad de prensa desde la ley de guerra de 1938 hasta la Constitución de 1978*, [Consulta el 19 Febrero 2007], Disponible en [http://www.upf.edu/periodis/Congres\\_ahc/Documents/Sesio1/Fernandez.htm](http://www.upf.edu/periodis/Congres_ahc/Documents/Sesio1/Fernandez.htm)



época. La información está en función del Estado y a él le compete “...la organización, vigilancia y control de la institución nacional de la prensa periódica (Art.1º)”.

El problema fue que una Ley que debía ser provisional y circunscrita al tiempo que durase la Guerra, se prolongó hasta 1966.

Dentro de la mentalidad del franquismo tardío, la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966<sup>114</sup>, fue tildada de una ley abierta y liberalizadora, pero en realidad no significó, ni siquiera contemplaba, la mayor parte de los derechos a una información auténtica y completa. Lo que ocurría es que, de hecho, era más liberal que la de 1938, y fue el principio de un cambio en los modos y, especialmente, en la mentalidad de los informadores y los informados.

Se intentó presentar la Ley como doctrinalmente inspirada en el Concilio Vaticano II y en el famoso artículo 12 del Fuero de los Españoles, que según se decía era un reconocimiento formal de la libertad de expresión o, al menos, así lo afirmaba el Ministro en su discurso de presentación del proyecto de ley en las Cortes. En el punto 12, y de acuerdo con el principio de subsidiariedad tradicional en la Iglesia, el Decreto sobre medios de comunicación social establecía “los siguientes deberes para la autoridad civil: a) Defender y tutelar una verdadera y justa libertad; b) Fomentar aquellas obras y empresas que, siendo especialmente útiles para la juventud, no podrían de otro modo ser acometidas; c) Procurar que no se siga daño a las costumbres y al progreso de la sociedad por un mal uso de estos medios de comunicación; d) Tener un especial

---

<sup>114</sup> Esta ley (Ley 14/1966 de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta), fue promulgada cuando era Ministro de Información y Turismo Manuel Fraga Iribarne.

cuidado de proteger a los jóvenes de la prensa y de los espectáculos que sean perniciosos para su edad"<sup>115</sup>.

Desde el Preámbulo de la ley al reseñar que "... De esta manera bien se puede decir que el principio inspirador de esta Ley lo constituye la idea de lograr el máximo desarrollo y el máximo despliegue posible de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, consagrada en el artículo doce del Fuero de los Españoles, conjugando adecuadamente el ejercicio de aquella libertad con las exigencias inexcusables del bien común, de la paz social y de un recto orden de convivencia para todos los españoles. En tal sentido, libertad de expresión, libertad de Empresa y libre designación de Director son postulados fundamentales de esta Ley, que coordina el reconocimiento de las facultades que tales principios confieren con una clara fijación de la responsabilidad que el uso de las mismas lleva consigo, exigible, como cauce jurídico adecuado, ante los Tribunales de Justicia", se pone de manifiesto esa idea de lograr la libertad de expresión, entendida en aquel momento como "la auténtica libertad de prensa" y que no dejaba de ser más que una mera declaración de buenas intenciones porque sino, ¿cómo se conjuga esa auténtica libertad con unos límites que pueden ser sancionados administrativamente sin haber sido previamente tipificados?

Desde el primer momento, el legislador se mueve, en el enunciado, entre el concepto de libertad y el del bien común, lo cual si bien es un principio social perfectamente asumible, lo matiza, tanto en el mismo Preámbulo como en el resto del articulado, con otros conceptos mucho más subjetivos que dejan los límites de la libertad al criterio de la autoridad: "...y de un recto orden de convivencia para todos los españoles". Sería importante definir las acepciones de "*recto*" consideradas.

---

<sup>115</sup> Fernández Areal, M. (1971), *Op. cit.*, Pág. 82

El artículo que ha suscitado mayores controversias es el 2.2, que, con una clara referencia al artículo 12 del Fuero de los Españoles, habla de la libertad de expresión y de la información al recoger que “La libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocido en el art. 12, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales, las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”.

Aparecen referencias a la intimidad y al honor personal y familiar, que si bien ya aparecieron en otras Constituciones, no lo fue de manera tan explícita.

La Ley, en su período de estudio y redacción, despertó muchas esperanzas que no se vieron reflejadas en su contenido, y mucho menos en su aplicación. De hecho no dejó de ser un buen avance sobre la de 1938, pero las expectativas fueron demasiadas, dado el Régimen y su fundamentación. Ciertamente eliminó algunos controles y reconoció, expresamente, la libertad de expresión y a la información, pero creaba una serie de ambigüedades de los tipos y reforzaba – especialmente a través de los reglamentos y leyes asociadas<sup>116</sup>– el poder de la Administración y su capacidad de tomar decisiones al margen de los tribunales en temas no definidos concretamente por el texto legal.

---

<sup>116</sup> Nueva redacción de los artículos 123, 164 bis, y 165 bis del Código Penal y la Ley de Secretos Oficiales de 15 de abril de 1968, por ejemplo. La declaración de materia reservada era una práctica habitual del Gobierno para limitar la libertad de prensa. Como ejemplos, entre muchos otros, el 3/2/1967 se declaró materia reservada los acuerdos de las Juntas de Facultad Universitaria y Escuelas Técnicas; los anuncios previos de los viajes del Jefe del Estado y el Príncipe de Asturias (28-29/7/1970); Informaciones sobre la República de Guinea Ecuatorial (30/1/1971), etc.

Es paradigmático el embrollo legal a que se veían sometidos los profesionales de la información, cuya responsabilidad podía caer en los Tribunales Ordinarios; el Tribunal de Orden Público, con jurisdicción especial para la represión de los delitos políticos, la mayor parte con respecto a los periodistas por intento de hacer uso de Derechos Fundamentales; los Tribunales Militares y el Jurado de Ética profesional, formado por profesionales y otras personas que no tenían esta condición.

No es de extrañar pues, que el periodista ejerciera una auto censura, muy estricta, salvo contadas excepciones.

El problema de la Ley de 1966 fue que se publicó en un momento en que la sociedad española iniciaba un despegue no sólo económico, sino también ideológico. El cerrado mundo de las décadas anteriores estaba periclitando, y un muy limitado avance en la libertad de prensa y el acceso a una información no manipulada ya no conformaba, a la sociedad. Supuso un avance, pero un avance sobre una Ley de Guerra. Lo cierto es que las escasas cuotas de libertad permitidas incidieron en una sociedad en evolución y en las instituciones que la formaban.

Un buen ejemplo de lo que se permitía lo explica Fernández Areal<sup>117</sup> en referencia a una sentencia dictada por el Tribunal Supremo (STS), al anular una sanción administrativa al diario Madrid, y expresar este Tribunal que “Es doctrina de esta Sala la de que es un signo de mejor salud política del país que la sociedad esté incorporada a la cosa pública, que no es lo mismo que al marasmo de las ideas, y que la exposición y crítica discrepante no producen quebranto al Régimen, cuando se manifiesta en forma ordenada y responsable, con fines constructivos para la comunidad, puesto que el medio de comunicación social supone que la Prensa no debe quedar reducida a ser un instrumento portavoz

---

<sup>117</sup> Fernández Areal, M. (1971), *Op. cit.*, Págs. 163 y ss.

únicamente de la opinión oficial, si bien lo que ha de impedirse ha de ser su utilización como medio de transformar el sistema legal vigente fuera de cauces lícitos y en forma subversiva".

Con la muerte del General Franco, se inicia un período de transición desde el régimen autoritario a uno democrático (1975-1978), con la proclamación de la Monarquía constitucional.

Durante el Gobierno de Arias Navarro (1973-1976), la Ley de 1966 siguió vigente, pero el marco social no era el mismo y los diversos organismos políticos planteaban nuevas estructuras informativas. Era necesario un nuevo texto, adecuado a la nueva situación y para ello, debía contarse con la opinión de la mayoría de los partidos con representación parlamentaria.

La Plataforma de Convergencia Democrática, en el punto segundo de su manifiesto, reclamaba "El eficaz y pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades políticas consagradas en los textos jurídicos internacionales" y, la Junta Democrática de España en 1974 en su Declaración de París, exigía, "La libertad de prensa, de radio, de opinión e información objetiva en los medios estatales de comunicación social, especialmente en la televisión".

Con el acceso al poder de Adolfo Suárez y la promulgación de su Ley para la Reforma Política<sup>118</sup> de 15 de diciembre de 1976, un nuevo espíritu y nuevas formas entran en el panorama legislativo español.

Dicha Ley no afectaba en absoluto a las libertades de información ni a los derechos individuales, pero el Gobierno Suárez, por medio de leyes y decretos complementarios, sin ningún tipo de control, porque aún no existía un

---

<sup>118</sup> En realidad se trata de la fecha en que se celebró el Referéndum que las aprobó. Las Cortes la aprobaron el 18 de Noviembre del mismo año.

parlamento democrático, desarrolló una legislación de emergencia por la que dismanteló gran parte de la organización política del antiguo régimen. Y, respecto a los medios y la información, la primera acción del nuevo gobierno fue el Decreto de 1 de abril de 1977<sup>119</sup> sobre libertad de expresión, que si bien es un enorme avance sobre la Ley de 1966, no llega a contentar a los sectores más democráticos de la sociedad. El País, por ejemplo, calificó dicho decreto como “un decreto-ley contra la libertad de expresión”. Y cierta razón tenía porque en la exposición de motivos del Decreto se decía: "... la concurrencia democrática sólo es posible si el contraste y enfrentamiento de opciones políticas diversas se hace de manera que ninguno de los contendientes pueda erigirse en juez de la conducta ajena, función reservada exclusivamente en lo jurídico, a los Tribunales de Justicia, y en lo político al voto de los ciudadanos".

Carrillo, por su parte considera que “Como se verá mas adelante, esto no era exactamente así puesto que, no siempre eran los órganos del poder judicial quienes en primera instancia, ejercían funciones de carácter jurisdiccional. Es decir, si como se establecía en el Decreto-ley, todavía se seguía otorgando a la Administración la potestad de decidir por sí misma el secuestro de impresos gráficos o sonoros que contuviesen noticias o informaciones sobre determinadas materias, se estaba negando la plenitud de la competencia jurisdiccional a aquellos órganos que en un Estado de derecho están legitimados con carácter exclusivo para su ejercicio. Y estos no podían ser otros que los jueces y tribunales. La consecuencia era que en muchos casos la Administración se convertía en juez y parte en el procedimiento. Ello comportaba, de *facto*, la negación de un principio clásico de todo régimen liberal-democrático, como es el determinado por el modelo represivo de control de las libertades públicas, de acuerdo con el cual es el legislador quien señala los hechos delictivos que pueden cometerse en el uso de la libertad pública fijando la pena correspondiente, para

---

<sup>119</sup> Publicado en el BOE núm. 87, de 12 de abril de 1977.

en último término atribuir a los jueces y sólo a ellos, el poder de resolver los conflictos que se planteen”<sup>120</sup>.

Eran tiempos confusos en que los legisladores debían contentar a los poderes fácticos, por lo que incluían textos en las declaraciones de las Leyes y Decretos, textos destinados a prevenir oposiciones de sectores muy ligados al antiguo régimen: “... prevenir males mayores derivados de ataques a la moral pública o a aquellas instituciones cuya marginación de toda contienda política es la primera garantía de su fecunda serenidad (...) la intervención administrativa se reduce al máximo y para supuestos concretos como la unidad del Estado, institución monárquica, FFAA y pornografía”<sup>121</sup>.

El problema era una doble presión: por una parte los ciudadanos que exigían una libre información y los otros derechos fundamentales y, por otra, un amplio sentido del respeto al honor, que se entendía de una manera muy estricta.

El Ministro de Información y Turismo del Gobierno, cuando presentó la nueva normativa ante los medios de comunicación, intento explicar la situación y, especialmente, la intención del Decreto: “... es esencialmente una norma para la libertad, pero una norma en la que se tratan de armonizar tres principios importantes: el reconocimiento a la plena libertad de expresión, la tutela de aquellos principios o instituciones que por considerarse fundamentos del Estado deben estar al margen de toda contingencia política, y la protección de la fama y de la dignidad personal con unos procedimientos judiciales de carácter urgente”<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Carrillo, M. (2001), El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España (1975-1978), *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 2, [Consulta el 20 Marzo 2007], Disponible en: <http://hc.rediris.es/02/Numero02.html?id=01>

<sup>121</sup> Decreto de 1 de abril de 1977 (BOE núm 57, de 12 de abril)

<sup>122</sup> Declaraciones del Ministro de Información y Turismo en una mesa redonda convocada por TVE para presentar el decreto-ley, recogidas por ABC el 5/4/1977, Pág. 11 [En Carrillo, M. (2001), *Rev. Elect. Cit.*].

Dos muestras de cómo acogieron los periódicos el Decreto 24/1977, explicitan que el lenguaje y los modos aún estaban a caballo entre dos mundos que buscaban una solución de continuidad. Así desde las páginas de ABC, se manifiesta que “... acogemos hoy con lógica satisfacción, el decreto-ley (...) La pugna electoral va a ser, según todos los síntomas, muy dura (...) Siempre que se pasa de un sistema autoritario a un sistema democrático es muy grande el peligro –y no nos hemos librado de él, a decir verdad– de confundir la libertad con una permisibilidad sin límites para todo, olvidando que la libertad de uno termina donde comienza la esfera de la libertad, dignidad y respeto a los demás”<sup>123</sup>.

Por su parte, La Vanguardia Española, expresa su opinión al decir que “... desde el primer momento estuvimos en contra de cualquier discrecionalidad. Con el mismo texto legal –el artículo 2º de la Ley de Prensa de 1966– la prensa ha vivido momentos de temeroso silencio y la generosa apertura de estos últimos tiempos. Todo dependía de cómo se interpretaba dicho artículo. Ahora los excesos de la libertad sólo pueden ser valorados, interpretados y sancionados por la Justicia. Excelente ocasión para alegrarnos del progreso constante, poco espectacular pero efectivo, que constituye la maduración de la nueva sociedad”<sup>124</sup>.

Si bien el Decreto Ley de 1 de abril de 1977 no fue precisamente la panacea de la libertad informativa y de expresión que demandaban muchos de los grupos y ya partidos políticos, tampoco lo era, por otras causas, para los partidarios de antiguos modos y maneras. Pero sí dio un paso decisivo en el campo de la competencia jurisdiccional (artículo 8.1), que establece que tanto la instrucción, conocimiento y falla de las causas por los delitos previstos en el decreto, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios. Con lo cual se daba un paso en el restablecimiento del principio de unidad jurisdiccional, aunque

---

<sup>123</sup> ABC Núm. 22.150 de 2 de abril de 1977, Pág. 2

<sup>124</sup> LA VANGUARDIA ESPAÑOLA, Sábado, 2 de abril de 1977, Págs. 1 y 14



permanecía la jurisdicción militar para delitos cometidos por civiles en los que los militares o lo militar se veían afectados.

Sobre el procedimiento se dieron dos modificaciones: la primera, con carácter general, significó la reducción de los plazos y la segunda la no exigencia de querrela ni de acto de conciliación para iniciarlo.

Es el fin de otra etapa, la próxima se iniciará con la CE de 1978 etapa que, con la aprobación de La ley para la Reforma Política<sup>125</sup>, y desde la legalidad, llevará a cabo una profunda reforma normativa y legislativa que culminará con la aprobación del texto constitucional.

v. El Proceso constituyente y el Art. 20 de la Constitución del consenso de 1978

La Constitución Española hay que estudiarla partiendo de una premisa que la caracteriza<sup>126</sup>: Fue una constitución pactada<sup>127</sup>, y este consenso<sup>128</sup> se logró

---

<sup>125</sup> Ratificada en referéndum por los españoles el 15 de diciembre de 1976.

<sup>126</sup> Se nombró una ponencia de siete miembros, representantes de los partidos con representación democrática, expertos en Derecho y de reconocido prestigio intelectual, que elaborara el borrador del Anteproyecto de Constitución. La elección recayó en: Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, diputado de UCD, miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Letrado del Consejo de Estado y Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia; Jose Pedro Pérez-Llorca, diputado de UCD, Diplomático de carrera y letrado de las Cortes españolas; Gabriel Cisneros Laborda, diputado de UCD, miembro del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado; Jordi Solé Tura, diputado del PSUC, decano de la facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; Gregorio Peces-Barba, diputado del PSOE, abogado y catedrático entonces de la Universidad Complutense de Madrid; Miguel Roca Junyent, diputado por CDC, abogado y profesor universitario y Manuel Fraga Iribarne, diputado de AP, catedrático en la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universidad Complutense de Madrid. Publicado en el BOC el 5 de enero de 1978, el texto final fue aprobado por el Congreso el 31 de agosto de 1978 y refrendado por el pueblo español en el referéndum del 6 de diciembre de 1978.

<sup>127</sup> Peces-Barba Martínez, G. (1988), *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

sobre la base de tres factores que configuraron tanto el futuro de dicha constitución como del Marco político de nuestra nación:

- .- La reforma del régimen anterior.
- .- Pactar la reforma.
- .- Consenso en la nueva legislación.

Y también tres fueron las fuerzas que posibilitaron el pacto: El Estado, que se involucró en la reforma del sistema anterior; los partidos que a través de sus dirigentes aceptaron la cesión parcial de sus reivindicaciones históricas, y los ciudadanos que con sus votos aprobaron el proceso y la Carta Magna.

Todo ello implica que el proceso constituyente fue largo y laborioso, y se discutieron anteproyectos de casi todo el articulado, reformándose y enmendándose a lo largo del mismo pero, como diría Peces-Barba, encontró “sus raíces en su origen consensuado y en su carácter integrador”<sup>129</sup>.

El artículo 20 (Título Primero, Capítulo 2º, Sección 1ª), fue uno de los más debatidos, y era lógico porque incluía los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información. El primer Anteproyecto estaba redactado así: “1.- Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa. 2.- Se garantiza la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica. 3.- Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión. 4.- Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos

---

<sup>128</sup> “Como dice Peces-Barba, de un acuerdo en lo fundamental, con profundas raíces éticas y culturales, que pretende superar una tradición de enfrentamiento y buscar la coincidencia en lo fundamental”. [En Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 56]

<sup>129</sup> Peces-Barba, G. (1994), *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Pág. 39

directamente o indirectamente a su control de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España<sup>130</sup>. 5.- Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 6.- No podrá acordarse el secuestro de publicaciones y grabaciones, salvo mandato judicial y por causa de delito”.

El 17 de abril de 1978, el Boletín Oficial de las Cortes (BOC), publica el informe de la Ponencia en el que se da cuenta de la nueva redacción del artículo 20, que en dicho informe se convierte en artículo 19: “1.- Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. A la producción y creación literaria, artística y científica. A la libertad de cátedra. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. 2.- El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3.- Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos directa o indirectamente a su control de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España. 4.- Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en esta Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5.- Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones y grabaciones en virtud de mandamiento judicial.

---

<sup>130</sup> Este punto 4 se refería, esencialmente a la Televisión en concreto y también al grupo de periódicos y emisoras de radio que, provenientes de los medios de comunicación que controlaba el Movimiento Nacional, habían pasado, a la disolución de éste, a manos del Estado.

La Comisión Constitucional emite el 1 de julio de 1978 un Dictamen con los siguientes cambios, con respecto al informe de la Ponencia: “Artículo 19: Número 1. d), añade al final que “la ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. Número 3. Queda redactado así: “Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos directa o indirectamente a su control a los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España”. Número 4. Queda redactado así: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Y Número 5. que queda redactado así: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones y grabaciones en virtud de resolución judicial”.

El Pleno del Congreso de los Diputados<sup>131</sup> aprobó el artículo 19 (después 20, de nuevo) con una modificación referente al punto 3º: “La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España”<sup>132</sup>.

La Comisión Constitucional del Senado<sup>133</sup> plantea las siguientes modificaciones: Número 1, b) queda redactado así: “A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. Número 5, queda redactado de la siguiente manera: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros soportes de información en virtud de resolución judicial”.

---

<sup>131</sup> CE. Elaboración y aprobación de la Constitución española de 1978, Disponible en: <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/proceso.htm>

<sup>132</sup> BOC núm. 135, de 24 de julio de 1978

<sup>133</sup> BOC núm. 157, de 6 de octubre de 1978

Por su parte, ni el Pleno del Senado<sup>134</sup> ni la Comisión Mixta Congreso-Senado<sup>135</sup> modificaron los textos, estableciendo esta última, la redacción definitiva<sup>136</sup>.

Tal como recoge Cremades, siguiendo a Soria<sup>137</sup>, en resumen puede establecerse que en el proceso de redacción del artículo 20 de la CE se plasmaron los siguientes derechos:

1º) Formalización de la comunicación y la información como derechos.

En las diversas comunicaciones de las comisiones que intervinieron en su redacción unas veces se mencionaban como derechos y otras como libertades, pero en la redacción final se dice que se reconocen y protegen los derechos, lo cual significa que se entienden como: “...preexistentes a su recepción constitucional, no concedidos ni autorizados, sino reconocidos y, en consecuencia, protegidos por el ordenamiento constitucional”<sup>138</sup>.

2º) Refuerzo del sentido moral de la libertad y su carácter inexcusable en el ejercicio de los derechos.

“El artículo 20 de la Constitución no sólo reconoce el derecho a la libertad de expresión, sino que además dispone, genéricamente, el modo de su ejercicio: los pensamientos, las ideas y opiniones y demás productos intelectuales se expresarán libremente. La libertad antecede y ha de acompañar al ejercicio de los derechos reconocidos, así como el cumplimiento de los deberes que éstos

---

<sup>134</sup> BOC núm. 161, de 13 de octubre de 1978

<sup>135</sup> BOC núm. 170, de 28 de octubre de 1978

<sup>136</sup> Gálvez Montes, F. J. (1985), *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, F. ed., Madrid, Civitas, Pág. 398

<sup>137</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 16 a 18 [En Soria, C. (1984), El derecho a la información en la Constitución Española, *Persona y Derecho*, Pág. 81]

<sup>138</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 16-18 siguiendo a Carlos Soria [En Soria, C. (1984), *Art. cit.*, Págs. 79-119]

comportan. La exigencia de veracidad en la transmisión de contenidos informativos, en el ejercicio de la libertad de información, supone también un elemento de naturaleza moral”<sup>139</sup>.

3º) Se desarrollan técnicamente algunos de los derechos reconocidos.

Términos que figuraban en los primeros borradores se perfilan para precisar más los conceptos.

El primer Anteproyecto publicado por el BOC de 2 de enero de 1978, decía: “Se reconoce el derecho a expresar y defender ideas y opiniones, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa”. El texto final, fue: “A expresar y *difundir* libremente...”. Cambiaba, pues, *defender* (ideas u opiniones) por *difundir*.

En este mismo apartado, se sustituye imagen, por cualquier otro medio de reproducción.

El apartado 3º, dice: Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información *objetiva y veraz* por cualquier medio de difusión, y en el texto final se suprime *objetiva*, quedando sólo *veraz*: “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

4º) Reserva de la organización de los medios de comunicación pública a una ley posterior.

5º) Ampliación de los límites de los derechos reconocidos.

---

<sup>139</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 17

Cita expresamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Y deja claramente establecida "...la capacidad limitadora de las leyes que habrán de desarrollar estos derechos". Es así que "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que las desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen".

Las libertades a que se refiere son las de información y expresión.

Por otra parte, parece que los legisladores no se interesaron demasiado en profundizar en los temas con que se enfrentaron en dicho artículo 20.

Es posible que la misma complejidad del tema contribuyese a que generalizaran en unas ocasiones y simplemente enunciaran en otras.

Como ya hemos comentado reiteradamente, el artículo 20 de nuestra actual Constitución recoge el derecho a la información como derecho fundamental, y en palabras de López Guerra<sup>140</sup> al "objeto de reconocer y proteger la libertad de expresión en sus diferentes manifestaciones", recoge de forma expresa en distintos apartados del mismo todos y cada uno de los distintos derechos que pueden integrar o estar relacionados con el derecho a la libertad de expresión.

Estas manifestaciones, las formula, dentro de su apartado 1, haciendo referencia en el resto de los apartados a los límites a que van a estar sujetas. En base a ello, el artículo 20 queda redactado como sigue: "1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y

---

<sup>140</sup> López Guerra, L., et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 251

técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5 Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. (Título Primero. Capítulo II. Sección 1ª. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas)”.

Torres del Moral<sup>141</sup> analiza y sistematiza las libertades incluidas en el artículo 20, en las cuales, por primera vez se presenta el derecho a la información en sus varias facetas que incluyen el derecho a darla, a recibirla, el secreto profesional, el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, como derechos fundamentales<sup>142</sup>, que de alguna manera colisionan con otros, entre ellos y muchas veces preferentemente con el derecho a la información.

---

<sup>141</sup> Torres del Moral, A. (1992), *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. 1, 3ª edic. renovada, Madrid, Átomo Ediciones, Págs. 226 y ss.

<sup>142</sup> Urías (2003), *Op. cit.*, Pág. 24: “La característica esencial de la categoría “derechos fundamentales” es que aparecen recogidos y garantizados por la Constitución. Su propiedad básica es la resistencia frente al legislador. Es decir, que además de poder acudir a los tribunales cuando alguien no los respete (tutela judicial) los derechos se imponen incluso al Parlamento. En la teoría democrática formal, la esencia de la democracia estaba en la elección de un Parlamento; hoy día, la esencia del concepto democracia radica en el respeto a unos derechos mínimos, que se impone incluso a la voluntad de la mayoría o a la del Parlamento elegido democráticamente. La democracia exige derechos de la persona jurídicamente resistentes a las leyes. Nótese que, así, sólo son derechos fundamentales los que disponen de una garantía constitucional, porque sólo la Constitución se sitúa por encima del legislador parlamentario”.



## I.- Libertades con expreso reconocimiento en el Art. 20 de la CE.

### a) Libertades primarias.

1.- Libertad de expresión en sentido amplio -artículo 20 CE-. Se entiende el concepto general, la libertad de comunicación pública, cuyo objeto se extiende desde las ideas y opiniones, hasta las obras de arte o las producciones científicas o técnicas, pasando por los contenidos informativos: todo producto intelectual, en definitiva.

2.- Libertad de expresión en sentido estricto –artículo 20.1 a)–. Libertad de expresar y difundir el pensamiento (ideas y opiniones) por cualquier medio<sup>143</sup>.

3.- Libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica –artículo 20,1 b)–. Libertad que se traduce en el derecho a difundir o no dichas creaciones y en el derecho de autor<sup>144</sup>.

4.- Libertad de cátedra (libertad de expresión docente) –artículo 20. c)–. Libertad de expresar doctrinas, visiones del hombre, del mundo y de las cosas, en el ámbito docente<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Como reseña López Guerra, ello significa que se protege tanto la actividad única e irrepetible de comunicación –un discurso, una conferencia, un concierto- como la difusión de un hecho expresivo a un público numeroso mediante cualquier técnica de reproducción. [En López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 254]

<sup>144</sup> Para Fernández Segado, “El artículo 20.1.b), reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, derecho que no es sino una concreción de la libertad de expresión y cuya especificación por el constituyente constituye una muestra más de la notabilísima amplitud con que han sido acogidas las libertades informativas”. [(1992), *Op. cit.*, Pág. 334]

<sup>145</sup> En palabras del TC, “una proyección de la libertad ideológica y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función. Consiste, por tanto, en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación a la materia objeto de su enseñanza, presentando de este modo un contenido, no exclusivamente pero sí predominantemente negativo”. STC 217/1992, de 1 de diciembre (BOE 307, de 23 de diciembre)

5.- Libertad de información activa y pasiva –artículo 20.1.d)–. Libertad de difundir hechos (en el sentido del término)<sup>146</sup>.

b) Libertades instrumentales.

6) Derecho al secreto profesional<sup>147</sup> –artículo 20.1.d)–. Garantía del derecho a la información (dimensión institucional), de los medios de comunicación frente a los poderes públicos y de los profesionales de la información (dimensión subjetiva).

7) Derecho a la cláusula de conciencia –artículo 20. 1. d)–. Garantía de la libertad de expresión en sentido estricto y del derecho a la información (dimensión institucional) y de los profesionales de la información (dimensión subjetiva)<sup>148</sup>.

8) Prohibición de censura previa –artículo 20. 2–. Garantía de la libertad de expresión en sentido estricto y del derecho a la información (dimensión institucional) y de los medios de comunicación frente a los poderes públicos (dimensión subjetiva)<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> No cabe duda de que con este apartado, se ha pretendido reconocer la actividad informativa tanto a su aspecto de recepción como de comunicación, ambas actividades íntimamente ligadas ya que, no es posible la existencia de una sin la otra. Para que exista un comunicante debe existir un receptor y viceversa.

<sup>147</sup> Aún no regulado, parece tener su origen en el siglo XVI en base al voto que los caballeros realizaban de no divulgar las noticias obtenidas en confidencia. Por el Consejo de Europa en marzo de 1974, se definió como “el derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información”.

<sup>148</sup> Derecho dirigido a los profesionales de la información, tiene su origen en la Ley francesa de 29 de marzo de 1935 al recoger que “el periodista tiene la facultad de resolver su relación laboral con la empresa editora y, además, obtener la indemnización que le hubiera correspondido para el caso de despido laboral improcedente cuando se haya producido un cambio notable en el carácter o la orientación del periódico y este cambio afectase al honor, reputación o intereses morales del periodista.

<sup>149</sup> Según manifiesta Fernández Segado, “Estamos ante una cláusula general, por cuanto afecta a todos y cada uno de los derechos proclamados por el apartado primero del propio precepto, y absoluta, en tanto que no admite salvedad de ningún genero”. [(1992), *Op. cit.*, Pág. 322]

9) Necesidad de resolución judicial para el secuestro de publicaciones, grabaciones u otros instrumentos de comunicación (prohibición del secuestro administrativo) –artículo 20.5–. Garantía de la libertad de expresión en sentido estricto y del derecho a la información (dimensión institucional) y de los medios de comunicación frente a los poderes públicos (dimensión subjetiva)<sup>150</sup>.

10) Derecho de acceso a los medios de comunicación públicos (derecho de antena) –artículo 20.3–. Garantía de la libertad de expresión en sentido estricto y del derecho a la información (dimensión institucional), y de los grupos sociales y políticos y de los ciudadanos en general (dimensión subjetiva)<sup>151</sup>.

## II Libertades no recogidas expresamente en el Art. 20 CE.

### a) Libertades primarias.

11) Libertad de recibir pensamientos (ideas y opiniones). Faceta pasiva del derecho del artículo 20. 1. a), que sólo recoge expresamente el derecho a difundir los pensamientos por cualquier medio.

---

<sup>150</sup> Ya en la Constitución de 1856, conocida como la *Non nata*, aparece, en su artículo 3, la prohibición de “secuestrar ningún impreso hasta después de empezar a circular”.

<sup>151</sup> Fueron muy discutidos los términos “grupos sociales y políticos” disquisición que llegó al TC quien en sentencia 63/1987 de 20 de mayo (BOE 134, de 5 de junio), -Fundamento 6-, recoge que “Este derecho de acceso, en otras palabras, será en cada caso articulado por el Legislador, pero ni éste queda libre de todo límite constitucional en dicha configuración, ni la eventual vulneración de sus determinaciones por los aplicadores del Derecho podrá decirse constitucionalmente irrelevante en orden al ejercicio eficaz de las libertades consagradas en el art. 20, pues estas libertades habrán de realizarse a través de estos medios, del modo que quiere la Constitución en el apartado 3 del mismo precepto, de tal modo que la denegación discriminatoria, o arbitraria por carente de fundamento legal, del acceso que la Ley haga posible, entrañará el consiguiente menoscabo del derecho del grupo así afectado -de quienes a su través pretenden difundir las propias ideas y opiniones- a la libertad que la Constitución garantiza [art. 20.1.a)]”.

b) Libertades instrumentales.

12) Derecho de rectificación. Garantía del derecho a la información (dimensión institucional) y de los ciudadanos en general y de la Administración frente a los medios de comunicación (dimensión subjetiva)<sup>152</sup>.

13) Libertad de creación de medios informativos. Garantía de la libertad de expresión en sentido estricto y del derecho a la información (dimensión institucional), y de los profesionales de la información y cada uno de los ciudadanos (dimensión subjetiva).

14) La inviolabilidad de los parlamentarios. Garantía de funcionamiento de las Cámaras (dimensión institucional; esta garantía institucional no lo es de ninguna de las libertades primarias del artículo 20 CE), y de los diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones (dimensión subjetiva).

15) La facultad de investigar. Se trata de una concreción del derecho a la información activa y pasiva. En el derecho positivo, y con respecto a los asuntos públicos, es recogida en el artículo 105. b) CE, que ordena la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, y en el artículo 46 CE, que implícitamente reconoce el derecho a la documentación. Garantía del derecho público subjetivo a la información activa y pasiva (dimensión individual e institucional).

---

<sup>152</sup> Es un derecho que no está directamente recogido en la Constitución pero si regulado por la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (BOE núm. 74 de 27 de marzo). Ampara a todas las personas, tanto físicas como jurídicas, que se vean afectados por el ejercicio de la libertad de información. Puede ser invocado también por los representantes de la persona directamente aludida, como es el caso de los herederos o representantes de una persona ya fallecida.

1.3.- Los derechos de la personalidad y su trascendencia, en el ámbito del Derecho a la información, como derechos fundamentales.

El artículo 20.4 de la Constitución enumera los límites a las libertades informativas y, entre ellos, específicamente, los derechos de la personalidad. Son esos derechos que protegen el ámbito privado de una persona, innatos y originarios de la misma por estar vinculados a la propia personalidad.

Son tres: Derecho al Honor, Derecho a la Intimidad y Derecho a la propia Imagen, y están regulados en el artículo 18.1 de la CE y en la Ley Orgánica 1/82 (Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)<sup>153</sup>.

Este artículo lo formula la CE diciendo que “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y, vuelve a referirse a ellos al enumerar los límites a que está sujeto el derecho a la libertad de expresión e información.

Por nuestra parte, y por la implicación que, con el trabajo que estamos llevando a cabo, estos derechos representan, haremos un breve repaso a los mismos.

---

<sup>153</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia imagen, modificada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE núm. 115, de 14 de mayo)

i. Derecho al honor

En relación al Derecho al Honor hemos de analizar cual es el núcleo de la cuestión: ¿qué se entiende por Honor<sup>154</sup> y cuáles son sus límites?

La Real Academia Española (RAE) da, entre otras, las siguientes acepciones: - Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo. - Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea. - Honestidad y recato en las mujeres, y buena opinión que se granjean con estas virtudes y - Dignidad.

Por su parte, Cremades opina<sup>155</sup>: “Subjetivamente, el honor se entiende, por consiguiente, como sentimiento de dignidad moral o pundonor, amor propio, propia estima o conciencia que el sujeto tiene de sus méritos, valores y virtudes”. (...) “Objetivamente, sería la apreciación y estima de los demás respecto a las cualidades morales del sujeto en cuestión, es decir, el buen nombre y la fama que éste disfruta frente a la opinión común circundante. Se trata, pues, de una estimación exterior que depende de criterios que varían con el tiempo y la comunidad, dependiendo de los usos, costumbres, valores socialmente aceptados, cultura en general. Desde esta acepción del término, el honor resulta uno de los más fuertes vínculos entre la persona y la sociedad”.

También el TC se manifiesta y, en su sentencia 223/92<sup>156</sup>, define el concepto de honor al decir que “Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual el pueblo suele hablar a su vecino, y el Diccionario de la Real Academia nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de

---

<sup>154</sup> Fue reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) especialmente en su sentencia de 5 de octubre de 1989.

<sup>155</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 178-179

<sup>156</sup> STC 223/1992, de 14 de diciembre (BOE núm. 16, de 19 de enero)

Roma), la cual –como la fama y aún la honra– consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona (...) Denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimos en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueron tenidas en el concepto público por afrentosas. Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo”.

Dejando de lado el guiño al poeta que se considera arranque de la lírica española<sup>157</sup> y de una referencia al DRAE<sup>158</sup> que pudiera ser más textual, no dice mucho que clarifique el concepto citado y es que, en opinión de Molas, “el honor es en buena medida un concepto subjetivo, variable, según las épocas, las culturas y las circunstancias personales o ambientales”<sup>159</sup>.

También aporta su propia definición Marc Carrillo<sup>160</sup> al decir que, “Desde una perspectiva subjetiva es el sentimiento de estimación que una persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral. Mientras que desde una vertiente objetiva se trataría de la reputación, buen nombre o fama que goza ante los demás. En resumen y sintetizando ambos conceptos es el íntimo valor moral del hombre, la estima de los terceros o bien la consideración social, el buen nombre o buena fama, así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad”.

---

<sup>157</sup> Quiero fer una prosa en román paladino/ en qual suele el pueblo fablar a su vecino,/ ca non so tan letrado per fer otro latino:/ bien valdrá, como creo, un vaso de bon vino. [En Gonzalo de Berceo (1198?-1274) (1904), *La vida de Santo Domingo de Silos*, Edición crítica, 2ª edic., Paris, Librairie Emile Bouillón Editeur, Pág. 1]

<sup>158</sup> DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>159</sup> Molas, I. (1998), *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, Pág. 313

<sup>160</sup> Carrillo, M. (1987), *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, PPU, Pág. 50

Pero, este mismo autor, introduce una duda al asegurar que “ El abuso de conceptos jurídicos indeterminados o de tipos valorativos reduce la seguridad jurídica aumentando de hecho el poder decisorio de jueces y magistrados, lo cual, en sí mismo, no tiene que ser negativo, pero no hay que olvidar tampoco que tras una decisión judicial elaborada de acuerdo con la técnica propia de la ciencia jurídica, pervive la conciencia y la ideología de un funcionario, el juez, que en España ocupa su plaza en virtud de unas oposiciones ganadas sin que en ellas haya incidido proceso electivo alguno y en el que de alguna forma sea constatable la voluntad de sus ciudadanos. No se trata, afirmando esta obviedad, de pretender con ello desautorizar la decisión judicial sino, más bien, de constatar que el juez no está exento de sus propias convicciones y de la influencia que sobre él ejerce el medio social”.

## ii. Derecho a la Intimidad.

El derecho a la intimidad personal y familiar, como refiere el TC en su sentencia 231/1988<sup>161</sup>, “implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”. Es por lo tanto, el reducto más privado de una persona y no sólo de la persona física sino que también protege a la persona jurídica.

El derecho a la intimidad nace, según la doctrina, del famoso artículo publicado el 15 de diciembre de 1890 en “*Harvard Law Review*” por Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis titulado “*The Right to Privacy*”, que, por primera vez, presenta la intimidad como un derecho del individuo en una sociedad, la de finales del siglo XIX, compleja, intensa y absorbente. También consideraban el derecho a la intimidad (*privacy*) como un derecho independiente del de la propiedad, con él que hasta el momento se lo asociaba. Entienden que la

---

<sup>161</sup> STC 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre)



intimidad es un derecho necesario e inviolable que el individuo debe desarrollar y precisa para su integración en la vida social. Separando el derecho de la propiedad del derecho a la intimidad, deja ser un privilegio de la burguesía y se convierte en un derecho universal<sup>162</sup>.

Por su parte, Carreras manifiesta que “La evolución doctrinal y jurisprudencial de la *privacy* es una consecuencia directa de la revolución tecnológica que comportó la impresión mecánica de los periódicos a partir de la máquina de vapor a principios del siglo XIX, que amplía considerablemente el número de lectores, de forma que a mediados de siglo la publicidad es ya una importante forma de financiación de las empresas periodísticas. El negocio de la prensa comenzó a ser floreciente y la necesidad de vender periódicos determinó la aparición de una determinada prensa que encontraba en la vida privada de los propietarios hacendados, dentro y fuera de su domicilio, una forma de atraer la atención del lector”<sup>163</sup>.

La CE presenta el Derecho a la Intimidad como fundamental y autónomo, y considera este bien jurídico como límite a las libertades de información y expresión, aunque no de una manera ilimitada, ya que puede la ley autorizar expresamente ciertas intromisiones en la intimidad y puede el interesado consentir, por otra parte, intromisiones de terceros.

---

<sup>162</sup> En todo caso, en nuestra legislación no queda clara la diferencia entre vida privada y pública y, consecuentemente, los límites entre los derechos personales a la intimidad, a la vida privada y familiar, y el derecho a la libertad de expresión. Ahora bien, tampoco queda clara la distinción entre intimidad y privacidad, que sí quedan diáfanos en otros derechos como el inglés o el alemán.

Deberían ser también diáfanos ya que de la distinción entre los dos conceptos- privacidad e intimidad- dependen los límites del derecho de la información. Cremades, opina que: “La privacidad, cuando trasciende a la vida pública puede ser investigada y difundida. La vida íntima, en principio, no es objeto del derecho a la información. Ni activa ni pasivamente Se trata de un ámbito reservado al que, ni el público tiene derecho a acceder, ni los medios de comunicación deber de transmitirlo”. [Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 206]

Por supuesto, todo esto sobre la base que la persona quiere preservar su intimidad; si la persona la revela o trafica con ella, es legítimo entonces divulgar la intimidad, ya que el sujeto con su actuación lo permite y autoriza al informador.

<sup>163</sup> Carreras Serra, L.de (2003), *Derecho español de la información*, Barcelona, UOC, Pág. 125

El DRAE da dos acepciones de intimidad, la segunda: “Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” es una definición que se atribuye a la zona más profunda del ser humano. Se trata pues, de un ámbito vital reservado por naturaleza.

La STC 83/2002<sup>164</sup>, define el derecho a la intimidad como: “...el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 de la CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre<sup>165</sup>), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquella que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada”.

En STC 156/2001<sup>166</sup> –refiriéndose al Derecho a la Intimidad–, lo define al decir que: “no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales”.

---

<sup>164</sup> STC 83/2002, de 22 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo)

<sup>165</sup> STC 197/1991, de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre)

<sup>166</sup> STC 156/2001, de 2 de julio (BOE núm. 178, de 26 de julio)

En opinión de García Pelayo<sup>167</sup>, “Se manifiesta en nuestra sociedad de un lado, una tendencia a refugiarse, no ya en la vida privada como ámbito al margen de lo público, sino también en la vida íntima, es decir en lo más profundo, recatado y si se me permite, sacro de la personalidad (...) Pero, de otro lado, hay, como en las postrimerías de otras épocas, fuertes intentos de desvelar la intimidad y de dar publicidad a lo desvelado o supuestamente desvelado, lo que en nuestra coyuntura histórica ofrece, como es sabido, a través de las técnicas de información y de los medios de comunicación social, más posibilidades que otras. Por eso no es azar que en nuestro tiempo la intimidad haya pasado, por primera vez, a ser un valor jurídicamente protegido”.

El TC en la ya reiterada sentencia 223/1992, entra en este tema en su FJ 3º al declarar: “Presenciamos, pues, el choque frontal de dos derechos fundamentales, el que tiene como contenido la libertad de informar y aquel otro que protege el honor, desde cuya perspectiva unilateral, ahora, en una segunda fase del análisis conviene a nuestro propósito averiguar cuál sea su ámbito. En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma), la cual –como la fama y aún la honra– consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas en cambio intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982)

---

<sup>167</sup> Fue Presidente del TC (1909-1991) desde 1980 a 1986. En entrevista concedida al Diario EL PAIS el 31 de diciembre de 1984, Pág. 16 [En Carrillo, M. (1987), *Op. cit.*, Pág. 32]

como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas”.

Sigue en la misma sentencia<sup>168</sup>, en su fundamento jurídico núm. 4, informando que: “Una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de la libertad en juego y el contenido del derecho que le sirve de límite, el paso siguiente habría de ser la ponderación de una y otro, sin olvidar su distinto peso específico. En efecto, la libre comunicación y la no menos libre recepción de información se configura en principio como un derecho fundamental de la ciudadanía, aún cuando con talante instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático. Así lo hemos reconocido y proclamado, con unas u otras palabras, en más de una ocasión [SSTC 6/1981, 104/1986, 165/1987 y 107/1988, entre otras]. El análisis comparativo ha de hacerse atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, con tres criterios convergentes, el tipo de libertad ejercitada, el interés general de la información y la condición pública o privada del ofendido”.

De todas maneras, es más positivo recurrir a la doctrina para concretar cuáles son los ámbitos en que se dan los elementos básicos de la intimidad como, por ejemplo, en Cremades<sup>169</sup>, quien los categoriza en dos grupos.

#### 1º Intimidad física:

- ✓ Vida sexual.
- ✓ Funciones fisiológicas, en particular las socialmente poco aceptables o particularmente desagradables.

---

<sup>168</sup> STC 223/1992, ya citada

<sup>169</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 202-203

- ✓ Defectos físicos o enfermedades físicas no ostensibles.
- ✓ Padecimientos físicos intensos.
- ✓ El parto y la agonía del ser humano.

2ª Intimidad psicológica:

- ✓ Ideas, creencias religiosas, filosóficas, parapsicológicas y políticas que el sujeto quiera mantener en secreto.
- ✓ Aspectos concernientes a la vida de relación: amores, simpatías, afectos, etc.
- ✓ Defectos, enfermedades psíquicas no ostensibles.
- ✓ Momentos penosos o de extremo abatimiento.
- ✓ Actos de fijación o modificación del estado civil.
- ✓ Condición de las relaciones paterno-filiales.
- ✓ La vida pasada, de un individuo no divulgada, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para este.
- ✓ En general, todo dato, hecho o actividad personal no conocidos por otros, cuya difusión produzca turbación moral o psíquica del afectado.
- ✓ Comunicaciones escritas u orales de tipo personal, esto es, dirigidas únicamente al conocimiento de varias personas determinadas y que tenga como contenido alguno de los puntos expuestos.

Marc Carrillo<sup>170</sup> afirma que: “La ausencia de una definición comprensiva de las diversas manifestaciones a través de las cuales se manifiesta el derecho a la intimidad se ha visto sustituida por enunciados diversos en los que se incluye en su ámbito de garantía la vida familiar, la actividad financiera, la vida sexual, etc. E incluso se ha incorporado también la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, la cual es un considerable exceso puesto que si bien pueden también estar presentes elementos del derecho a la intimidad, lo que

---

<sup>170</sup> Carrillo, M. (1987), *Op. cit.*, Págs. 55-56

con ellos se protege es sobre todo la garantía formal que atribuye libertad a los ciudadanos para disponer y gozar de residencia habitual o para comunicarse con quien crea oportuno con independencia de lo que diga o deje de decir”.

Por su parte, Herrero Tejedor manifiesta<sup>171</sup>: “Existe una clara relación entre los ataques al secreto de la vida privada y los atentados a su libertad. Una vida privada que es objeto de investigaciones y divulgaciones no es verdaderamente libre: se encuentra trabada por el conocimiento que de ella adquiere la autoridad pública o los particulares. Una correspondencia cuyo secreto está expuesto a ser violado no permite a sus sujetos la libre expresión de sus pensamientos y sentimientos. Pesa todavía más la violación del secreto de la vida privada por la autoridad pública: cuando ésta adquiere conocimiento de ciertos elementos de la intimidad, tales como las opiniones políticas o religiosas, los ciudadanos pueden, legítimamente temer discriminaciones injustas”.

El derecho a la intimidad para Albaladejo, es el: “ poder concedido a una persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entremeterse en él y darle una publicación que no desea el interesado”<sup>172</sup>.

Aunque los relaciona, Romero Coloma<sup>173</sup>, establece una distinción entre intimidad y secreto al decir que: “... lo íntimo es lo más personal y, en consecuencia, todo lo íntimo es secreto y reservado, no siendo a los demás lícito conocerlo, aunque puedan existir causas de justificación, por interés público, para desvelar esta intimidad” (...) “Toda persona, por libre deseo, puede desvelar una parte de su intimidad a otra u otras, surgiendo entonces para ésta o éstas el deber

---

<sup>171</sup> Herrero Tejedor, F. (1994), *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex, Pág. 82

<sup>172</sup> Albaladejo, M. (1987), *Op. cit.*, Págs. 306-307

<sup>173</sup> Romero Coloma A.M. (2001), *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*, Madrid, Civitas, Págs. 19-20

del secreto (...) Sustancialmente, el derecho al secreto constituye una especie de derecho a la intimidad”.

Se refiere también a los secretos profesionales que obligan por ley a algunas profesiones: por ejemplo, Abogados y Médicos, entre otros.

La intimidad es una condición indispensable de la libertad de la persona que se inscribe tanto en el plano personal e individual como en el social. Nuestra sociedad no es ya una sociedad industrial, sino que es una sociedad de información. La información, en todas sus acepciones, entre las que se incluyen también la comunicación y la educación, son los grandes valores sociales que se enfrentan, continuamente, a los valores individuales (léase si se quiere derechos).

La información es, en el mundo actual que demanda continuamente ésta, un derecho social e incluso, una necesidad vital de la propia sociedad. Por ella está contemplada como un derecho constitucional. Pero la intimidad, último reducto de la personalidad en una sociedad como la nuestra, también es un derecho a proteger. Sólo que son dos derechos constitucionales que continuamente entran en conflicto.

Según Romero Coloma<sup>174</sup>, “Parece evidente que la única dirección bien orientada será la que proclame un retorno a la persona, una revalorización de los derechos humanos. Estos derechos –centrándonos en la intimidad–, por ser atributos esenciales de la persona humana, deben estar reconocidos y protegidos sea cual sea el sistema político imperante. Su regulación desde la óptica del Derecho civil les hace partícipes de la seguridad y garantía que éste ofrece. Pero esa protección puede, por sí sola, ser insuficiente. Pensemos que el derecho a la intimidad, en la sociedad política moderna, goza de la protección superior que le

---

<sup>174</sup> Romero Coloma, A.M. (2001), *Op. cit.*, Págs. 29-30

brinda el derecho constitucional, alcanzando la formulación *iuspública* de este derecho también a la esfera de las relaciones privadas”.

iii. Derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen, sólo importa en el presente trabajo en cuanto que es un derecho sujeto más que a limitaciones, que en principio quedan claras en la Ley Orgánica de 5 de Mayor de 1982<sup>175</sup>, a interpretaciones. La

---

<sup>175</sup> La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Con respecto a los límites del Derecho a la intimidad dice en sus artículos séptimo y octavo lo siguiente: Capítulo II. De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen.

Artículo Séptimo: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Artículo Octavo: Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

A) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

B) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

C) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.



doctrina, en parte, incluso opina que el derecho a la propia imagen marca los límites de la libertad de información ya que, entre otros conceptos, la imagen es parte fundamental de la información, y son tantas y tan variadas las circunstancias en que puede producirse un ataque al derecho a la propia imagen y, por contrapartida, un ataque a la libertad de información, que establecer en lo posible las fronteras entre los dos derechos es dificultoso y son derechos que suelen colisionar.

La STS de 11 de abril de 1987<sup>176</sup>, dice: “... imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; pero a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, habrá de entender que es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad. aún cuando los límites de este derecho han sido siempre imprecisos y borrosos, contingentes las más de las veces, es lo cierto que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida tendrá un derecho al resarcimiento por violación de un derecho a la intimidad, pretensión que se ha canalizado por los cauces del art. 1902 del Código Civil y que últimamente ha encontrado una normativa adecuada por la publicación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que tutela el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

En relación al derecho al honor o a la intimidad se configura como un derecho autónomo aunque vinculado. El TC dice: “En nuestros anteriores pronunciamientos hemos puesto de manifiesto la vinculación del derecho a la

---

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza. (BOE núm. 115, de 14 de mayo)

<sup>176</sup> STS de 11 de abril de 1987 (Sala de lo Civil)

propia imagen con el derecho al honor y con el derecho a la intimidad, pero también hemos señalado que se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior, y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”<sup>177</sup>.

Podemos considerar, en este sentido, que: la CE recoge los derechos llamados individuales en los arts. 14 al 29. Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen que se han estudiado, como relacionados con el derecho a la información, son derechos individuales, distintos aunque interconectados. Como tales derechos diferenciados en la propia CE y también en la jurisprudencia del TS y TC, cada uno de ellos debe tener, pues, su ámbito concreto de acción, su titularidad y funcionamiento.

El honor es un concepto relativo a una sociedad en un momento determinado, a su contexto, a las ideas que en ella prevalezcan en dicho momento, y también al concepto que sobre el mismo tenga cada persona. Es pues coyuntural y subjetivo. Si se ataca, es un deterioro de la reputación, descrédito, desmerecimiento, que afecta a las relaciones del individuo con su entorno. Cualquier ataque a estos factores vulnera el derecho al honor.

Para Carrillo, “...es el íntimo valor moral del hombre, la estima de los terceros o bien la consideración social, el buen nombre o buena fama, así como el

---

<sup>177</sup> STC 139/2001, de 18 de Junio (BOE núm. 170, de 17 de julio)

sentimiento y conciencia de la propia dignidad”<sup>178</sup>.

Por su parte Urías introduce el honor de las personas jurídicas como un bien a proteger: “¿Puede defenderse ante los tribunales de justicia el honor de una discoteca?”. Y responde: “En la medida en que lo protege el derecho al honor, es la reputación, impidiendo descensos en la consideración que los demás tienen de uno, ajenos a la propia voluntad, no parece imposible”<sup>179</sup>.

Esto ya supone una diferencia entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad, puesto que este último sólo puede atribuirse a una persona humana, no a una persona jurídica.

Un concepto muy cercano al honor es el de la dignidad, ambos aparecen en muchas ocasiones relacionados en la jurisprudencia: “el honor es un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás, reconocido como derecho fundamental”<sup>180</sup>.

Por su parte la intimidad es un concepto ligado a la persona, a su psiquis y sociabilidad. Es la parcela privada del individuo, su reducto más personal, lo secreto, lo reservado, que trasciende de lo social y que debe ser protegido de los ataques, incluso muchas veces frente al interés público, aunque no siempre. Y desde luego esta intimidad es, de alguna manera, propiedad del individuo que puede, si lo desea, desvelarla y exponerla a la opinión pública, pero en un acto libre y responsable.

Se diferencia del derecho al honor en que no se trata de un derecho sobre un concepto social, sino sobre una actividad personal.

---

<sup>178</sup> Carrillo, M. (1987), *Op. cit.*, Págs. 50-51; Sempere Rodríguez, C. (1984), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978*, dir. por Oscar Alzaga, Madrid, Edersa, Pág. 457

<sup>179</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 153

<sup>180</sup> STS de 4 de enero de 1990

El derecho a la propia imagen tiene dos variantes: la imagen física y la mental. La segunda –mala o buena imagen, mala o buena reputación– se relacionan más con el derecho al honor. Respecto a la imagen física, el individuo es propietario de la misma, aunque con respecto al derecho de información no lo es si la imagen se capta en un lugar público, y no es sujeto de comercialización. Dicho en otras palabras, sólo el individuo puede comercializar con su propia imagen, pero puede ser sujeto de información si es obtenida fuera de su ámbito de privacidad.

El concepto de intimidad corporal que protege la CE, es cultural y no físico, por lo tanto es coyuntural; los límites de reproducción con fines informativos, del cuerpo humano, sólo están delimitados por los usos y costumbres de la sociedad en un momento dado y su sentido o, exigencias, del pudor de la misma.

1.4.- Fundamento del derecho a la información en la Constitución de 1978: Especial referencia a la Ley General de Sanidad (LGS) y a la Ley de Autonomía del paciente

Si bien la característica fundamental de la CE es que fue pactada, también lo es que incluyó nuevos preceptos que posteriormente fueron desarrollados en las correspondientes leyes. El consenso entre las fuerzas políticas marcó no sólo el futuro político, sino también los textos constitucionales que hicieron posible todo el posterior proceso. Tres fueron los factores que se barajaron en dicho consenso:

- .- La reforma del régimen anterior.
- .- Pactar la reforma.
- .- Consenso en la nueva legislación.

Sobre estas bases se desarrolló la CE de 1978 aunque, dada la pluralidad de maneras de entender la vida estatal, social y política, se materializó, por lo general, en cierta indefinición de muchos de los Artículos que la conforman.

Los artículos que pueden servir como referentes al tema objeto del presente trabajo, si bien no con una referencia directa y diáfana, están, cuanto menos, en el Capítulo segundo del Título primero, denominado De los derechos fundamentales<sup>181</sup> y de las libertades públicas, que conforma el marco general de dichos derechos fundamentales en nuestra Constitución.

Nos referimos al artículo 15<sup>182</sup>, de carácter muy general y doctrinario, es una base especialmente en lo que concierne al respeto de los derechos humanos primarios y sobre el que el TC, declaró que el derecho a la vida y a la integridad física y moral puede resultar afectado cuando se impone a una persona asistencia médica contra su voluntad<sup>183</sup>, o referido igualmente al artículo 18<sup>184</sup>, que en sus apartados 1 y 4, se refiere a derechos básicos, especialmente a la imagen y al derecho al honor, ya tratados en apartados anteriores.

---

<sup>181</sup> En opinión de Urías: “La característica esencial de la categoría «derechos fundamentales» es que aparecen recogidos y garantizados por la Constitución. Su propiedad básica es la resistencia frente al legislador. Es decir, que además de poder acudirse a los tribunales cuando alguien no los respete (tutela judicial) los derechos se imponen incluso al Parlamento. En la teoría democrática formal, la esencia de la democracia estaba en la elección de un Parlamento; hoy día, la esencia del concepto democracia radica en el respeto a unos derechos mínimos, que se impone incluso a la voluntad de la mayoría o a la del Parlamento elegido democráticamente. La democracia exige derechos de la persona jurídicamente resistentes a las leyes. Nótese que, así, sólo son derechos fundamentales los que disponen de una garantía constitucional, porque sólo la Constitución se sitúa por encima del legislador parlamentario”. [Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 24]

<sup>182</sup> CE.- “Artículo 15: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

<sup>183</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, que resolvió un caso de autorización de asistencia médica a reclusos en huelga de hambre (BOE núm. 181, de 30 de julio)

<sup>184</sup> CE.- “Artículo 18: 1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

4.- La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Pero, además, hay en nuestra Carta Magna dos preceptos clave relacionados con el derecho a la información en el ámbito sanitario. Estos arts. son el 43 y el 51<sup>185</sup>, ambos dentro del Capítulo Tercero del mismo Título.

El artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud, al manifestar que “1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”, y el artículo 51, 1, que “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Como consecuencia de este reconocimiento, el derecho a la información en el ámbito de la sanidad es una manifestación de la protección a la salud reconocida en este artículo, garantizado al mismo tiempo como derecho de la personalidad.

Así nace el derecho a la disposición que tiene toda persona, en cuanto a su propia libertad, de disponer de su propio cuerpo pero, ¿cómo se va a disponer de algo si no se tiene suficiente información sobre ello? Sólo se puede ser libre para tomar una decisión si se cuenta con las herramientas –entiéndase información- apropiadas para poder tomar una decisión consciente sobre aspectos relevantes e importantes relacionados con la propia salud.

---

<sup>185</sup> Como complemento del artículo 43, el artículo 51 en sus apartados 1 y 2, recoge que: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la Ley establezca”.

Para Guerrero Zaplana<sup>186</sup> este artículo “configura la sanidad como un servicio público. El objeto de ese servicio, la salud pública, ha de considerarse con un significado amplio. Abarca no sólo la medicina de salubridad de un determinado ambiente, la denominada medicina preventiva o de promoción de la salud, sino también la medicina asistencial, sentido en el que se recoge en el reiterado artículo 43.2. Por ello, la persona que ingresa en un hospital público deviene usuario<sup>187</sup> de un servicio público<sup>188</sup>. Pero no quedaban claros los derechos y deberes del paciente, tanto en el hospital privado como en el público, ni las posibles limitaciones al poder organizativo y decisorio de la Administración Sanitaria”<sup>189</sup>.

Hay que tener en cuenta, que la Constitución es un marco normativo general y que los diversos derechos se desarrollan en legislaciones posteriores y complementarias.

Así, en aplicación del párrafo 2 de este artículo, se aprueba la Ley General de Sanidad<sup>190</sup>, que va a recoger una serie de preceptos relacionados con el derecho a la información en el ámbito sanitario.

---

<sup>186</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y las Leyes autonómicas (formularios, legislación y jurisprudencia)*, Valladolid, Lex Nova, Pág. 27

<sup>187</sup> A lo largo de estos últimos años, se han utilizado expresiones diversas para referirse al paciente. Así los términos enfermo, usuario, beneficiario, cliente o paciente. [En Mansilla Izquierdo, P.P. (1986), *Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Págs. 35-36; Rodríguez López, P. (2004), *La autonomía del paciente. Información Consentimiento y Documentación Clínica*, Madrid, Diles, Pág. 39]

<sup>188</sup> Nosotros utilizaremos, en este trabajo, la expresión paciente en sentido amplio, al ser el último destinatario de la prestación del servicio de salud.

<sup>189</sup> En opinión de Rivera Fernández, “... al personal sanitario sólo le es exigible la responsabilidad cuando en su actuación se incurra en culpa o negligencia, con indiferencia de que realice su actividad en un centro público o privado entre los que el régimen no debe diferir”. [Rivera Fernández, M. (1997), *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, Pág. 30 y 40]

<sup>190</sup> Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril (BOE núm. 102, de 29 de abril)

Entre ellos se encuentran los arts. 9, 10 y 11. Por el artículo 9 se responsabiliza a la poderes públicos de la obligación de informar al decir que: “Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público o vinculados a él, de sus derechos y deberes”, y proclama, en el art. 10, una serie de derechos para los pacientes con respecto a las distintas administraciones sanitarias. Por ello, en los apartados 5 y 6, reconoce el derecho “A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico alternativas de tratamiento. (...) A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención ...”.

Pero, como manifiestan Sánchez Caro y Abellán<sup>191</sup>, por “la importancia creciente que tienen en nuestra sociedad los derechos de los pacientes en cuanto eje principal de las relaciones clínico asistenciales”, surge la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: la ley 41/2002.

---

<sup>191</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Derechos y deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Granada, Comares, Pág. 1



1.4.1.- Principios básicos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica

En su Exposición de Motivos, la Ley 41/2002<sup>192</sup>, resalta la importancia de las relaciones clínico asistenciales en los marcos declarativos y jurídicos internacionales: “Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, marca la “*referencia obligada*” en los textos constitucionales y legislaciones de los países que, en el caso de los europeos, se vio explicitada en la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, publicitada el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud.

No sólo esto, sino que el 4 de abril de 1997 se suscribe el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina<sup>193</sup>, que implica la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes: “entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias...”.

---

<sup>192</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre)

<sup>193</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo (Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 251, de 20 de Octubre de 1999) En vigor en España desde el 1 de enero del 2000.

Como antecedentes de la citada Ley 41/2002, la misma Exposición de Motivos, se refiere a la propia Constitución, con mención expresa del artículo 43 (CE); la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, así como la Directiva comunitaria 95/46 de 24 de octubre y la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de febrero de 1997, a las que podemos añadir como primeros antecedentes –dejando para otro apartado las disposiciones<sup>194</sup> anteriores a la CE de 1978<sup>195</sup>– la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y algunas disposiciones de menor rango.

Podemos pues, establecer como fundamentos normativos de la Ley 41/2002, los siguientes:

---

<sup>194</sup> También es importante hacer referencia al *Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud* de 1 de octubre de 1984, donde se materializó la Primera Carta de Derechos y Deberes del Paciente dando a este documento el valor de instrumento básico en el reconocimiento de sus derechos. En el punto 4º de dicho documento se recoge el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita de todo lo relacionado con su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos, que será facilitada en un lenguaje comprensible.

<sup>195</sup> Como curiosidad y a título informativo, podemos mencionar el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972 (BOE de 19 de julio), que establecía en su artículo 148.4, que los enfermos asistidos podrán “autorizar, bien directamente o a través de sus familiares mas allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de un estado de gravedad”. También en el Decreto núm. 2082/78 de 25 de agosto del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (BOE de 1 de septiembre), por el que se aprueban las normas provisionales de gobierno y administración y garantías de sus usuarios, reconoce en el art. 13.1 c) unas garantías –verdadera carta de derechos- al establecer que “la previa conformidad y consentimiento expreso y escrito del enfermo y, en caso de su menor edad o imposibilidad, de sus parientes más próximos o representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y gravedad del caso hagan indispensable, a juicio del facultativo o facultativos, la aplicación o intervención inmediatas. Es un derecho del enfermo a ser tratado con las técnicas médicas disponibles en el Hospital y con el menor riesgo posible en proporción a los resultados deseables”. [En Tortosa Simancas, J. (1982), *Legislación hospitalaria*, Barcelona, Monografías Beecham, Págs. 39 y 285 y ss.]

1.- *Constitución Española*, que en su artículo 10.1<sup>196</sup>, consagra la dignidad de la persona y se ocupa en los arts. 1.1<sup>197</sup> y 9.2<sup>198</sup>, de la libertad, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias<sup>199</sup>.

2.- *Pactos Internacionales*: Especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>200</sup>.

3.- *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, de Roma de 4 de noviembre de 1950<sup>201</sup>.

4.- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York* de 16 de diciembre de 1966<sup>202</sup>.

5.- También se regula específicamente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, en especial, en sus

---

<sup>196</sup> CE.- Artículo 10.1: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

<sup>197</sup> CE.- Artículo 1.1: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>198</sup> CE.- Artículo 9.2: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos; remover lo obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

<sup>199</sup> El TC, en el FJ 6º de su Sentencia 132/1989, reconoce que el artículo 1.1 de la Constitución “consagra la libertad como «valor superior» del Ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias”.

<sup>200</sup> Principalmente en su preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, Puede consultarse en <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>

<sup>201</sup> En referencia a los artículos 3, 4, 5, 8 y 9. Hecho en Roma el 4 de Noviembre de 1950, Puede consultarse en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

<sup>202</sup> En lo que afecta a los artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. Puede consultarse en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)

Capítulos II y IV, y en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina.

6 Jurisprudencia: “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación 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, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también por el Convenio Internacional para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos”<sup>203</sup>.

La jurisprudencia entiende pues, que el consentimiento informado es un derecho fundamental, eso sí, de nueva raíz, doctrina recogida en el artículo 2 de la Ley 14/2002 de 14 de noviembre<sup>204</sup>, básica reguladora de la autonomía del

---

<sup>203</sup> SSTS de 23 de julio de 2003, de 27 de septiembre de 2001 y de 12 de Enero de 2001.

<sup>204</sup> Ley 41/2002.- Artículo 2: Principios básicos. 1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. 5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria. 6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y

paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, artículo en el que se recogen los principios básicos de la misma refiriéndose a la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

Este artículo, como su título indica, establece la serie de principios por los que debe regirse la actuación sanitaria, teniendo en cuenta la dignidad de la persona humana, su autonomía y su intimidad (2.1), su derecho a la información y al consentimiento (2.2) o, sea a elegir libremente y ser tratado correctamente en los aspectos humanos y técnicos (*lex artis ad hoc*) (2.6) y al secreto de sus datos (2.7) postulados, que eran igualmente, recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>205</sup>.

Dado que esta Ley 41/2002 es una ley básica, amparada por el arts. 149.1.1 y 16<sup>206</sup> de la CE, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar, en sus ámbitos de actuación, el contenido de la misma según el artículo 83<sup>207</sup> de la dicha CE.

---

voluntariamente por el paciente. 7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

<sup>205</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Hecha en Niza el 7 de Diciembre de 2000, (Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas DOCE-2000/364/01 de 18 de diciembre de 2000)

<sup>206</sup> CE.- Artículo 149

1.- El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª.-La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

16ª.- Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

<sup>207</sup> CE.- Artículo 83: Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.

b) Facultar para dictar normas con carácter retroactivo.

Las diversas legislaciones autónomas han desarrollado el artículo segundo incidiendo según sus propios condicionantes, así la Ley 2/2002<sup>208</sup> del Parlamento de la Rioja, de 17 de abril dictamina que “en toda circunstancia el paciente tiene el derecho a vivir el proceso de su muerte con dignidad y a que sus familiares y personas próximas le acompañen en la intimidad y reciban el trato apropiado al momento” o La Ley 1/2003<sup>209</sup> de 28 de enero de la Generalitat Valenciana que en su artículo 3º establece los derechos de los pacientes, entre ellos los especificados en el artículo 2 de la ley nacional 41/2002, más algunos como el testamento vital o recibir información en lengua valenciana, etc.

También, la Ley 10/2001<sup>210</sup>, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, que en el Título I, Capítulo III.– Derechos y deberes de los ciudadanos respecto al Sistema Sanitario, en los arts. 11<sup>211</sup> y 12 reconoce los derechos y deberes de

---

<sup>208</sup> Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOE núm. 106, de 3 de mayo)

<sup>209</sup> La Ley 1/2003 de 28 de enero de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 48, de 25 de febrero)

<sup>210</sup> Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (BOE núm. 177, de 25 de julio)

<sup>211</sup> Ley 10/2001.- Artículo 11.º - Derechos. 1.–De conformidad con los derechos reconocidos en la Constitución Española y en la legislación básica estatal, en el Sistema Sanitario Público de Extremadura se garantizan los siguientes derechos:

- a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva del Sistema Sanitario Público de Extremadura.
- b) Al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por ninguna causa. Este derecho incluirá el progresivo ofrecimiento de habitación individual en los centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- c) A la información sobre los servicios sanitarios a que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
- d) A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos.
- e) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en cualquier institución sanitaria de Extremadura.
- f) A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pudieran ser utilizados en un proyecto docente o de investigación, sin que, en ningún caso, dicha aplicación comporte riesgo adicional para la salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
- g) A que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, incluyendo la posibilidad de solicitar el alta voluntaria.

h) A la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico, siendo preciso el consentimiento previo por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- 1) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
  - 2) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
  - 3) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.
  - 4) Cuando el usuario haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado.
- i) A que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.
- j) A que se les extienda certificación acreditativa de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria.
- k) A la negativa al tratamiento, excepto en los casos señalados en el epígrafe h)1) del presente artículo, debiendo, para ello, dejar constancia de la misma.
- l) A participar en las actividades sanitarias a través de los cauces previstos en la normativa básica estatal, en la presente Ley y en cuantas disposiciones la desarrollen.
- m) A que quede constancia, por escrito o en soporte técnico adecuado, de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o allegado recibirá su informe de alta.
- n) A disponer, en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociosanitarios, de una carta de derechos y deberes por la que ha de regirse su relación con los mismos.
- ñ) A la utilización de los procedimientos de reclamación y sugerencias, así como a recibir respuestas por escrito, siempre de acuerdo con los plazos que reglamentariamente se establezcan.
- o) A la libre elección de médico, servicio y centro, así como a obtener una segunda opinión médica, en los términos que reglamentariamente se establezcan. En el ámbito de la atención primaria, se entenderá la libre elección a la Unidad Básica Asistencial.
- p) A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva conocidos.
- q) Al libre acceso al Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura.

2.-Los menores, mayores dependientes, enfermos mentales, los que padecen enfermedades crónicas, terminales y discapacitantes y las personas pertenecientes a grupos de riesgo, tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios específicos y preferentes en el Sistema Sanitario Público de Extremadura.

3.-Los enfermos mentales, sin perjuicio de lo señalado en los epígrafes precedentes, tendrán, en especial, los siguientes derechos: a) Cuando en los ingresos voluntarios desapareciera la plenitud de facultades durante el internamiento, la Dirección del Centro deberá solicitar la correspondiente autorización judicial para la continuación del mismo. b) En los ingresos forzosos, el derecho a que se reexamine periódicamente la necesidad del internamiento. 4.-Sin perjuicio de la libertad de empresa, los derechos contemplados en los epígrafes b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), m), n), ñ) y p) del apartado primero y el apartado tercero serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

5.-Además de lo dispuesto en el punto 1 de este artículo, se reconoce el derecho a la expresión anticipada de voluntades en los siguientes términos: a) A estos efectos se entiende por expresión anticipada de voluntades el documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Este documento podrá incluir la designación de un representante que será interlocutor válido del equipo sanitario. b) Debe existir constancia fehaciente de que el documento ha sido otorgado en las condiciones señaladas en el apartado

todos los residentes en su ámbito territorial incluida la expresión anticipada de voluntades y, en la Ley 3/2005<sup>212</sup> de 8 de julio en su artículo 4<sup>213</sup>, regula el derecho a la información de los pacientes de su ámbito territorial.

i. Definiciones legales: concepto y contenido del consentimiento en la ley reguladora de la autonomía del paciente

La ley 41/2002, de autonomía del paciente, configura el derecho de los pacientes a la información, con un desarrollo más exhaustivo y cercano a la realidad actual de lo que lo hacía la Ley General de Sanidad.

Ya en el artículo 3, define el concepto legal de alguno de los términos o expresiones que, de forma habitual e ineludible, se utilizan en el ámbito de las actuaciones en que se mueve el derecho a la información en el medio sanitario.

Entre ellas, y por su directa relación con el tema que nos ocupa, haremos referencia a las siguientes<sup>214</sup>:

---

anterior. c) La expresión anticipada de voluntades debe formalizarse ante notario o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, sin relación de parentesco hasta el segundo grado ni vinculados por relación patrimonial alguna con el otorgante. d) No serán tenidas en cuenta aquellas voluntades que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o que no se correspondan con el supuesto de hecho que se hubiera previsto en el momento de emitirlas. e) Si existe el documento de expresión anticipada de voluntades, deberá ser entregado por quién las otorgó, por sus familiares o por un representante legal en el Centro Sanitario donde el paciente sea atendido, incorporándose el mismo a su historia clínica.

<sup>212</sup> Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 186, de 5 de agosto)

<sup>213</sup> Ley 3/2005.- Artículo 4: Artículo 4. Derecho a la información asistencial. 1. Los pacientes de la Comunidad Autónoma de Extremadura tienen derecho, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, a recibir toda la información disponible sobre la misma, salvo los supuestos exceptuados en esta norma.

<sup>214</sup> También define otros términos como Historia Clínica, Usuario, Certificado médico, etc. que no tienen tanta relevancia para el tema que nos ocupa y a los que nos referiremos en apartados posteriores.



- Información clínica: “todo dato cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”.
- Intervención en el ámbito de la sanidad: “toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación”.
- Libre elección: “la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o mas alternativas asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicio de salud competentes, en cada caso”.
- Médico responsable: “el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.
- Paciente: “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud” y,
- Consentimiento informado: “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Es esta última definición la que, de manera mas fundamental, va a formar parte de nuestro trabajo. Dicho de otra manera, para cualquier actuación el

paciente debe dar, obligatoriamente –salvo excepciones recogidas por la ley–, su consentimiento libre y voluntario, en lo que incide el artículo 8.1<sup>215</sup>.

Respecto al contenido del consentimiento informado, explicitado especialmente en los arts. 2.2, 3 y 8.1 de la ley 41/2002, debemos distinguir los elementos constitutivos del mismo<sup>216</sup>:

- Competencia (En el sentido de capacidad)<sup>217</sup>: Si el paciente es incapaz de comprender la información, ¿es posible que pueda decidir? Es un elemento fundamental de difícil valoración. La realidad obliga a entender que, si el paciente es claramente incapaz, la decisión debe ser tomada por representación.

- Voluntariedad: De manera que si el consentimiento no es emitido de forma voluntaria, ya sea por coacción o por manipulación, no es aceptable ni desde el punto de vista ético ni legal<sup>218</sup>.

- Información en calidad y cantidad suficiente: Para que el paciente pueda emitir una “conformidad libre, voluntaria y consciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades”, debe recibir una información adecuada porque, si

---

<sup>215</sup> Artículo 8. Consentimiento informado. 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

<sup>216</sup> Estos elementos -reconocidos en el ámbito internacional- pueden consultarse en: *A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Making Health Care Decisions, Volume One: Report Whashington D.C. Government Printing Office, October 1982, Disponible en [http://www.bioethics.gov/reports/past\\_commissions/making\\_health\\_care\\_decisions.pdf](http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/making_health_care_decisions.pdf), Págs. 55 y ss.

<sup>217</sup> Del término inglés *capacity*, la RAE lo define como la “Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo”.

<sup>218</sup> No podemos olvidar que hay formas de coacción veladas que influyen en la decisión del paciente y un ejemplo de ello podría ser el que al paciente se le indique que “en el caso de no hacerlo, deberemos darle el alta voluntaria”, o de manipulación, como es el caso de una información tergiversada con datos positivos de una situación no tan clara. Es la situación que se produce cuando se informa de los porcentajes de éxito de una técnica o tratamiento sin indicar el número total de pacientes que se han tratado.

no se le ha informado en términos comprensibles<sup>219</sup> y suficientes<sup>220</sup>, ¿cómo va a poder tomar esa decisión?

A este respecto, la Doctora Crespo, Médico del Servicio de Psiquiatría del Hospital “La Paz”, en intervención realizada en unas Jornadas organizadas por la Sociedad de Psiquiatría en Madrid sobre la “Valoración Médica de la competencia para el consentimiento en clínica”, reconocía que “el médico debe conocer los valores del paciente y sus objetivos en la vida. (...) También debe poseer una buena capacidad de comunicación, habilidad para razonar, para explicar al paciente las diferentes opciones y sus consecuencias”<sup>221</sup>.

- Validez y autenticidad: Conceptos ambos relacionados con el de competencia. La decisión podrá parecer o no la más acertada, pero siempre deberá ser respetada.

## ii. Derecho y deber de información: reciprocidad en su concepción

Ante este derecho, de concepción dual, debemos distinguir entre el sujeto obligado al deber de información y el sujeto receptor de la misma. En la ley 41/2002, el sujeto obligado a informar –elemento esencial de la *lex artis ad hoc*– es el médico responsable.

---

<sup>219</sup> De gran importancia ya que, si la información, no se ajusta a las posibilidades sociales, culturales y de comprensión del paciente, no será fácil para éste tomar la decisión adecuada. Con frecuencia la terminología médica o la forma de presentarla es difícil de entender para personas neófitas en la materia. Se ha dado el caso, comprobado, de –en lugar de “informar”– indicar al paciente que “vaya leyendo y después firme donde la X”.

<sup>220</sup> No hay unidad de criterio en este aspecto sobre todo en el aspecto referido a los riesgos y efectos secundarios. En Norteamérica se ha acudido a los criterios de médico razonable, persona responsable y el subjetivo mientras que en España se acude con frecuencia al criterio de riesgo típico (los más frecuentes y los más graves). A todos ellos haremos referencia en capítulos sucesivos.

<sup>221</sup> Sanidad (1996), La competencia del paciente es un presupuesto previo al consentimiento informado. *Noticias médicas*, núm. 3526, Pág. 23

El titular del derecho a la información asistencial es el paciente (artículo 5.1). También son titulares de este derecho las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, que podrán ser informadas en dos supuestos específicos:

a) cuando expresa o tácitamente éste lo permita (artículo 5.1) y,

b) cuando a criterio del médico que le asiste, el paciente carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico (artículo 5.3).

La norma aún va mas allá, y reconoce que incluso en el caso de incapacidad, el paciente tiene derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión. Hace una salvedad y es que, en este caso el facultativo también deberá informar al representante legal del paciente<sup>222</sup>.

Para Guerrero Zaplana, “La atribución al *“médico responsable”* de la responsabilidad en la facilitación de la información resulta especialmente importante en los supuestos, cada vez más frecuentes, de asistencias interdisciplinarias o en equipo, en las que intervienen médicos de varias especialidades pero en las que será necesario señalar a uno de ellos como el encargado de canalizar la información hacia el paciente y su familia. Parece de lo más acertado tratar de centralizar en un solo médico (“el médico responsable”) toda la información que se pueda precisar a lo largo de un proceso terapéutico;

---

<sup>222</sup> Ley 41/2002.- Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

actuar de ese modo garantiza al paciente y a la familia que se pueda mantener abierta una línea constante de comunicación entre una y otra parte de la relación asistencial”<sup>223</sup>.

Pero es el artículo 10 el que establece el contenido de la información que el paciente debe recibir, recogiendo que: “Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito. 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) Las contraindicaciones”.

A este respecto, el TS<sup>224</sup>, y sobre el caso de un paciente al que se le práctico una vasectomía, intervención que originó un hematoma y posterior orquitis con resultado final de atrofia de testículo, dice en sus razonamientos jurídicos: “...la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve los eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina”.

---

<sup>223</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 77

<sup>224</sup> STS de 2 julio de 2002

Por lo tanto, podemos establecer que, según la jurisprudencia, existen tres aspectos fundamentales del derecho a la información y que, documentalmente, debe plasmarse en el documento de consentimiento informado<sup>225</sup>:

1.- *El diagnóstico de su estado de salud*: Se trata de una de las informaciones de más difícil elaboración por su complejidad, pero es fundamental pues, en el caso de que el diagnóstico no sea el exacto, los tribunales<sup>226</sup> han considerado la información válida si el tratamiento se ajusta a lo que se hubiera aplicado de otro modo.

2.- *Tratamiento a adoptar*<sup>227</sup>: La identificación, la finalidad, el objetivo y la naturaleza de las medidas que se van a tomar para conseguir la recuperación del paciente. Igualmente, está obligado a informar sobre los riesgos, beneficios y las probabilidades de éxito de las distintas alternativas, así como de la necesidad de tratamientos más agresivos si ello fuera necesario. En este caso, el facultativo debe exponer detalladamente las distintas alternativas de tratamiento que, según el diagnóstico previsto, puedan llevarse a cabo.

3.- *Los riesgos*<sup>228</sup>: Muy ligados a las alternativas de tratamiento, hace referencia a una completa información adecuada a las circunstancias personales del paciente sobre las complicaciones probables que, en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia, puedan presentarse, así como de los efectos secundarios y el concreto peligro de fracaso, directamente relacionados con el tipo de intervención, además de los excepcionales o infrecuentes, derivados de la intervención, que conlleven consecuencias graves.

---

<sup>225</sup> Emaldi Cirión, A.; Martín Uranga, A.; Mata Barranco, I. de la; Nicolás Jiménez, P. y Romeo Casabona. C. M. coord., (2000), *Información y Documentación Clínica: Su tratamiento jurisprudencial (1990-1999)*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Págs. 25 y ss.

<sup>226</sup> En esa línea se manifestó el TSJ de Castilla-León (FJ 2º) en su sentencia de 5 de mayo de 1998 (Sala de lo Social)

<sup>227</sup> Es el caso de las sentencias del TS de 1 de julio de 1997 o de 19 de febrero de 1998.

<sup>228</sup> Sobre este aspecto, se manifestó el TS en sentencias de 23 de abril de 1992 y de 28 de diciembre de 1998, entre otras.

4.- Manifestar igualmente, tal como recoge el artículo 8.4 de la ley, “Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico, y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud”.

En términos parecidos se pronunció el TS en sentencia de 25 de abril de 1994, al informar en el FJ 3º que, el médico debe informar del diagnóstico de la enfermedad, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo puedan derivarse y de las posibilidades de que los medios de que se disponga en el lugar donde se vaya a aplicar ese tratamiento puedan resultar insuficientes, con el fin de que, si es posible, el paciente opte por dirigirse a otro centro médico mas adecuado<sup>229</sup>.

Y la información deberá ser exhaustiva según la STS de la Sala 1ª, de 27 de abril de 2001<sup>230</sup>, reiteradamente citada en la doctrina: “habrá de ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad”

---

<sup>229</sup> Simón, P. (2000), *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela, Pág. 244

<sup>230</sup> STS de 27 de abril de 2001

iii. El Consentimiento Informado: Elemento fundamental en la relación médico paciente

La constante evolución cultural, filosófica y jurídica de la medicina –el Profesor Diego Gracia manifestaba que la medicina ha cambiado más en los últimos 25 años que en los 25 siglos anteriores– ha originado, en el ámbito de la salud, el paso de una medicina paternalista, en la que el peso de las decisiones recaía en el médico, a una medicina en la que prevalece el principio de autonomía del paciente en la toma de decisiones.

Así, con el consentimiento informado, el paciente lleva a cabo una declaración de voluntad, tras recibir información suficiente, dando su conformidad para que el médico adopte las medidas adecuadas en orden a recuperar la salud perdida, y como manifiestan Fraga y Lamas, deberá prestarse antes del acto médico que se va a realizar debiendo mantenerse a lo largo de todo el tratamiento<sup>231</sup>.

El consentimiento debe ser libre y voluntario (Art. 8.1) Se presentará, por regla general, de forma verbal<sup>232</sup>, excepto en los siguientes supuestos (Art. 8.2):

- .- Intervención quirúrgica.
- .- Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.

---

<sup>231</sup> Fraga Mandián, A. y Lamas Meilán, M. M. (1999), *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)*, Pontevedra, Revista Xurídica Galega, Pág. 52

<sup>232</sup> La Ley General de Sanidad exigía el “consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención” (Artículo 10.6). El Reglamento, (art. 148.4) reconocía el derecho a autorizar pero sin aclarar si debía ser verbal o por escrito, en cambio en el Decreto de 1978, si que determinaba que era necesaria (art. 13.1 c) “la previa conformidad y consentimiento expreso y escrito”. Buenas intenciones pero sin resultado efectivo ya que, este Decreto no llegó a estar en vigor. En la Carta de Derechos y deberes del paciente ya reconoce el derecho a la libre determinación con la obligatoriedad del consentimiento expreso excepto en situaciones concretas.



.- Y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

Esta exigencia de forma escrita, al igual que en el caso del deber de información, tiene un valor “*ad probationem*”, por lo que, siempre que se acredite, el consentimiento prestado de forma oral será suficiente aunque se trate de una intervención quirúrgica para las que la ley exige consentimiento por escrito. Estando en vigor el artículo 10.6 LGS, que para todo supuesto exigía el consentimiento informado por escrito, la jurisprudencia ha declarado cumplida esta exigencia legal aunque el consentimiento fuera prestado de forma oral. Para la jurisprudencia, la información previa al consentimiento, es el presupuesto básico del consentimiento informado<sup>233</sup>.

La jurisprudencia entiende, por lo general, que el consentimiento informado implica la asunción por parte del paciente de los riesgos y consecuencias inherentes a la intervención que autoriza, lo cual no evita la responsabilidad negligente (*lex artis ad hoc*) del médico o el deficiente, en su caso, funcionamiento del centro sanitario.

Tal y como advierte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STJ) de Navarra (STSJ 22/2001, de 27 octubre), “la consecuencia fundamental de su otorgamiento es la asunción por el paciente de los riesgos y consecuencias inherentes o asociadas a la intervención de que haya sido previamente informado,

---

<sup>233</sup> Hay que tener presente que en los supuestos de intervención quirúrgica, hay limitaciones técnicas a la información proporcionada como señala la Sala 1ª del TS “en cuanto a la esencia a que debe referirse el derecho o deber de información, no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue *a priori* todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención”. [STS, Sala 1ª, de 23 de julio de 2003]

siempre que no resulten imputables al negligente proceder del facultativo interviniente o al mal funcionamiento del centro o servicio médico en que se practica”<sup>234</sup>. En este último sentido la jurisprudencia de la Sala 3ª del TS insiste en que la “existencia de consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada”<sup>235</sup>.

#### iv. Alcance y Límites del derecho a la información en materia sanitaria

Nos surge una interrogante, y es que ¿hasta dónde deben ser informados los pacientes?, ¿Hay unos límites a la información si está referida al proceso en un antes, durante o después del acto médico?

El artículo 9<sup>236</sup> establece los límites al consentimiento informado, que responden a tres supuestos:

---

<sup>234</sup> SSTS de 23 de abril de 1992 y de 26 de septiembre de 2000; STSJ Navarra de 6 de marzo de 1996

<sup>235</sup> SSTS de 10 octubre de 2000 y de 7 junio de 2001

<sup>236</sup> Ley 41/2002.- Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible con seguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

- A) La autonomía de la voluntad del paciente,
- B) La protección de su salud,
- C) La protección de la salud pública.

A.- El paciente en uso de su autonomía y libre voluntad puede renunciar a recibir información, ya que lógicamente el derecho a recibir información implica el derecho a rechazarla; Aunque este derecho a no ser informado tiene límites legales (Art. 9.1):

.- El interés de la salud del propio paciente.

.- De terceros: si tiene una enfermedad contagiosa, por ejemplo para el cónyuge, es necesario que lo sepa, ya que sus hábitos y comportamientos deberán adecuarse a esta situación.

.- De la colectividad: por ejemplo, en caso de patologías como tuberculosis o cólera, en los que el contagio puede ser masivo.

---

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

.- Por las exigencias terapéuticas del caso: cuando el tratamiento requiera de una actitud positiva del paciente, conocedor de su enfermedad, el régimen que debe seguir, el tratamiento farmacológico y sus efectos.

De la renuncia debe quedar constancia probatoria.

#### B.- Protección de su salud (Art. 9.2)

No será necesario el consentimiento informado cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización; consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Se trata de aquellos casos en los que la urgencia no permite demoras en la actuación del médico, puesto que existe un riesgo grave sobre el estado físico y psíquico del paciente.

Este supuesto es típico de los servicios de urgencias, en los que como consecuencia de un accidente o una agravación brusca de la enfermedad, entra el paciente sin conciencia suficiente para comprender lo que le ocurre y decidir la intervención médica que los facultativos prescriben urgente y necesaria. Lógicamente se trata de un caso en el que no es posible, por la urgencia o el desconocimiento, recabar el consentimiento informado por representación. A la vista de lo anterior, es posible concluir que deben concurrir tres circunstancias:

- Una situación de riesgo grave e inminente para la integridad física y psíquica del enfermo;

- Que no sea posible conseguir su autorización. Esto último puede venir motivado o bien porque esté en ese momento privado de juicio, como consecuencia de la enfermedad; o bien, incluso, porque debido a la enfermedad

no alcance a comprender la trascendencia de su estado, pues de no ser así, sí accedería a la intervención.

- Y que, debido a la urgencia o el desconocimiento, no sea posible recabar el consentimiento por representación de los representantes legales del paciente o de las personas que por lazos familiares o personales están legitimados por el artículo 9.3.a, para prestarlo.

### C) Protección de la salud pública.

Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones establecidas por la Ley. En estos casos, se superpone el derecho a la salud colectiva sobre el propio derecho del paciente a no someterse a la actuación del facultativo, ahora bien, siempre que se trate de actuaciones indispensables y se lleven a cabo para favorecer la salud del paciente.

La jurisprudencia también abunda en los mismos términos: “...todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, circunstancias éstas que se encuentran recogidas en el art. 10.6, c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, al establecer el derecho que asiste «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: (...) cuando la urgencia no

permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»<sup>237</sup>.

La Sala 1ª del mismo Alto Tribunal establece<sup>238</sup>, en sentencia de 23 de julio de 2003, que el deber de informar tiene las excepciones siguientes: 1) cuando los riesgos son conocidos por el paciente, 2) cuando pueda perjudicar al mismo paciente y 3) cuando se dan situaciones de urgencia.

#### v. Capacidad de prestar consentimiento y excepciones a la misma

Cuando el paciente tenga capacidad y facultades suficientes, de él es el derecho de tomar la decisión que crea oportuna. Se trata de una capacidad natural (Art. 9.3), no civil. O sea que no está subordinada a la mayoría de edad, sino por sus condiciones físicas y psíquicas. Se trata, pues, de una capacidad intelectual y emocional para comprender y enfrentarse con la situación planteada y de valorar las alternativas posibles tomando una decisión libre y razonada, lo cual implica un juicio objetivo, y a la vez, subjetivo, difícil de valorar por terceros.

Básicamente en el paciente deben concurrir los siguientes supuestos:

- Ser mayor de edad o, menor emancipado o mayor de dieciséis años.
  
- A juicio del médico, estar en condiciones de tomar decisiones y no hallarse en un estado físico o psíquico que no permita hacerse cargo de su situación, lo que ocurre con muchos enfermos mentales, respecto de los tratamientos farmacológicos.

---

<sup>237</sup> STS de 24 de mayo de 1995

<sup>238</sup> STS de 23 de julio de 2003

No obstante, los menores de edad también podrán prestar válidamente el consentimiento informado directamente, y sin necesidad de representación, siempre que intelectual y emotivamente puedan comprender el alcance de la intervención; Esto es, siempre que gocen de capacidad natural, que corresponde al médico determinarlo<sup>239</sup>.

Por otra parte está regulado que, en determinadas circunstancias, pueda prestarse consentimiento por representación. Para ello deben darse ciertos supuestos, como que el paciente carezca de capacidad y el representante esté autorizado y legitimado por ley. Lo cual implica, de una parte la existencia de una causa legal de falta de aptitud para consentir en este caso, y de otra, la existencia de personas que, por estar vinculadas al paciente, la ley presume que son las más indicadas para decidir lo que será mejor para el paciente (Art. 9.3 y 9.5).

Los supuestos contemplados son:

1.- “Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia o, su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. En estas situaciones le corresponde al representante legal del paciente prestar el consentimiento. Si careciere de representante legal, lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

De todas formas en este supuesto se produce una cierta contradicción entre el 9.3.b) que no prevé la necesidad de consultar u oír a la persona incapacitada ni sopesar su voluntad, y el 5.2, que deja muy claro lo contrario:

---

<sup>239</sup> A este respecto nos remitimos a la STS 154/2002 de 18 de julio de 2002, sobre la muerte de un menor, Testigo de Jehová, que murió por rechazar una transfusión de sangre contra la opinión de sus padres, también Testigos de Jehová, que la autorizaron.

“El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

Lo cual implica que si debe informársele, sea cual sea su capacidad de comprensión, también debería escuchársele sea cual sea su capacidad de razonar. Independientemente de la decisión final que se tomase.

2.- “Cuando el paciente esté incapacitado legalmente”. La incapacidad debe ser valorada por el médico sobre la base del estado físico y/o psíquico del paciente. Y debe razonarla por escrito. En dicho caso serán los representantes legales del paciente o, de no tenerlos, sus parientes más cercanos (Artículo 234 CC).

3.- “Cuando el paciente sea un menor de edad y no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este supuesto, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos”.

Entendemos por menor de edad el menor de dieciséis años no emancipado. Es necesario además que “no sea capaz intelectual ni emotivamente de comprender el alcance de la intervención”. Por lo tanto, y a *sensu contrario*, el juicio suficiente consiste en la aptitud mínima para comprender la situación: la enfermedad, su diagnóstico y la necesidad o conveniencia del tratamiento, para asumirla y tomar la decisión, lo que viene denominándose capacidad natural.



## **Capítulo Segundo: EL DERECHO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO DE CARÁCTER FUNDAMENTAL**

No hay muchos derechos fundamentales en la sociedad actual que hayan tenido un desarrollo tan extenso, ni tan discutido por la doctrina y la jurisprudencia, como lo ha sido el derecho a la información. Si a esto unimos el auge que la tecnología, la informática y los medios audiovisuales han sufrido, podemos apreciar la importancia que el proceso de recibir y/o transmitir información tiene para la persona.

Vinculado muy directamente al ámbito de los medios de información, cobró una especial e importante relevancia, desde que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, le fuera reconocido al ser humano, su derecho a informar y a ser informado o lo que es lo mismo, recibir y transmitir información, concepción dual de este derecho.

Pretendemos en este capítulo, analizar el derecho a la información como un derecho fundamental entendiendo que los derechos fundamentales, “son aquellos derechos humanos reconocidos en la legislación vigente de un Estado determinado y bajo la protección de su fuerza coactiva. Normalmente, el reconocimiento de los derechos fundamentales se hace en el texto constitucional y supone la legitimación democrática del Estado”<sup>240</sup>.

Como dice Pérez Luño<sup>241</sup>, “los derechos fundamentales, constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana ...”.

---

<sup>240</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 29

<sup>241</sup> Pérez Luño, A. E. (1986), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, Pág. 20

Según el TC<sup>242</sup> los derechos fundamentales tienen un doble carácter: el de libertad individual, oponibles ante los poderes públicos y los demás ciudadanos; y derechos objetivos que informan el orden social y la convivencia democrática: “En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «*status*» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho, y más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”<sup>243</sup>.

## 2.1.- Fundamentación histórica de los Derechos Fundamentales: Especial referencia al Derecho a la Información

Por lo general los conceptos derechos fundamentales y derechos humanos están unidos en la mentalidad moderna, aunque no son lo mismo. Los Derechos fundamentales han sido una constante reivindicación humana cuyos orígenes hay que buscarlos quizás más allá de la Grecia Clásica<sup>244</sup>, pero en su acepción moderna sus orígenes no pueden hallarse anteriormente al pensamiento del siglo XVIII y en los planteamientos de los Enciclopedistas, que dieron como fruto los períodos revolucionarios de finales del siglo citado y principios del siglo XIX,

---

<sup>242</sup> STC 25/1981, de 14 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto)

<sup>243</sup> CE.- Art. 1.1 “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>244</sup> “Ya en la filosofía griega, en la Escuela Socrática, se dirigió un estudio hacia el hombre, pero de forma externa, proyectándolo hacia el Cosmos, en una conexión con la sociedad humana”. [En Lancho Pedrera, F.; Villamor Morgan-Evans, E.; García Trujillo, B y Pérez Hernando, I. (1998), *Fundamentación, historia y aplicación de los derechos fundamentales*, dir. por Dº Carlos de Villamor Maqueira, Cáceres, Tomás Rodríguez, Pág. 18]

plasmados en las declaraciones de derechos<sup>245</sup> y en los articulados de las Constituciones liberales.

Siguiendo a Bastida<sup>246</sup>, existen tres modelos históricos de fundamentación de los derechos fundamentales<sup>247</sup>: modelo historicista, modelo iusracionalista y modelo positivista, ajustándose, cada uno de ellos al modo de entender el Derecho y a las connotaciones temporales del Estado y la sociedad.

#### i. Modelo Historicista

Primero en el tiempo aparece en los siglos XVII y XVIII. Propugnaba un cambio del Antiguo Régimen a las nuevas ideas institucionales sin provocar una quiebra de las anteriores instituciones. Se trata pues, de una adecuación pragmática entre las nuevas ideas liberales emergentes y el respeto a los ordenamientos existentes. Una especie de pacto entre la burguesía y los estamentos dominantes.

Se entendía a efectos prácticos, que los elementos que debían configurar la llamada “constitución histórica” eran una mezcla de costumbres, leyes antiguas, otras pactadas con la monarquía y los representantes de la Comunidad y el derecho consuetudinario en general de una nación, que por lo mismo, por ser ancestrales y costumbres no escritas, se convertirían en Leyes Fundamentales<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> Pérez Luño, A.E. (1986), *Op. cit.*, Pág. 29

<sup>246</sup> Bastida Freijedo, F.J. (2005), El fundamento de los Derechos Fundamentales. Artículo entregado como lección inaugural en la celebración de San Raimundo de Peñafort en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza el día 21 de enero de 2005, Disponible en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero03/bastida.pdf>

<sup>247</sup> Bastida Freijedo, F. J.; Villaverde Menéndez, I.; Requejo Rodríguez, P.; Presno Linera, M.A.; Aláez Corral, B y Fernández Sarasola, I. (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, Págs. 18 y ss.

<sup>248</sup> Esta fue la denominación con que se conocieron en España y su principal teórico fue Jovellanos. Hay que tener en cuenta que una parte de los diputados de las Cortes de Cádiz eran partidarios de esta propuesta y algunas de sus ideas se reflejaron en el texto constitucional.

El modelo era claro para la época: el hecho de que el origen de los derechos se hallara en la costumbre de una comunidad y en los pactos entre ésta y el poder –en este caso del soberano–, significaba que los titulares de los derechos no eran los individuos como tales, sino sólo los miembros concretos de la comunidad que tenía las costumbres y a la que se aplicaban dichas Leyes Fundamentales<sup>249</sup>.

Estos derechos –su contenido– actuaban, en esencia, como límites a la acción del poder del soberano, no tanto como derechos independientes. Se trataba de proteger la persona (*habeas corpus*) o los bienes (no privatización arbitraria), y sobre esta segunda protección basaban, en gran parte, la representatividad: tenían derecho a elegir a sus representantes que eran los que iban a decidir los impuestos a pagar, o sea los que de hecho les iban a privar de parte de sus bienes<sup>250</sup>.

---

[Coronas González, S.M. (2000), El pensamiento constitucional de Jovellanos. Historia Constitucional, *Revista Electrónica*, núm. 1, Disponible en <http://constitucion.rediris.es/revista/hc/uno/jovellanos.html>]

<sup>249</sup> El exponente más conocido de esta teoría es la sociedad y los textos normativos ingleses de la época, en que se habla siempre de los derechos “de los ingleses” y no de los “derechos del hombre”. Y como el historicismo no admitía derechos del hombre, sino derechos de grupos sociales concretos, o sea sancionaba las distinciones estamentales, los derechos hereditarios posibilitaban la pertenencia, o no, a la Cámara Alta, y, en otros países, los fueros jurisdiccionales.

<sup>250</sup> *Quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. Esta máxima, que se encuentra en la trama de un pasaje del Código de Justiniano CI. 5, 59, 5 en que se da solución a un problema de derecho privado, hacia fines del siglo XII o principios del siglo XIII se ha utilizado a lo largo de los tiempos en diversas ocasiones, siempre aclarando el tema y con observaciones al que hacia referencia la máxima. (En Merello Arecco, I. (2005), La máxima "*Quod omnes tangit*": Una aproximación al estado del tema, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 27, Págs. 163-175, [Consulta el 19 Marzo 2007], Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-4552005000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-4552005000100008&lng=es&nrm=iso)); Ullmann, W. (1983), *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, trad. Rosa Vitaró, Barcelona, Ariel, Págs. 190 y ss.; Black, A. (1996), *El pensamiento político en Europa (1250-1450)*, trad. Fabián Chueca Crespo, Cambridge, Cambridge University Press, Págs. 20 y ss.; 166 y ss. y 180 y ss.

Lo cual tendía, y de hecho sucedió, a resucitar viejas, y en muchos casos obsoletas, instituciones antiguas<sup>251</sup> que se situarán entre el rey y los súbditos como un sistema de garantías. A la larga, y ya en pleno siglo XIX, esta doctrina formó el pensamiento conservador, especialmente aquel que quiso, y resucitó en algunos casos, las especificidades forales, que en definitiva era derecho consuetudinario<sup>252</sup>.

## ii. Modelo iusracionalista

Se refiere al derecho natural que es asumible por la razón humana, y por ello mismo confiere validez a las normas. Aunque hay que indicar que esta aparente primacía de la razón, sólo es válida cuando es acorde con el Derecho Natural.

Porque este derecho, que está por encima de todo, es el origen de las libertades del hombre. El hombre en su origen, planteaba el modelo, tenía necesariamente una situación de igualdad que los teóricos llamaron estado de naturaleza. En este estado el hombre es libre, igual, no existe sujeción social y estatal alguna, y eran titulares de todos los derechos y libertades<sup>253</sup>.

La libertad tenía una problemática: no les aseguraba la seguridad y ello les lleva al “pacto social”, que es un pacto entre iguales y multilateral, por medio del cual cada individuo renuncia a una parte de su libertad y de sus derechos

---

<sup>251</sup> Una de ellas fue el Jutge de Greuges, hoy Síndico de Greuges, es la figura del Defensor del Pueblo en las Comunidades de Cataluña, Islas Baleares y Valencia.

<sup>252</sup> Teóricos de este corriente fueron Montesquieu, Hume, Burke y Balmes. Montesquieu, al dividir los poderes, vinculará la producción del Derecho a uno de ellos, al legislativo: “Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes”. “Los jueces de la nación no son... mas que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigorde las leyes”. [Montesquieu (1983), *Del espíritu de las Leyes*, Libro IX, Cap. VI, trad. por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, Págs. 107 y 112]

<sup>253</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 21

naturales a favor de la comunidad. Este pacto da origen a la sociedad, y después, al Estado que organiza ésta. Se origina pues una cesión de derechos mutuo entre los individuos y una asunción de la garantía de estos derechos por parte del Estado<sup>254</sup>.

Hay un cambio en la naturaleza misma de los derechos, que si antes eran absolutos ahora pasan a ser limitados y se convierten en derechos civiles. Un derecho civil es, por lo tanto, un derecho natural limitado. Pero esta limitación sólo afecta a su objeto, no a su origen ni a su titularidad<sup>255</sup>.

Dichos derechos civiles, que son derechos naturales, son preexistentes al Estado, por lo que éste no los fundamenta. Por eso las declaraciones de derechos de los revolucionarios de finales del XVIII y principios del XIX, no los crean sino que los recuerdan<sup>256</sup>.

Para el iusnaturalismo también existían otros derechos, “los derechos de participación política”, que eran aquellos que tenía el individuo en función de su participación en una sociedad y de un Estado: derecho al sufragio y derecho de petición. No son derechos naturales o sea no son derechos civiles, son derechos políticos, y creados *ex novo* con el pacto social. Como estos derechos no son naturales, no son consustanciales con el hombre porque han sido creados en un pacto social, no corresponden al hombre como titular de los mismos, sino a los ciudadanos, como miembros de una sociedad.

---

<sup>254</sup> Rousseau marca un hito histórico al reconocer en su *Contrato Social* que el hombre nace libre debiendo gozar todos de los mismos derechos y condiciones. [Rousseau, J. J. (1993), *El contrato social*, Libro 1, Cap. 1, Madrid, Altaya, Pág. 4; Pérez Luño, A. E. (1986), *Op. cit.*, Págs. 31-32; Lancho Pedrera, F. et al. (1998), *Op. cit.*, Pág. 25]

<sup>255</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 22-23

<sup>256</sup> “... la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos”. Artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

Para el iusnaturalismo pues, hay dos tipos de derechos: los del hombre, –derechos civiles– y los del ciudadano, –derechos políticos o de participación política–, aunque como doctrina liberal, entendían que estos últimos derechos estaban al servicio de los derechos de libertad, ya que si tenían el derecho a votar era para garantizar sus derechos civiles, porque votaban para elegir a sus representantes que eran los que podían limitar o garantizar sus derechos civiles<sup>257</sup>.

### iii. Modelo positivista

No existen derechos previos al Estado. El único derecho que existe es el Derecho positivo, que es el creado por el Estado o sus órganos competentes: Creado, no declarado.

El modelo positivista se bifurca en dos corrientes doctrinarias: la primera entiende, con el iusnaturalismo, que existe una etapa previa al Estado, a la sociedad, en que el individuo dispone de todos los derechos pero a diferencia del iusnaturalismo, el pacto social no supone una renuncia parcial a los derechos sino una renuncia total a favor del Estado. La segunda va algo más allá y plantea que en el estadio de la naturaleza no hay derechos naturales sino sólo capacidades naturales porque la Ley, en este momento, no tiene valor jurídico, no es un deber ser sino un ser que no puede ser sancionado por no existir un poder público<sup>258</sup>. Luego las libertades sólo existen dentro de la sociedad y cuando hay un poder que las garantice. Es el Estado, con su garantía frente a la infracción, quién sustenta jurídicamente el derecho.

---

<sup>257</sup> Bastida Freijedo, F. J. alt. (2004), *Op. cit.*, Pág. 23

<sup>258</sup> Para Hobbes, considerado el primer positivista, el origen del poder soberano es el pacto social, y su primera función es la producción de normas jurídicas: El legislador en todas las repúblicas es sólo el Soberano por lo que la republica es el legislador. [Hobbes, T. (1979), *Leviatán*, Edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid, Editora Nacional, Págs. 276 y ss.]

El Estado es también, libre de determinar la titularidad y contenido de los derechos<sup>259</sup>. El estado de Derecho formal está por encima del Estado de Derecho material. Los derechos lo son en cuanto existe el Estado<sup>260</sup> y sus contenidos pasan de ser exclusivamente derechos de libertad a ser derechos de libertad o de participación o de prestaciones (prestacionales), según estime el Estado<sup>261</sup>.

Por otra parte, el positivismo entiende que si el Estado crea el Derecho, también puede regularlo y delimitarlo. Esto, implica que no existen derechos inviolables por el Estado y pueden cambiar constantemente, con lo que los contenidos de las libertades están en manos de los poderes constituídos.

Desde luego, se intentaron varios métodos para establecer una garantía institucional que el Estado no pudiera, a su libre albedrío, cambiar o suprimir. La que más resultados dio –se impuso de hecho– fue la “constitucionalización” de dichos derechos, o sea su fundamentalización.

Para ello era necesaria una Constitución que, como norma y garantía suprema, estuviera por encima de cualquier otra normativa estatal, fuera superior a ellas y de ella partieran todas. De esta forma los poderes constituídos debían subordinarse, y a la vez, respetarla y respetar naturalmente, su contenido. Dicha norma primera sólo podía modificarse por medio del poder constituyente<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> Según Pérez Luño, “Para explicar el desenvolvimiento de la libertad y su especificación a través de una serie de derechos concreto, sigue siendo útil el esquema trazado por Jellinek en su teoría de los *status* que reflejan distintas posiciones jurídicas de los particulares en relación con el Estado” [En Pérez Luño, A. E. (1986), *Op. cit.*, Págs. 24-25 y 174]

<sup>260</sup> Los juristas alemanes de finales de siglo XIX, planteaban los derechos públicos subjetivos para determinar que las libertades aparecen a partir de las relaciones jurídicas entre el Estado y los individuos. A partir de ahí Jellinek hablaba de los derechos con *status*: *status subjectionis*, el individuo como mero sujeto de obligaciones; *status libertatis*, la parcela de libertad del individuo en que no puede actuar el Estado; *status civitatis*, por el que el Estado debe atender a las prestaciones del ciudadano; *status activae civitates*, participación directa en la formación de la voluntad estatal.

<sup>261</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 25

<sup>262</sup> En opinión de Molas, “Como estas Declaraciones de derechos fijaban los límites y obligaciones del poder político, las Constituciones los incorporaban inmediatamente” (...) ya



La primera de ellas fue la Constitución de los EE.UU. de 1787<sup>263</sup> que incluyó en su texto la constitucionalización o fundamentalización de los derechos y libertades, que se consideraron normas supremas y vinculantes para todos los poderes, los cuales no podían limitar las libertades constitucionales.<sup>264</sup> Uno de esos derechos fundamentales incluido en esta Constitución, fue el derecho a la información, incorporada a la norma por la Primera Enmienda. De su importancia da fe, el que figure en todos los textos constitucionales desde la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789. En ella se afirma, en su artículo 11, que “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”, dejando explícito igualmente que, no es un derecho absoluto ya que, en caso de abuso, estaría sujeto a las responsabilidades que marque la ley.

También en el ámbito internacional, encontramos que en el artículo 10<sup>265</sup> del Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades

---

que “los derechos declarados precisaban de la garantía jurídica que les proporcionaba la ley”. [En Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág. 285]

<sup>263</sup> Aunque esto es relativamente cierto, porque las Constituciones de los Estados que después integraron los EE.UU., las trece colonias, ya incorporaron en su Constituciones los elementos que referenciamos.

<sup>264</sup> A pesar de todo lo dicho hay que tener en cuenta que la Constitución de los Estados Unidos de 1787 es de tipo *iusnaturalista*. El poder procedía del pueblo soberano, que estaba por encima de cualquier otro poder. En Europa se ajustaron las Constituciones más al modelo positivista.

<sup>265</sup> Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales.- Art. 10: Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Fundamentales<sup>266</sup>, se consagra y protege el derecho a la libertad de expresión y de información pero recogiendo ambos derechos en el mismo precepto<sup>267</sup>. En nuestra CE<sup>268</sup>, se recogen igualmente aunque en apartados distintos del mismo artículo. Según manifestaciones del TC, en su sentencia 107/1988<sup>269</sup>, “nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión –art. 20.1 a)– y la libertad de información –art. 20.1 d)–, acogiendo una concepción dual”.

Es necesario de entrada, distinguir entre dos derechos fundamentales que están estrechamente vinculados aunque cada uno de ellos tienen su parcela concreta de actuación: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de dar y recibir información, aunque también es cierto que no siempre es fácil distinguir entre uno y otro. La Libertad de información, por su parte, se referencia a la comunicación de hechos, lo que implica un matiz objetivo, mientras la libertad de expresión lo lleva subjetivo. Y los dos se han desarrollado al amparo del más reclamado y tradicional: la libertad de prensa, que durante mucho tiempo los comprendió.

Se solía decir que el derecho a la libertad de expresión, era un derecho de “primera generación” porque su reconocimiento dio origen al nacimiento del Estado, y al derecho a la información se le catalogó como un derecho de “última

---

<sup>266</sup> Convenio Europeo para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales.- Celebrado en Roma el 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979. Revisado en conformidad con el Protocolo nº 11 (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998)

<sup>267</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 37-39

<sup>268</sup> CE.- Art. 20: 1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

<sup>269</sup> STC 107/1988, de 8 de Junio (BOE núm. 152, de 25 de junio)

generación” ya que se había convertido en un derecho adaptado del derecho a la libertad de expresión como garantía de la opinión pública<sup>270</sup>.

Nuestro TC, en su sentencia 181/2006<sup>271</sup>, se pronuncia al decir que “Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables”.

En el FJ 3º de la sentencia 4/1996, ya manifestaba que “Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988), y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación (STC 223/1992), que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del art. 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz»”<sup>272</sup>.

Pero a pesar de lo manifestado en sentencias anteriores, este Tribunal, aclaraba que los hechos cotidianos ofrecen multitud de situaciones que obligan a estudiar cada caso *per se*, y al respecto, aclaraba que “Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la

---

<sup>270</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 53-54

<sup>271</sup> STC 181/2006, de 19 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio)

<sup>272</sup> STC 4/1996, de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero)

expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla, y a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 107/1988, de 8 de junio, 59/1989, de 16 de marzo, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 190/1992, de 16 de noviembre, 123/1993, de 19 de abril, 178/1993, de 31 de mayo, 76/1995, de 22 de mayo, 138/1996, de 16 de septiembre, 204/1997, de 25 de noviembre, 1/1998, de 12 de enero), pues, como venimos diciendo, el art. 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos”<sup>273</sup>.

Así, reconociendo que el objeto de la libertad de expresión es un concepto muy amplio, en el FJ 4º de la sentencia 160/2003, define lo que debe entenderse por libertad de expresión al manifestar: “En nuestra STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4, hemos recordado nuestra consolidada doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión, señalando que «tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor». Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones

---

<sup>273</sup> STC 192/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 288, de 30 de noviembre)

que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4)<sup>274</sup>.

En esa misma sentencia, en el FJ 5º, establece los criterios que hay que tener en cuenta para entender cumplido los requisitos de veracidad en la información: “Ahora bien, la exigencia de «verdad» en lo declarado, como parte del canon aplicable a la libertad de información –y no, ciertamente, del de la libertad de expresión– resulta tan rigurosa que amenazaría con anularla, por lo que una consolidada jurisprudencia de este Tribunal la ha sustituido por la exigencia de «veracidad». Requisito éste que tiende a negar protección constitucional a los que transmiten como hechos ciertos los que no lo son, sin contrastar su realidad mediante las oportunas comprobaciones; dicho de otra manera, cuando la Constitución exige que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que pudieran resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador. «De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5) »”.

La distinción entre libertad de expresión y libertad de información (o bien el derecho a la libre expresión y el derecho a la información), como se ha indicado, se puede confundir, y de alguna forma, interaccionar entre sí. Y ello tiene trascendencia porque “...si son un mismo derecho compartirán unos

---

<sup>274</sup> STC 160/2003, de 15 de septiembre (BOE núm. 242, de 9 de octubre)

mismos límites, estarán sometidos a idénticos requisitos y serán idénticas su finalidad constitucional, y en consecuencia, su eficacia jurídica frente a otros derechos”<sup>275</sup>.

Como reseña Cremades<sup>276</sup>, el TC se ha manifestado en diversas sentencias sobre la dualidad del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información pero, y así lo señala este tribunal, “aun existiendo entre ambas directa e íntima conexión, esto no empece a que cada una de ellas tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente”<sup>277</sup>.

Tres teorías explican la doctrina sobre los dos derechos, y así:

a) Para unos, se trata de manifestaciones diferenciadas de un mismo derecho.

b) En opinión de otros, ambos parten de una misma base pero tienen un diferente régimen jurídico.

c) Para otros, se trata de dos derechos diferentes.

La ya famosa sentencia del TC 6/1981, de 18 de marzo, se pronuncia sobre la naturaleza del derecho a la información, definiéndolo como una aplicación concreta de la libertad de expresión: “La libertad de expresión que proclama el art. 20.1.a) es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en

---

<sup>275</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 51

<sup>276</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 64

<sup>277</sup> STC 165/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre)

cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1<sup>278</sup>) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto al derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1. d), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguarda a quienes hacen de la búsqueda y difusión de información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social<sup>279</sup>.

Es importante la referencia a la evolución de la historia de la libertad de información como una rama recientemente –refiriéndonos al hecho constitucional– desgajada de la libertad de expresión y que últimamente, ha adquirido entidad propia como tal derecho a la información. Y por otra el concepto que el derecho a recibir información es “...en rigor una redundancia”, lo cual equivale a la existencia de una sola libertad: la libertad de expresión, de la que la otra es una consecuencia natural y necesaria de aquella.

En sentencias posteriores el TC ha cambiado la doctrina, y opta, en recientes sentencias, por la independencia conceptual de cada uno de los

---

<sup>278</sup> Artículo 53 1º Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).

<sup>279</sup> STC 6/1981, de 16 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril)

derechos citados. Según Fernández Segado<sup>280</sup>, “estamos ante derechos de contenido diferente y con límites y efectos también diferentes tanto *ad extra* como *ad intra*”, y así lo manifiesta el TC en el FJ 5º de su sentencia 6/1988<sup>281</sup>.

Para el segundo de los posicionamientos teóricos, la diferencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, que entiende como derechos de la misma naturaleza, lo diferente es su objeto. El primero se refiere a los juicios de valor y opiniones y el segundo a la transmisión de datos, noticias o hechos, por lo cual los dos deben aparecer y aparecen en la Constitución.

La STC 126/2003 aclara este punto al reconocer que, el recurrente funda su petición de amparo “tanto en la libertad de expresión, consagrada por el art. 20.1 .a) de la Constitución, como en el derecho a la información reconocido en el apartado 1.d) del mismo artículo; alegación conjunta que nos obliga a dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra afectado en el presente caso. Pese a su frecuente imbricación práctica, es sabido que ambos derechos presentan un diferente contenido y también unos diferentes límites y efectos. El art. 20.1 d) CE versa en cambio sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables y de interés general (STC 57/1999, de 12 de abril)”<sup>282</sup>.

Y Urías viene a decir algo muy parecido: “Es evidente que son derechos diferentes y que para existir, ambos tienen que aparecer expresamente recogidos en el texto constitucional. Sólo constatar que a partir de esta distinción no cabe defender que la libertad de expresión esté constitucionalmente menos protegida que la de información. Si se entiende por protección la capacidad de resistencia en caso de conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos,

---

<sup>280</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 318

<sup>281</sup> STC 6/1988, de 21 de enero (BOE núm. 31, de 5 de febrero)

<sup>282</sup> STC 126/2003, de 30 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio)



hay que señalar que estos conflictos se resuelvan amparando el derecho más trascendente para el ordenamiento constitucional y sacrificando el más irrelevante. Así *a priori*, ambas libertades gozarán de la misma protección, siempre que sirvan para cumplir objetivos constitucionales de primer rango. En la medida en que el ejercicio de la libertad de expresión resulte, en un caso determinado, esencial para el desarrollo del Estado democrático y social de derecho, resultará privilegiado frente a otros bienes en conflicto<sup>283</sup>.

Esta distinción entre los dos derechos es explicada con mayor concreción en la STC 107/1988 de 8 de junio, que refiriéndose a la STC 6/1988, amplía y clarifica algún aspecto. “Respecto a la primera, procede recordar, siguiendo la doctrina de la STC 6/1988, de 21 de enero, que nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión –art. 20.1 a)– y la libertad de información –art. 20.1 d)–, acogiendo una concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales, y acogida en los arts. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas de Roma. Según esa configuración dual que normativiza a nivel constitucional, la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen, y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes, la libertad del art. 20.1 a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor y el de la libertad del art. 20.1 d) el comunicar y recibir libremente información sobre hechos o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables”.

---

<sup>283</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 55

Para Carreras<sup>284</sup>, el TC ha definido términos cada vez mas precisos para entender y aplicar criterios adecuados en la valoración de estos derechos, y así, en la misma sentencia citada 107/1988, continúa diciendo: “Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución, y por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa”<sup>285</sup>.

El TC entiende pues, que se trata de *dos derechos distintos*, aunque con un mismo origen y se consideran derechos fundamentales del individuo, que son fundamento y condición necesaria de un sistema democrático. El derecho a la información goza de igual rango jurídico que el de la libertad de expresión (art. 20 CE) y entre ambos no existen relaciones de subordinación<sup>286</sup>. Al respecto,

---

<sup>284</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 40

<sup>285</sup> STC 107/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio)

<sup>286</sup> En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977) (Art. 19.2: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección) y,

Molas entiende que “se trata de dos derechos diferenciados, pero tan íntimamente conectados, que se entrecruzan entre sí: el derecho a comunicar y el derecho a recibir información veraz”<sup>287</sup>.

Como recoge Cremades, en opinión de González Ballesteros<sup>288</sup>, no podemos obviar que “además de las diferencias que se observan en las definiciones, conceptos y objetos, las libertades de información y expresión, se diferencian en los sujetos, medios y mensajes”.

Para Cremades<sup>289</sup> y también para Torres del Moral<sup>290</sup>, dos son los aspectos que presenta el Derecho a la Información:

- Activo: comunicar información y,
- Pasivo: recibir información. Esta vertiente, implica el derecho de toda persona a recibir información veraz.

Este segundo aspecto, es de suma relevancia, y así lo recoge la sentencia del TC 168/1986: “Como este Tribunal ha puesto de relieve en anteriores decisiones –Sentencias 105/1983, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 11 y 13/1985, de 31 de enero, fundamento jurídico 2–, el texto del art. 20.1, d), de la

---

en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de Roma de 4 de noviembre de 1950, ratificado por Instrumento 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre). (Art.10.1: Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa). Se tipifica el derecho a la información como una variante de la libertad de expresión.

<sup>287</sup> Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág. 319

<sup>288</sup> González Ballesteros, T. (1989), La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información, *Cuenta y razón del Pensamiento Actual*, núm. 44-45, Pág. 41-48; Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 82

<sup>289</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 70 y ss.

<sup>290</sup> Torres del Moral, A. (1992), *Op. cit.*, Pág. 415

Constitución, distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1, a)] reconoce dos derechos, íntimamente conectados, que en aras del interés de todos en conocer los hechos de actualidad que puedan tener trascendencia pública se concretan en la libre comunicación y recepción de información veraz, de tal manera que los sujetos de este derecho son no sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aún sin serlo, comunican una información a través de tales medios, sino, primordialmente, «la colectividad y cada uno de sus miembros». Al incluir estos derechos en el art. 20, la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege también, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceder libremente al conocimiento, transmitido por los medios de comunicación, de los hechos de relevancia realmente acaecidos”<sup>291</sup>.

Aunque como ya hemos dicho, parece una redundancia, es obvio que no hay comunicación sin receptor. Es por esto, que el TC le reconoce como instrumento fundamental, al decir en la misma sentencia que “El derecho a recibir una información veraz es de este modo un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que, por lo mismo, condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades, como hemos recordado en nuestra reciente Sentencia de 16 de diciembre del presente año, dictada en el recurso de amparo núm. 57/1984. Por ello, resultan menoscabados los derechos reconocidos en el art. 20.1, d), de la Constitución tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no responden a la verdad, siempre que ello suponga

---

<sup>291</sup> STC 168/1986, de 22 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero)

cercenar el derecho de la colectividad a recibir, sin restricciones o deformaciones, aquellas que sean veraces”.

El Derecho a la libertad de expresión<sup>292</sup> hace referencia a la libre difusión de ideas abstractas, pensamientos u opiniones. El Derecho a la libertad de información se refiere a los hechos o sucesos que realmente hayan acontecido y que por lo tanto, admiten la prueba de su veracidad.

Los sujetos de este derecho a la información son los ciudadanos, porque dicho derecho forma parte de su patrimonio jurídico. Se trata de un derecho público subjetivo, un derecho de libertad frente al Estado y no sólo en su faceta pasiva, recibir información, sino también a comunicarla. Es un derecho que corresponde y al que tienen derecho todos los individuos, reconocido así en el artículo 14<sup>293</sup> de la CE, que imposibilita la discriminación por expresar o difundir libremente la propia opinión.

Según Cremades<sup>294</sup>, en referencia al FJ 2º de la sentencia 168/1986, “El TC ha afirmado que los sujetos del derecho a la información no son sólo los titulares del órgano o medio difusor de la información o los profesionales del periodismo o quienes, aún sin serlo, comunican una información a través de dichos medios de comunicación, sino, primordialmente, la colectividad y cada uno de sus miembros”<sup>295</sup>.

El objeto del derecho es el conjunto de hechos que pueden tener interés pero no todos los hechos. La libertad de información, está ligada a la transmisión

---

<sup>292</sup> Ver STC 107/1988, ya citada

<sup>293</sup> CE: Artículo 14. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>294</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 72

<sup>295</sup> STC 168/1986, de 22 de Diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero)

y difusión de hechos auténticos que sean susceptibles de trascendencia pública, a los que el TC se refiere como “hechos noticiables”<sup>296</sup>.

Pero, esta libertad de información lleva implícita la difusión, necesitando por ello de un soporte físico para efectuar dicha transmisión de información: los medios de comunicación social. Desde luego puede efectuarse una difusión directa, de viva voz, que en muchas ocasiones es fundamental para adquirir la información necesaria y exclusiva para el individuo.

Es un derecho que protege y garantiza al colectivo social el acceso de los hechos y les permite formular su propia opinión sobre los sucesos, ideas, hechos y acontecimientos. Es la base de las garantías democráticas y de los intereses sociales.

## 2.2.- Delimitación y limitación de los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales, se integran en el derecho de los distintos Estados, a través de los ordenamientos jurídicos de éstos, y es así como en la CE, dentro del Título I: De los derechos y deberes fundamentales, aparece el artículo 10, que establece “1.- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2.- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias... “pero para pasar al ordenamiento interno de cada Estado, es condición *sine quanon*, que forme parte del mismo una vez garantizados por los

---

<sup>296</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 46 y ss.

poderes políticos<sup>297</sup>. Es a partir de ese momento, cuando se integran en el orden internacional con efectos *erga omnes*<sup>298</sup>.

Es doctrina mayoritaria que los derechos fundamentales, como todos los derechos subjetivos, no son ilimitados ni absolutos, ya que están sujetos en su ejercicio a una serie de limitaciones y así lo ha reconocido el TC en su sentencia 11/1981<sup>299</sup> al señalar que “siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas ...”, o en la sentencia 120/1990 al manifestar que “no significa ni que todo derecho le sea inherente –y por ello inviolable– ni que los que se califican de fundamentales sean «*in toto*» condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad. de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad”<sup>300</sup>.

Según Pérez Luño<sup>301</sup> –y en la misma línea se manifiesta Cremades–, “nuestro TC, al igual que las principales jurisdicciones constitucionales de nuestro entorno, ha subrayado este aspecto al recordar que la interpretación del alcance y contenido de los derechos fundamentales «ha de hacerse considerando la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás...»”.

---

<sup>297</sup> CE.- Art. 96.1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

<sup>298</sup> López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 87

<sup>299</sup> STC 11/1981, de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril) “Aunque admitiéramos que el Real Decreto-Ley 17/77 pudiera considerarse como restrictivo ... “ (...) “ La Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas ...”.

<sup>300</sup> STC 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio)

<sup>301</sup> Pérez Luño, A. E. (1986), *Op. cit.*, Pág. 138; Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 137

En opinión de Bastida Freijedo, “... un límite de un derecho fundamental, sea cual sea su naturaleza, es siempre la negación en último término de la garantía iusfundamental a una de las posibles conductas que cabría encuadrar en el objeto del derecho fundamental”<sup>302</sup>, aunque es cierto que dada la importancia que nuestra Constitución da a los derechos fundamentales, en nuestro ordenamiento jurídico sus límites deben interpretarse restrictivamente.

Para Bastida y para la doctrina<sup>303</sup> –no sólo la española sino también la de muchos países europeos–, los límites de los derechos fundamentales son de dos tipos<sup>304</sup>:

- a) Internos: aquellos que sirven para definir el contenido mismo del derecho, es decir, son las fronteras del derecho, pero deben ser definidos por el legislador y los tribunales deben controlar que dicho trazado sea correcto, adecuándolo ante las exigencias de la cambiante realidad social mediante la resolución de conflictos.
  
- b) Externos: son el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Se dividen a su vez en expresos e implícitos<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 120 y ss.

<sup>303</sup> Véase López Guerra, L et al. (1994), *Op. cit.*, Págs. 138 y ss.

<sup>304</sup> En opinión de Fernández Segado, los límites de estos derechos pueden ser de dos tipos: intrínsecos y extrínsecos, ya deriven de la propia naturaleza del derecho concreto y la función social que éste tenga o de la propia existencia social en relación con los demás sujetos del derecho y siempre establecidos por el ordenamiento jurídico respectivo. [Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Págs. 169-170] y, para Molas, los límites son expresos puesto que se refieren a bienes constitucionalmente protegidos o implícitos, derivados de la existencia de otros derechos igualmente protegidos constitucionalmente. [Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Págs. 293-294]

<sup>305</sup> Son los derivados de la existencia de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.



y los límites externos expresos, se dividen en los de carácter general<sup>306</sup> y los de carácter concreto<sup>307</sup>.

También en esta línea, se ha manifestado el TC reiteradamente. Es el caso de las sentencias, ya citadas 120/1990 ó 22/1984<sup>308</sup>, en las que señala que “Existen ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución” por lo que ante estas manifestaciones, los derechos fundamentales sólo pueden ceder ante los límites impuestos expresamente por la Constitución o “ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos”.

En opinión de Cremades<sup>309</sup>, es necesario una interpretación sistemática tanto de los derechos fundamentales como de sus límites, pero ésto, no resulta fácil de llevar a la práctica, y tanto así que ha de acudir a interpretaciones restrictivas en cada caso concreto, recurriendo a criterios hermenéuticos –como son el principio de mayor valor o el principio *favor libertatis*–, que deben estar dirigidos a conseguir el fin propuesto, o en palabras del TC “en el sentido mas favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”<sup>310</sup>, y en todo caso, “Dado

---

<sup>306</sup> Como ejemplo de carácter general el art. 10. 1, de la CE que transcribimos en este capítulo, en referencia al ejercicio de los derechos de los demás. Art. 10.1: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

<sup>307</sup> Como ejemplo de carácter concreto el Artículo 16.1 de la CE: “1.- Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Y lo es porque establece el límite del Orden Público. O, por ejemplo, un delito flagrante actúa como límite a la inviolabilidad del domicilio.

<sup>308</sup> STC 22/1984, de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 9 de marzo)

<sup>309</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 139

<sup>310</sup> STC 159/1986, de 16 de Diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre)

el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, toda restricción a los mismos ha de estar justificada”<sup>311</sup>.

En la misma línea, reconociendo ciertos límites al ejercicio de los derechos fundamentales, el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos declara que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, ...”, estableciendo con ello un límite en relación con la generalidad de los derechos y un marco en el que moverse en el ordenamiento internacional en relación con ciertos derechos generales, y garantizar y salvaguardar el ejercicio de unos derechos especialmente protegidos.

Todos los derechos fundamentales descritos en el Título I –capítulo 2º–, de la CE, deben ser desarrollados mediante una ley formal, o dicho de otra manera están sometidos a una reserva de ley. Esto viene explicitado en el Capítulo Cuarto: De las garantías de las libertades y derechos fundamentales al establecer, el artículo 53.1 que “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”<sup>312</sup>.

---

<sup>311</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre)

<sup>312</sup> CE.- Art. 161. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. (Título IX)

Hay dos tipos de tratamiento, pues mientras los derechos fundamentales y libertades públicas (Capítulo 2º, 1ª) se desarrollarán mediante Ley Orgánica (CE 81.8)<sup>313</sup>, los demás derechos fundamentales del capítulo citado, lo harán mediante Ley ordinaria.

Pero antes de entrar en las limitaciones propiamente dichas, hay que tener en cuenta que algunos de los derechos tienen ciertas limitaciones de origen: por ejemplo, para poder ejercitarlo hay que tener más de dieciocho años<sup>314</sup>, o inscribirse en el censo electoral para ejercer el derecho de sufragio<sup>315</sup>.

Es necesario concretar que se entiende por delimitación y por limitación de un derecho fundamental: A este respecto, en opinión de Bastida, “Conviene demorarse ahora en la distinción entre la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales. Cuando se delimita un derecho fundamental se fija mediante la interpretación de la norma *iusfundamental* quiénes sean sus titulares, cuál es su objeto, su contenido y también sus límites en sentido propio. Es decir, al delimitar un derecho definimos lo que sea ese derecho fundamental. Cuando se limita un derecho fundamental ya no se trata de definir qué sea cada derecho fundamental, cuál es su ámbito normativo, sino justamente, lo que no es derecho fundamental”<sup>316</sup>.

En opinión de Urías<sup>317</sup>, “como punto de partida se hace necesario distinguir entre las limitaciones previas, incluidas en la configuración jurídica del

---

<sup>313</sup> CE.- Art. 81. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. (Título III. De las Cortes Generales. Capítulo segundo: De la elaboración de las leyes)

<sup>314</sup> El texto del artículo de la CE, explicita claramente que los españoles son mayores de edad a partir de los 18 años, de lo cual se infiere que a partir de esta edad pueden ejercer sus derechos fundamentales. La mayoría de edad a los 18 años, es concordante con los ordenamientos jurídicos del entorno cultural español y europeo.

<sup>315</sup> Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág. 292-293

<sup>316</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 121

<sup>317</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 168-169

derecho (en su misma definición) y limitaciones posteriores, derivadas de la articulación entre el ejercicio de derecho y el del resto de los derechos”. Según este autor, serían restricciones verticales<sup>318</sup> y conflictos horizontales<sup>319</sup>.

Siguiendo a Bastida, cuando se delimita un derecho fundamental se emplean modelos dogmáticos para concretar su ámbito normativo, y este hecho es previo a la limitación en sentido propio del derecho fundamental que se trate. Para este autor, “Primero debe saberse en qué consiste el derecho y luego aplicaremos sus límites para saber qué expectativas de su ámbito normativo han sido privadas de la garantía constitucional”<sup>320</sup>.

Habría que plantear en este punto, si existe en realidad colisión entre dos derechos fundamentales, o la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites. Dicho de otra manera, los límites de un derecho fundamental sirven fundamentalmente para evitar las colisiones con otros derechos fundamentales, lo cual se logra en gran parte, construyendo este derecho fundamental por sus límites.

No se trata de establecer jerarquías entre derechos, sino de mantener la misma jerarquía en todos, y establecer un sistema de resolución de conflictos que sea eficaz. Según manifiesta Carreras<sup>321</sup>, “la jurisprudencia considera que se han de valorar las conductas enjuiciadas (...) ponderando los hechos y las circunstancias de cada caso concreto. En caso de conflicto será necesario que los jueces establezcan cual de los dos está en juego”.

---

<sup>318</sup> Las restricciones verticales son las que informan sobre supuestos prohibidos. Por ejemplo el derecho al voto y el no poderlo ejercer si no se está censado.

<sup>319</sup> Los conflictos horizontales se dan entre derechos iguales cuando estos se enfrentan. Es el ejemplo del derecho a la información y el derecho al honor.

<sup>320</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 121

<sup>321</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 91

Hasta el momento según Bastida<sup>322</sup>, son dos los criterios empleados para la resolución de los conflictos: - La ponderación de bienes, y - La delimitación de bienes en presencia.

La ponderación de bienes se entiende como la única forma de resolución de los conflictos sopesando las conductas de los unos y otros, en referencia a ambos bienes jurídicos protegidos. Se sopesan, naturalmente, las conductas y se indaga el interés más importante. Para este autor, “... no es necesario jerarquizar los derechos según el caso concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conducta solapadas no está privada de protección”<sup>323</sup>.

Parece adecuado llevar a cabo una ponderación de los valores que, en cada caso concreto, están en juego, estableciendo una proporcionalidad entre ellos, – con la finalidad de ofrecer eficacia a todos ellos– obligando a que unos cedan, en cierta medida, a favor de los otros. Pero para que todos ellos puedan coexistir y compatibilizarse, no podemos olvidar que todos tienen reconocimiento en nuestra Carta Magna. Tal como reconoce el TC, no pueda concederse a ninguno de ellos un carácter absoluto, sino sólo en relación consigo mismo o relativo en relación con el resto de los derechos en lid, y que en ese momento, colisionan entre si. Esta ponderación resultaría conforme al principio de unidad de nuestro Ordenamiento y con los principios constitucionales que lo sustenta.

El concepto *ponderación* se utiliza para cualquier modo de resolver conflictos entre derechos, sean los que fueren. En principio implicaba evaluar, valorar la realidad, no los aspectos únicamente jurídicos, pero ahora, según Urias, “se habla de ponderación para denominar a, cualquier proceso por el que se

---

<sup>322</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 141 y ss.

<sup>323</sup> Bastida Freijedo, F. J. et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 142

decida qué derecho se sacrifica, y cómo, cuando en un caso determinado chocan varios contrapuestos”<sup>324</sup>.

El TC en sentencia 320/1994, estableció la siguiente jurisprudencia, en el caso de colisión de derechos y la ponderación de los mismos: “La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos en su eficacia recíproca, para terminar diciendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita e implícitamente”<sup>325</sup>.

La ponderación de bienes se establece especialmente sobre los valores o intereses que reflejan los citados bienes, desde luego según quién pondera. O sea, que de alguna manera, jerarquiza los valores e intereses que forman parte de lo que se debe juzgar.

En los últimos años, se tiende más a establecer un método de delimitación de los derechos fundamentales. Es decir, volver a los límites que establece la Constitución, abandonando la ponderación que resuelve los conflictos no en función de los límites sino del desarrollo de los hechos, que pondera y determina en función de esta valoración, el derecho a proteger<sup>326</sup>.

---

<sup>324</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 174-175

<sup>325</sup> STC 320/1994, de 28 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de noviembre)

<sup>326</sup> Bastida Freijedo, F.J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 143 y ss.

El límite al derecho fundamental, en este segundo sistema –delimitación de bienes en presencia–, es previo a la ponderación de bienes y entiende que, para resolver la colisión, primero hay que establecer los correspondientes límites. Hay que delimitar el derecho fundamental y fijar, por consiguiente, el ámbito de su protección.

En definitiva, significa volver a la Constitución como norma primera, y si bien, siempre se trata de una interpretación de la misma, es esta interpretación y aplicación de la misma la que prevalece sobre cualquier valoración no jurídica.

A pesar de todo ello, y de que las simpatías que se advierten en el trabajo de las autoridades en la materia tienden hacia los derechos fundamentales al honor, intimidad e imagen, la realidad es que reconocen una tendencia de la jurisprudencia a la prevalencia del derecho a la información y libertad de expresión. Para Carreras, si el ejercicio de estos derechos se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido de nuestra Constitución, éste último tiene un carácter preferente como así lo ha manifestado el TC<sup>327</sup>.

En opinión de Romero Coloma, “La doctrina más generalizada ha estimado, casi de modo unánime, que, en caso de conflicto entre el derecho a la vida privada y los derechos de informar y ser informados, debe reconocerse, en principio, la superioridad de estos últimos. Sin embargo, estimo que para que esa superioridad pueda hacerse efectiva, será necesario que el derecho a la información se ejercite conforme a sus altos fines y dentro de las exigencias que le impone su propia naturaleza”<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 92-93

<sup>328</sup> Romero Coloma, M. (2001), *Op. cit.*, Pág. 44

Por su parte Urías manifiesta que: “Se introduce, así, el concepto de valor preferente de las libertades de expresión e información<sup>329</sup>. Originariamente, este valor implica, automáticamente, que siempre se prefiera proteger la información, por considerar que tiene más importancia constitucional que el honor, la intimidad o la propia imagen”<sup>330</sup>.

Esto implica que tanto por parte de la jurisprudencia como de los doctrinarios, se van a jerarquizar los derechos fundamentales. Esta jerarquización se da constantemente en la colisión entre los derechos citados de honor, intimidad e imagen con el de la libertad de información. Los límites entre estos derechos, no quedan en la Constitución lo suficientemente limitados o delimitados en cuanto a la invasión de la libertad de expresión y de información en los ámbitos de los otros derechos fundamentales. Dicha jerarquización, también entra en colisión con la teoría de la interpretación unitaria de la Constitución y la evidente necesidad de conjugar todos los bienes protegidos por la misma.

Pero no opina así toda la doctrina ya que, en palabras de Carrillo, “... es evidente que este planteamiento encuentra su excepción cuando en la controversia jurídica aparece la variable del interés público, ya sea por el interés objetivo de la información o por la relevancia o dimensión pública de la persona que la protagoniza. Así, el derecho a la intimidad podrá ceder ante el derecho a la información cuando, concurriendo razones relativas al interés público de su

---

<sup>329</sup> Se refiere a la sentencia del TC 165/1987 de 27 de Octubre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre): “La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución consustancial al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger”.

<sup>330</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 177



objeto o la relevancia pública de las actividades de la persona que protagoniza la información la sociedad democrática precise de la publicidad de los hechos”<sup>331</sup>.

La Constitución, así como la jurisprudencia, entiende que hay unos valores más importantes que otros, y en función de una visión un tanto tímida de la defensa de la democracia, da un valor superior sobre todos los demás a la información que, en este contexto, garantiza dicha democracia. Por lo que de alguna manera, sacrifica los derechos fundamentales citados que son individuales y afectan sólo a determinados ciudadanos y no a toda la ciudadanía.

Lo que se plantea es la necesidad real que para la defensa de la democracia, tiene la información de inmiscuirse en la intimidad de las personas, en su honor y en su imagen, cuál es la necesidad real de informar sobre hechos o actitudes que sólo con un gran ejercicio de imaginación pueden afectar a la democracia y a sus libertades, en definitiva a los Derechos Humanos.

Con cierta frecuencia, se produce un efecto recíproco entre los derechos fundamentales y las leyes que los desarrollan, que generan un régimen de concurrencia normativa<sup>332</sup> de manera que tanto las normas que regulan una determinada libertad fundamental como las que establecen límites a su ejercicio

---

<sup>331</sup> Carrillo. M. (2003), *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Navarra, Thomson, Págs. 66-67

<sup>332</sup> STC 159/1986 (ya citada) FJ núm. 6: Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, “... es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos”. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 de la Constitución como «fundamento del orden público y de la paz social».(...) Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos”.

actúan recíprocamente, y como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva propia de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras<sup>333</sup> que actúan sobre el mismo; de ahí deriva la exigencia de que los límites a los derechos fundamentales tengan que ser interpretados con criterios restrictivos<sup>334</sup> y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de tales derechos<sup>335</sup>.

Este efecto recíproco conduce de manera necesaria, al principio de proporcionalidad, por el que los poderes ejecutivos y judiciales deben decidir las limitaciones que aplicar a los derechos fundamentales, de manera que las hagan idóneas y proporcionales a los fines buscados. El problema fundamental de la aplicabilidad de este principio, no está en la limitación en sí misma y su relación con el otro derecho, sino en el contenido esencial del mismo.

La función y característica de este principio de proporcionalidad es sujeto de discusión en la doctrina, e incluso en la jurisprudencia; ello es debido, a nuestro juicio, al carácter abierto de nuestra Constitución. En cualquier caso, el efecto de reciprocidad obliga a limitar, en función de los términos constitucionales, con un escrupuloso respeto a los contenidos esenciales de cada derecho fundamental.

A este respecto, Bastida opina que, la exigencia de que los límites que la Constitución le permite concretar al legislador sean proporcionados viene a significar que no puede elegir las medidas restrictivas del derecho fundamental, a pesar de que está constitucionalmente habilitado para ello, lo que a su vez

---

<sup>333</sup> STC 51/1989, de 22 de febrero (BOE núm. 62, de 14 de marzo)

<sup>334</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 139; Bastida Freijedo, F. J. et. alt. (2004), *Op. cit.*, Págs. 146 y ss.

<sup>335</sup> Bastida Freijedo, F.J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 54 y ss.; STC 20/1990, de 15 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo)

convierte al TC en el órgano que puede decidir qué medidas, de las adoptadas por el legislados, son en realidad proporcionales<sup>336</sup>.

### 2.3.- Límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información como derecho fundamental

Ninguno de los derechos fundamentales mencionados es absoluto y así ha sido reconocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, y el derecho a la libertad de expresión no es una excepción. Cualquier regulación jurídica de un derecho implica concretar sus límites y así lo declara la CE en su art. 20.4<sup>337</sup>. Las características de las delimitaciones y los límites de estos derechos son objeto principalmente de la doctrina y la jurisprudencia, porque la propia CE no establece unas delimitaciones precisas, por el contrario, deja abiertas varias vías de interpretación. Para López Guerra, “la Constitución no se limita a dar un mandato al legislador; estos límites afectan de manera directa a los derechos del art. 20 y por tanto, vinculan a los ciudadanos en el ejercicio de la libertad de expresión”<sup>338</sup>.

Cierto es que el contenido del artículo 20 no establece expresamente los límites a que este derecho está sujeto, pero sí da claves para su consideración. Es el caso de este artículo en su punto 1 d) al formular que se reconoce y protege el derecho “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Según Fernández Segado<sup>339</sup>, “esta fórmula parece directamente inspirada en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, si bien es cierto que algunos textos constitucionales de los primeros

---

<sup>336</sup> Bastida Freijedo, F. J. et. al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 149

<sup>337</sup> CE: Art. 20.4 “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

<sup>338</sup> López Guerra, L et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 273.

<sup>339</sup> Fernández Segado, F (1992), *Op. cit.*, Pág. 319

años de la segunda post-guerra ya hablan de la libertad de información (es el caso, entre otros, del art. 5º. 1 de la Ley Fundamental de Bonn<sup>340</sup>).

El derecho a una información libre y veraz<sup>341</sup> ha sido tan reclamada desde antiguo, como prevención ha suscitado, de manera que hasta en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>342</sup>, ya se establecieron las primeras limitaciones. El artículo 11, reconocía el derecho, declarando que “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” y de forma clara, se remitía al desarrollo de las leyes. Esta tendencia ha sido constante, en todas las Constituciones, desde aquel momento.

Hoy día el concepto ha variado, porque la tendencia histórica era impedir un abuso del derecho mencionado. Actualmente, la tendencia es concretar la limitación del derecho a la información en función de otros derechos fundamentales, o sea límites con respecto a ellos, no a sí mismo. Lo cual no evita que los legisladores prevean restricciones y limitaciones.

Así la CE, al referirse a las condiciones de suspensión de los derechos y libertades, establece en el artículo 55, que “1.- Los derechos reconocidos en los

---

<sup>340</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, Pág. 1) (BGBl III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3219). Artículo 5 [Libertad de opinión] (1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. No se ejercerá censura.

<sup>341</sup> Información veraz. a la que ya nos hemos referido en páginas previas en este trabajo.

<sup>342</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789. Disponible en [http://www.elysee.fr/elysee/espagnol/las\\_instituciones/los\\_textos\\_fundadores/la\\_declaracion\\_de\\_los\\_derechos\\_del\\_hombre/la\\_declaracion\\_de\\_los\\_derechos\\_del\\_hombre.21654.html](http://www.elysee.fr/elysee/espagnol/las_instituciones/los_textos_fundadores/la_declaracion_de_los_derechos_del_hombre/la_declaracion_de_los_derechos_del_hombre.21654.html)

arts. 17, 18, apartados 2 y 3, arts. 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, arts. 21, 28, apartado 2, y art. 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del art. 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción. 2.- Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”. Contempla los derechos susceptibles de suspensión con carácter general, y siempre, referido a que se produzca alguno de los estados excepcionales contemplados en el mismo.

También es cierto que el derecho a la Información ha sido siempre considerado superior o prevalente<sup>343</sup> sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>344</sup>. Nació como aportación de la *Supreme Court* norteamericana a la cultura jurídica actual y consecuencia de una sentencia, el caso *United States versus Caroline Products*, en la que el juez que entendió del caso, Harlan Fiske Stone, entendía que este derecho por su relevancia pública –entiendase política– debía disfrutar de una situación prevalente frente a otros derechos, incluso si éstos eran fundamentales, dado su interés público. La opinión más frecuente, casi unánime, es que entre los derechos privativos del ciudadano y los derechos a informar, y ser informados, estos últimos son los que gozan de superioridad<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> STC 172/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre)

<sup>344</sup> Expresado por el TC como “de valor superior o de eficacia irradiante” en la STC 107/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio)

<sup>345</sup> Cremades, J. (2005), *El derecho a saber*, [Consulta el 12 de marzo de 2007], Disponible en: <http://www.abc.es/hemeroteca>

Son sentencias posteriores de la misma Corte estadounidenses, en las que ya se conecta específicamente, con la libertad de expresión, denominándola como la “doctrina de la posición preferente”. Así, las Sentencias *Scheneider versus States of New Jersey* (1939) o la del caso *Jones versus The City of Opelica* (1942). Tras éstas, vienen los casos *Murdock versus Pennsylvania* (1943); *Thomas versus Collins* (1945) y otras, –unas a favor y otras no– que representan, para la doctrina y la jurisprudencia, una base de relevancia a la hora de emitir sus juicios, siempre que el derecho a que nos referimos –el derecho a la información– comporte un beneficio al interés público<sup>346</sup>.

Como refiere Cremades, en palabras del TC, ese valor preferente “significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”<sup>347</sup> que garantiza, tanto los derechos subjetivos como una comunicación pública libre. Así, en la sentencia 20/1990<sup>348</sup> ratifica que “Desde las SSTC 6/1981 y 12/1982, hasta las SSTC 104/1986 y 159/1986, viene sosteniendo el Tribunal que «las libertades del art. 20 (STC 104/1986) no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático» (STC 12/1982) o, como se dijo ya en la STC 6/1981: “El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente

---

<sup>346</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 75 y ss.

<sup>347</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo (BOE núm. 95, de 21 de abril)

<sup>348</sup> STC 20/1990, de 15 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo)

falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”<sup>349</sup>.

Pero no toda la doctrina opina en el mismo sentido y así Torres del Moral<sup>350</sup>, no cree que este criterio sea totalmente acertado ya que, en ocasiones, este derecho cede ante otros<sup>351</sup> –es el caso del derecho a la vida– sobre el que también la jurisprudencia se ha manifestado<sup>352</sup>. Por otra parte, hay otros derechos que gozan del mismo carácter preferente como es el caso del derecho de participación<sup>353</sup>.

También sobre ello se ha manifestado el TC<sup>354</sup> manifestando que, ese valor preferente será apreciado y protegido pero, “... es preciso recordar también que, como declara la citada STC 107/1988, el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas «se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor»”. Pero aunque la información sea veraz, si carece de relevancia pública, y además es innecesaria para la formación de la opinión pública, no estaría reconocido dentro de ese ámbito preferente<sup>355</sup>.

---

<sup>349</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 77

<sup>350</sup> Si se limita o gradúa el derecho a la vida, equivaldría a la desaparición del sujeto porque “o hay vida o no, sin término medio posible”. [Torres del Moral, A. (1992), *Op. cit.*, Pág. 388]

<sup>351</sup> Para Molas, el derecho a la vida constituye el primero de los derechos de la persona. [Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág. 302]

<sup>352</sup> A este respecto, la STC 53/1985, de 11 de abril, le reconocía el carácter de “Derecho Fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. (BOE núm. 119, de 18 de mayo)

<sup>353</sup> En Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 76

<sup>354</sup> STC 51/1989, de 22 de febrero (BOE núm. 62, de 14 de marzo)

<sup>355</sup> STC 172/1990, ya citada

En opinión de Pérez Royo<sup>356</sup>, son tres los elementos a que está sujeto este derecho para gozar de los beneficios de ser considerado derecho preferente: la veracidad, que la información sea de interés general o relevante para la formación de la opinión pública y que la forma de transmisión de la información sea la apropiada. “Hay un cuarto elemento que no define el derecho a la información pero sí lo cualifica y es que la transmisión se realice por profesionales de la información a través de un medio de comunicación institucionalizado”.

Todas estas consideraciones nos obligan a analizar nuevamente, el contenido del artículo 20.4 de nuestra Carta Magna, ya que es de éste, del que podremos deducir las vías interpretativas para marcar los límites de este derecho, de los términos del mismo, al reconocer que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”, ya está enunciando unos límites tanto generales como especiales. Pero estos límites no los considera al mismo nivel puesto que, al referirse especialmente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, está marcando unos grados de protección y de limitación distintos que para el resto de los derechos reconocidos en el Título I.

La doctrina ha estructurado los límites a que están sujetos el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información de diversas maneras. Así, no existiendo un *númerus clausus* de limitaciones como tampoco les afectan en la

---

<sup>356</sup> Pérez Royo, F.J. (1999), Derecho a la información, *Boletín de la ANABA.*, T. 49, núm. 3-4, Págs. 26 y ss.



misma medida ya que, al ser el objeto diferente, también los límites lo son<sup>357</sup>. Es el caso del límite de veracidad o el del secreto que veremos mas adelante.

Según López Guerra<sup>358</sup>, los límites a la libertad de expresión pueden agruparse en tres bloques: los derechos reconocidos en el título I, “la protección de la juventud y la infancia” y “los contenidos en los preceptos de las leyes que lo desarrollen”. Para Carreras<sup>359</sup>, “los límites parten de una dimensión subjetiva – la protección del individuo frente al poder y frente a sus conciudadanos– o de una dimensión objetiva –la garantía de la opinión pública libre–, presupuesto del pluralismo político y social, que es condición esencial del régimen democrático”.

Siguiendo a Cremades<sup>360</sup>, también existen límites por razón del sujeto, –ya que debido a consideraciones jurídicas personales algunos individuos y más aún algunos grupos, están protegidos lo que limita el ejercicio para los demás y en razón de dichos sujetos, de estos derechos y libertades–, y por razón del objeto comunicable.

En base a ello –por razón del sujeto–, las razones o consideraciones pueden estructurarse en dos grandes grupos: - En función de su propia naturaleza y – En función de la exigencia de una titulación para el ejercicio de una profesión.

a) En función de su propia naturaleza: Lleva implícito la necesidad de protección de un determinado tipo de sujetos como el caso de la infancia y de la juventud, o por afectar a personas que desempeñan una prestación de servicios en

---

<sup>357</sup> El TC ha manifestado, en su sentencia 34/1983, de 4 de febrero (BOE núm. 120, de 20 de mayo) que “En materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado este TC, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos”.

<sup>358</sup> López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Págs. 273-274

<sup>359</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 90

<sup>360</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 148 y ss.

el ámbito público: el caso de los funcionarios o individuos obligados por secreto profesional.

Son razones de tipo moral, no necesariamente de derecho, las que obligan al legislador a proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad por sobre el derecho a la libertad de expresión, y es el propio artículo 20.4 CE el que reconoce claramente estos límites al indicar: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollan, y especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y la infancia”.

Respecto a la Infancia y Juventud se refiere a la incapacidad, a consecuencia de la inmadurez, a discernir los contenidos de publicaciones o información que reciben. La protección de menores tiene una sustantividad propia y diferente de las normas que regulan los derechos de la personalidad, porque su finalidad es la protección preventiva, salvaguardar el desarrollo de la personalidad del menor. Lo importante es la prevención, evitar los daños que la libertad de expresión y de información puedan ocasionar en el desarrollo de los niños y adolescentes. Son pues, acciones de tipo preventivo para evitar la vulneración de los derechos del menor.

Este concepto aparece claramente explicitado en la Ley Orgánica 11/1996 de Protección Jurídica del Menor<sup>361</sup>, que considera al menor como titular de

---

<sup>361</sup> Artículo 2. Principios generales.

En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo.

Artículo 4. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones.

2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio

todos los derechos ciudadanos y con una capacidad progresiva para ejercerlos, y por otra parte, prima el interés superior del mismo, sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir. En dicha Ley se reconocen al menor derechos porque son “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”.

---

Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Artículo 5. Derecho a la información.

1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo.

2. Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

3. Las Administraciones públicas incentivarán la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitarán el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales.

En particular, velarán porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista.

4. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

5. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a las Administraciones públicas competentes en materia de protección de menores el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

Artículo 8. Derecho a la libertad de expresión.

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor recogida en el artículo 4 de esta ley.

2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende:

A la publicación y difusión de sus opiniones.

A la edición y producción de medios de difusión.

Al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.

3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público.

Dichos derechos, enunciados y explicitados en la L.O. 11/1996, son fundamentalmente: el derecho a la información, el derecho a la libre expresión, el derecho a la libertad de ideas y el Derecho al honor, intimidad y propia imagen.

Si en nuestra Carta Magna, se ha plasmado la preocupación que por la infancia y la juventud se tiene en nuestra sociedad, también se ha manifestado así por el Derecho Comunitario, y prueba de ello es la Directiva 89/552/CEE que, en el Capítulo V –artículo 22<sup>362</sup>– muestra su preocupación por estos colectivos al establecer que los Estados miembros tienen que adoptar medidas que garanticen los intereses del menor en el ámbito de los medios de comunicación.

Según Carreras<sup>363</sup>, la CE ha situado la protección de la juventud y de la infancia, al mismo nivel que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen por lo que, al menos habrá que aplicar las mismas reglas, en caso de conflicto, que a estos derechos<sup>364</sup>. Ello, partiendo de que, como también recoge nuestro ordenamiento sea reconocido por una norma formal<sup>365</sup>.

---

<sup>362</sup> Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Modificado por 397L0036 (Diario Oficial nº L 298 de 17/10/1989 y DO L 202 30.07.1997)

CAPÍTULO V.- Protección de los menores: Artículo 22. Los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas para garantizar que sus emisiones de televisión no incluyan programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y, en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. Esta disposición se extenderá asimismo a los programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores, salvo que se garantice, por la elección de la hora de emisión o mediante toda clase de medidas técnicas, que dichos menores en el campo de difusión no ven ni escuchan normalmente dichas emisiones. Los Estados miembros velarán asimismo para que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad.

<sup>363</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 95

<sup>364</sup> CE. Art. 20.4 “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

<sup>365</sup> En la legislación española, se ha aprobado la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (BOE núm. 134 de 6 de junio) que obliga, en su Art. 3 s), a “Preservar los derechos de los menores” y, en la ley Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión. Modificada por la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite y por Ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de medidas

El TC ha prestado especial atención a la protección de la infancia y de la juventud, y son numerosas las sentencias dictadas sobre ello. Muestra de tan prolífica doctrina es la sentencia 52/1995<sup>366</sup> que examina, “la prohibición de que se admitan al correo las revistas pornográficas debe considerarse proporcionada (...) por la protección de la juventud y la infancia” o la sentencia 62/1982<sup>367</sup>, en la que se conecta la protección de éstos con la moral pública: “Dentro de la protección de la moral se comprende muy señaladamente –hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello– la protección de la juventud y de la infancia”<sup>368</sup>.

La libertad de expresión y de información cobra un sentido especial cuando está referido al ámbito laboral de la persona ya que, cuando una persona mantiene una vinculación laboral con una empresa, sea pública –funcionarios– o privada –profesiones liberales–, está obligada a cumplir con las normas que sostienen su contrato de trabajo<sup>369</sup>. Aún mas, si el profesional pertenece a un colegio profesional –abogados, médicos, enfermeros, periodistas, entre otros–, su actividad está sujeta al estatuto del mismo, y en muchas ocasiones, obligado al

---

fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 4, de 5 de enero) que, en su art. 5.5, garantiza “La protección de la juventud y de la infancia”.

<sup>366</sup> STC 52/1995, de 23 de febrero (BOE núm. 77, de 31 de marzo)

<sup>367</sup> STC 62/1982, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre)

<sup>368</sup> Solo como reseña y al objeto de ajustar el contenido de la expresión “juventud e infancia”, la CE no se pronuncia ni define los criterios aplicables a ello-, hemos de referirnos a las manifestaciones del TC que, entiende que, el único criterio jurídico aplicable es el de la mayoría de edad en base al contenido del art. 19 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, 24 de noviembre) que recoge que “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor”. Esta manifestación, nos envía directamente a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero). En su exposición de motivos, número 3, establece la mayoría de edad de los menores al exponer las “medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, se refieren esencialmente al establecimiento de la mayoría de edad penal en los dieciocho años y a la promulgación de una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal,...”.

<sup>369</sup> Carreras opina que, la existencia de una relación contractual, no implica que el trabajador renuncie a su derecho a la libertad de expresión en el ámbito de su trabajo. [Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 99]

secreto profesional, que como se recoge en el Código Civil<sup>370</sup> y en el Estatuto de los Trabajadores<sup>371</sup>, le impone el principio de buena fe contractual.

Pero, la buena fe no puede obligar a un silencio absoluto y menos aún si en una situación concreta puede afectar a hechos ilícitos. Tampoco puede chocar con los derechos fundamentales, que como persona, tiene cualquier trabajador, aunque como ya hemos visto, éstos, no tienen carácter absoluto ni ilimitado<sup>372</sup>.

Este derecho a la libertad de expresión e información, cobra una especial relevancia en el ámbito de las obligaciones de un trabajador ya que, como ha manifestado el TC, estas libertades tienen un diferente contenido y unos diferentes límites y efectos y es, a la luz del caso concreto, cuando se podrá determinar si unos u otros derechos han sido vulnerados.

Son incontables los asuntos que por vía del recurso de amparo, han llegado al TC. Sólo a título de ejemplo podemos citar la sentencia 88/1985<sup>373</sup> por la que considera que “La celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la privación para una de las partes –el trabajador–, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a

---

<sup>370</sup> Código Civil (1995), Madrid, Tecnos: “Art. 7.1: Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

<sup>371</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de Marzo):

Artículo 5. Deberes laborales. Los trabajadores tienen como deberes básicos: a) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia.

Artículo 20.2. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél, en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

<sup>372</sup> Ver Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 99 y ss. También en Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 156 y ss.

<sup>373</sup> STC 88/1985, de 19 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto)

expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a) de la C.E.]”.

En términos similares se manifiesta en la sentencia 286/1993<sup>374</sup> que “... ha declarado que «la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece (...) y al mismo tiempo su ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, y que en el supuesto de examen tienen una específica manifestación dentro de la singular relación jurídico-laboral que vincula a las partes, no siendo discutible que la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto con otros, también el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones del mismo que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de dicha relación» (STC 120/1983, FJ 2), de forma que «la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión, pudiendo por consiguiente entrar en juego el cuadro de responsabilidades contractuales derivadas del incumplimiento del deber de buena fe». (STC 88/1985, F J 3, doctrina reiterada, entre otros, en los AATC 171/1985 y 1121/1988). No surge ninguna duda al afirmar que la doctrina expuesta, si bien surgida en el campo laboral, es de posible aplicación *mutatis mutandi* a las relaciones que se crean entre un determinado Colegio Profesional y sus colegiados<sup>375</sup>, de las que surgen

---

<sup>374</sup> STC 286/1993, de 4 de octubre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre)

<sup>375</sup> Somos conscientes que la relación laboral entre un trabajador por cuenta ajena, un profesional de ejercicio libre o un trabajador público y la empleador correspondiente, tiene sus propias características en cuanto al ejercicio de sus funciones o tareas pero, en el trabajo que nos ocupa, sólo pretendemos reseñar, a título de ejemplo, las particularidades que, el derecho a la

un haz de derechos y obligaciones recíprocas y una expresa sumisión por parte de quien libremente decide ejercer la profesión al régimen disciplinario que la regula”.

En relación con los funcionarios o empleados públicos, también existe una relación de especial sujeción a la obligación de secreto o sigilo profesional de mayor gradación si el funcionario pertenece a fuerzas de seguridad del Estado. También sobre ello se ha manifestado el TC, y es el caso de la sentencia 69/1989<sup>376</sup>, al argumentar que “El ejercicio de los derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, (...) Sin embargo, de conformidad con la STC 81/1983, es preciso declarar de nuevo que la estructura interna de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y la misión que les atribuye el art. 104.1 de la Constitución «obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en la vulneración a este respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial»”.

Para Carreras, “la especial sujeción de los funcionarios públicos a sus propios reglamentos, que tiene por objetivo el buen funcionamiento de los servicios públicos, comporta límites al ejercicio de la libertad de crítica o de expresión cuando ésta atente al principio de jerarquía mediante la desobediencia o la falta de respeto a los superiores”<sup>377</sup>.

---

libertad de expresión puede significar en el ejercicio de las mismas. En el ámbito personal, cada uno estará sujeto al contenido de su contrato y/o relación contractual así como a sus medios y vías de solución de conflictos (ámbitos social, contencioso y/o penal).

<sup>376</sup> STC 69/1989, de 20 de abril (BOE núm. 119, de 19 de mayo)

<sup>377</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 101-102



Si habíamos considerado que los límites por razón del sujeto podíamos estructurarlos en dos grupos, el segundo está referido a la necesidad de poseer una determinada titulación para su ejercicio. Que no es un derecho exclusivo del periodista, lo ha reconocido el TC<sup>378</sup> pero también ha manifestado, en la misma sentencia, que el carácter de preferente, cobra un mayor valor, si es ejercitado por los profesionales de la información.

b) En función de la exigencia de una titulación para el ejercicio de una profesión: Periodismo

Una exigencia de titulación que limitara el ejercicio de la profesión informativa, sería una limitación subjetiva del ejercicio de un derecho constitucional, y por tanto, fundamental.

Según manifiesta Cremades<sup>379</sup>, existen dos tendencias a nivel internacional sobre la obligación de estar en posesión de una determinada titulación académica e incluso de la sujeción a un colegio profesional. Los seguidores de la tradición anglosajona que no aceptan dichas imposiciones y la de tendencia reglamentista que defienden su necesidad. Según este autor, la realidad es que, haciendo una similitud con la profesión de comerciante, sería periodista aquel que se dedica habitualmente a tareas informativas, pero no existe un criterio jurídico inequívoco para determinar si es o no necesaria la posesión de la misma para el ejercicio profesional del periodismo.

---

<sup>378</sup> STC 165/1987, de 27 de octubre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre) FJ núm. 7 “Este valor preferente alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia aceptación. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales del que ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero si significa que el valor preferente de la libertad declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas ...”.

<sup>379</sup> Cremades, J (1995), *Op. cit.*, Págs. 169 y ss.

En opinión de Rodríguez Ramos, “será profesional todo el que realice una actividad para cuyo ejercicio se requiera jurídicamente un título académico u oficial. Obvio es que en estos casos lo de menos será que efectivamente exista tal título, cosa que ocurrirá en la mayoría de los supuestos fácticos, pues lo relevante será que para la actividad en cuestión sí se requiera tal título y en consecuencia ser calificada a estos efectos como profesión”<sup>380</sup>.

Por otra parte no podemos olvidar que los profesionales de la información, están sujetos igualmente al contenido del artículo 20.1 d) de la CE a los que reconoce el derecho a la información veraz pero además les obliga a respetar el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional que conlleva el ejercicio de su profesión. Son unos derechos y unas obligaciones dirigidas a los que ejercen la profesión informativa y no así al resto de los ciudadanos, sujetos pasivos y receptores de la misma. Como manifiesta Fernández Segado, “evidentemente, no estamos en presencia de una enumeración de derechos cuya titularidad pueda atribuirse a todos los ciudadanos, sino tan solo a quienes ejercen profesionalmente la actividad informativa, a los profesionales de la información”<sup>381</sup>.

En opinión de Pérez Royo<sup>382</sup>, en el debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid el 24 de enero de 1994, estas cláusulas –en referencia al artículo 20.1 d) de la CE– se habían incluido “a fin de garantizar el ejercicio de un derecho, el de comunicar o recibir libremente información veraz, se procedió a la constitucionalización de otros dos derechos: –cláusula de conciencia– y –secreto profesional– de los periodistas. (...) los ha constitucionalizado (...) Además, en la parte «noble» de la Constitución”.

---

<sup>380</sup> Rodríguez Ramos, L. (1999), *Protección penal de la confidencialidad en la práctica clínica*, Ponencia al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso6/6congre-10.htm>

<sup>381</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 324

<sup>382</sup> Pérez Royo, J. (1994), *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Pág. 13

De origen francés<sup>383</sup>, la cláusula de conciencia se define en el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1997, como un derecho constitucional de los profesionales de la información que tiene por objeto garantizar la independencia en el desempeño de su función profesional<sup>384</sup>.

Esa garantía de independencia va a suponer para el profesional de la información, la posibilidad de rescindir su relación laboral<sup>385</sup> y obtener una indemnización en el caso de que el empresario imponga a éste unas condiciones que atenten contra sus convicciones, su dignidad o su libertad ideológica<sup>386</sup>. Es una cláusula tácita que no suele aparecer en los contratos y sobreentendida por ambas partes<sup>387</sup>.

En cuanto al segundo de los derechos de los profesionales de la información, el secreto profesional<sup>388</sup>, difiere del secreto de otros profesionales en cuanto a su objeto. En este ámbito, el secreto afecta a la persona que facilita la información, al informador, mientras que en el caso de otros profesionales está referida a los hechos o noticias –es el caso de los médicos, abogados, notarios o sacerdotes–<sup>389</sup>.

---

<sup>383</sup> Ley francesa de 29 de marzo de 1935. Se establece en ella que el periodista tiene la facultad de resolver su relación laboral con la empresa editora y, además, obtener la indemnización que le hubiera correspondido para el caso de despido laboral improcedente cuando se haya producido un cambio notable en el carácter o la orientación del periódico y este cambio afectase al honor, reputación o intereses morales del periodista. [En Navarro Marchante, V. y Rodríguez Borges, RF. (2001), La cláusula de conciencia de los profesionales de la información: Ley Orgánica 2/1997. La Laguna (Tenerife), *Revista Latina de Comunicación Social*, núm. 49 de abril de 2002, Disponible en: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/2002/latina49abril/4905navarro.htm>]

<sup>384</sup> Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información. (BOE núm. 147, de 20 de junio)

<sup>385</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 110 y ss

<sup>386</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 325

<sup>387</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 170

<sup>388</sup> El Consejo de Europa, definió el secreto profesional periodístico, como un derecho y un deber del informador diciendo que es el “derecho del periodista a negarse a revelar la identidad del autor de la información, a su empresa, a terceros y a las autoridades públicas o judiciales” (Documento B 73 de 18 de octubre de 1973).

<sup>389</sup> En la STC 110/1984, de 26 de noviembre (BOE núm. 304, de 21 de diciembre) se reconoce que “El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas

El secreto profesional ampara a los periodistas frente a Jueces y Tribunales y a cualquier autoridad administrativa<sup>390</sup> y protege a los profesionales en cuanto a la posibilidad que tiene de negarse a revelar sus fuentes de información, garantizando al mismo tiempo a sus fuentes de información: los informantes<sup>391</sup>.

Este derecho, tiene su razón de ser ya que si no existiera, se estaría obviado la finalidad primordial de la profesión informativa: el mantenimiento de una comunicación y de unos medios de comunicación libres. Pero, tampoco es absoluto, y como cualquier derecho fundamental está sujetos a unos límites que deben estar reconocidos en una ley. Es así que estarán obligados a informar sobre sus fuentes, en el caso, entre otros, de delitos contra la seguridad del Estado o en delitos que atenten contra la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas, pretendiendo con ello garantizar la relevancia, en estos casos, de la justicia<sup>392</sup> y así lo ha ratificado el TC<sup>393</sup> en su sentencia 51/1999.

Respecto a los límites por razón de objeto, es importante tener presente que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se agrupan dentro

---

personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

<sup>390</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 119

<sup>391</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 172-173

<sup>392</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 288-289

<sup>393</sup> STC 51/1989, de 22 de febrero (BOE núm. 62, de 14 de marzo) al manifestar que “no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (STC 159/1986, de 16 de diciembre), las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), entre ellos el art. 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, según el cual el ejercicio de las libertades de expresión *lato sensu* puede ser sometido a restricciones legales que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, como son, en concreto, la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

de lo que se denomina derechos de la personalidad, o sea los derechos implícitos en la persona. Son pues, los que detenta la persona como sujeto de derechos y obligaciones.

Estos derechos son: necesarios, inalienables e irrenunciables, imprescindibles e inseparables de ella (la persona) como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a elegir libremente su residencia y circular por el territorio, el derecho a tener un nombre que la identifique, el derecho al secreto de las comunicaciones, y otros entre los que se encuentra el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen<sup>394</sup>.

La CE se refiere a ellos en el citado artículo 18<sup>395</sup>, artículo que –cierto es– presenta características positivas, pero también restrictivas ya que limitan lo que más adelante se desarrolla en el artículo 20 CE. Claro que el mismo artículo 20° establece asimismo limitaciones<sup>396</sup>.

Estos derechos de la personalidad son límites a la libertad de expresión y la libertad de información, límites que señala la propia CE, y tanto la doctrina como el cuerpo doctrinal del TC con numerosa jurisprudencia, incide en esta realidad. Una información, aunque sea verdadera, puede lesionar los derechos de la personalidad.

---

<sup>394</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 33-34

<sup>395</sup> CE.- Art. 18: 1.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2.- El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3.- Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4.- La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

<sup>396</sup> CE.- Art. 20.1° Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. (Art. 20 CE)

Pero la libertad de comunicación en general no siempre se subordina a los derechos fundamentales de la persona. Los mayores conflictos, las mayores colisiones entre derechos, se producen en el campo de la información pura: los medios de comunicación social. Se supone en ellos –en el periodista o informador– el *animus informandi* ya que su esencia propia es informar y transmitir opinión o información de interés para la sociedad o, que se supone de interés<sup>397</sup>. Claro que el problema es ¿Qué se entiende por interés de la sociedad y cuáles son sus límites?

El TC en sentencia 171/1990<sup>398</sup> aclara en gran parte, la posición de dicho tribunal en la cuestión de las prevalencias entre el derecho a la información y los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Es así que en los fundamentos jurídicos (FF JJ) 5º y 6º, manifiesta que “5. Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquella goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. 6. Para indagar si en un caso concreto el derecho de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”.

---

<sup>397</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 176

<sup>398</sup> STC 171/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre)

En términos parecidos, en la STS 172/1990 (FJ 2º), reitera que “Tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como fundamento de la opinión pública, solamente puede legitimar las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad, es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad o el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad. De ello se deriva que la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere, no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, puesto que, de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y a la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto. El efecto legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor preferente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz –requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente–, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece frente al derecho al honor o a la intimidad”<sup>399</sup>.

En la misma sentencia 171/1990 (F J 8º), continúa diciendo que “La regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que

---

<sup>399</sup> STC 172/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre)

no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas”.

Por lo tanto depende en gran parte, de la condición pública o privada de los implicados y es más o menos determinante según el grado de proyección pública<sup>400</sup> y que el contenido de la información sea de interés general, en opinión de Fernández Segado, “no dependa tan sólo de un elemento subjetivo (la notoriedad pública del personaje), sino también de un elemento objetivo (la materia abordada en la información, que debe ser de interés general)<sup>401</sup> .

Según manifiesta Carreras<sup>402</sup>, el concepto de honor tiene una doble dimensión ya que subjetivamente, está referido a la autoestima o valoración que cada uno de nosotros tenemos sobre nosotros mismos pero también tiene una dimensión objetiva, la consideración social o reputación ante los demás. Los delitos contra el honor, están recogidos en el Código Penal en los arts. 205 al 210 y tipificado como delitos de injurias y de calumnias, y estos delitos, en opinión de Carreras, tienen ciertas peculiaridades en su conexión con la profesión periodística.

El TC ha sentado doctrina sobre ello y es así que en la sentencia 136/1994<sup>403</sup>, en su FJ 3º, reitera lo recogido en otras sentencias, al decir que “Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los

---

<sup>400</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 177

<sup>401</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 339

<sup>402</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 121 y ss.

<sup>403</sup> STC 136/1994, de 9 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio)



delitos de injuria, calumnia y desacato, este Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 159/1986, 107/1988, 51/1989, 20/1990, 15/1993 y 336/1993, entre otras) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución, y más aún, si su finalidad tiende a un mejor funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductas lesivas para la sociedad”.

Así, los Tribunales distinguen entre las intencionalidades de un informante –periodista o no– al analizar los hechos o actitudes mantenidos en el ejercicio de la libertad de expresión, y para encuadrarlas en el tipo penal de injurias analizan los elementos básicos que deben concurrir para ser consideradas como tal. Para Cremades<sup>404</sup>, estos elementos son: el carácter ofensivo de las expresiones, es decir, deben ser objetivamente ofensivas; el *animus injuriandi* o que concurra en ellas el ánimo de injuriar, de deshonrar o menospreciar al ofendido y por último analizar las circunstancias concretas de cada caso ponderando las mismas.

---

<sup>404</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 187-189

Según Carreras<sup>405</sup>, hay que distinguir entre las distintas intencionalidades –*animus*– que tenía el periodista al emitir la información: el *animus criticandi* o propósito de crítica y el *animus injuriandi* o intención específica de injuriar. También hace referencia al *animus narrandi* o al *animus iocandi* –expresiones deshonrosas en términos de broma–. En el ámbito del delito de calumnias, también se refiere al *animus difamando*.

No son los únicos límites, hay otros incursos tanto en el Código Penal como en el Código Civil, que veremos mas adelante.

2.4.- Problemas por colisión de Derechos y resolución de conflictos.  
Referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales

i. Colisión de derechos

Como hemos visto, el derecho fundamental protege al ciudadano en un ámbito determinado de la existencia, y cada derecho fundamental en su propio ámbito. Así, no puede haber dos derechos iguales porque no pueden existir dos derechos que regulen la misma actividad de la vida de una persona.

Por lo que si no hay derechos que regulen los mismos ámbitos no puede haber colisión entre ellos. Y tanto es así que doctrinalmente se puede defender el llamado “...principio de concordancia práctica de la Constitución”<sup>406</sup>, que viene a decir que el texto constitucional debe interpretarse de modo y manera que ninguno de los artículos entre en contradicción con otros. Luego la Constitución se entiende como un conjunto armónico, ideal, estructurado perfectamente en el que nunca los derechos pueden colisionar entre sí<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 121-122

<sup>406</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 171

<sup>407</sup> Bastida Freijedo, F.J et al. (2004), *Op. cit.*, Pág.70

Pero la realidad es otra. Existen ocasiones en que es imposible proteger simultáneamente, dos derechos, porque los dos chocan entre sí. En estos casos es necesario estudiar las circunstancias en que se producen los hechos, para poder aplicar la Constitución. Si se da el caso que según la Constitución dos derechos se ejercen legalmente pero no pueden garantizarse los dos simultáneamente y es necesario elegir entre uno de los dos, entramos en un “verdadero conflicto de derechos”<sup>408</sup>.

Generalmente, aunque no únicamente, la mayor parte de estos choques entre derechos se producen entre los derechos a la libre información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Pero ya sabemos, y así está jurisprudencialmente reconocido, ningún derecho es absoluto por lo que, todos ellos están sujetos a unos límites, incluso penales, que permitan armonizar cada uno de ellos con otros derechos y libertades. Como manifiesta Rodríguez Díaz, “se trata de articular el equilibrio necesario entre bienes jurídicos que entran frecuentemente en colisión recíproca”<sup>409</sup>.

En cualquier caso hay que distinguir claramente cuando se produce una auténtica colisión de derechos, porque si no se cumple una de las características básicas de los derechos, no hay colisión<sup>410</sup>, simplemente uno de ellos ha sido vulnerado. A este respecto, López Guerra manifiesta que “nadie puede ejercer un derecho fundamental de tal forma que impida a los demás el ejercicio del mismo. Tal «monopolio del ejercicio de un derecho fundamental» constituiría un claro abuso de derecho”<sup>411</sup>.

---

<sup>408</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 171-172; Bastida Freijedo, F.J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 143 y ss.

<sup>409</sup> Rodríguez Díaz, A. (1990), La posición preferente del derecho a la libertad de información, texto mecanografiado del segundo ejercicio presentado por el autor para el concurso de una plaza de Profesor Titular en la Universidad de Málaga [En Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 138]

<sup>410</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 336

<sup>411</sup> López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 264

Para Urias<sup>412</sup>, “en la práctica, la mayoría de los conflictos no son tales, y la delimitación del contenido de cada uno de los derechos (...) hace que en la mayoría de los litigios se termine decidiendo que no cabía invocar la libertad de información o que no cabía invocar el otro derecho”. Sería sencillamente un conflicto aparente de derechos.

Así lo entiende el TC que, en la sentencia 105/1990<sup>413</sup>, reconoce que si no es así y no se ha ponderado el valor de los bienes en cuestión o no se ha fundamentado la protección de un derecho frente al otro, estaríamos ante la vulneración del art. 20 CE. En el FJ 2º de esta sentencia citada, el tribunal, manifiesta que “la doctrina de este Tribunal referida a la relación y límites recíprocos de los derechos a la información veraz y al honor. Doctrina que, en lo que aquí interesa, puede resumirse en tres puntos: a) Necesidad de que el órgano judicial lleve a cabo una ponderación entre los derechos en presencia; b) Criterios a que debe acomodarse tal ponderación, y c) Especial relevancia del criterio de veracidad en la información”.

Es el caso del periodista al alegar que estaba ejerciendo su libertad informativa. Debe demostrar que lo publicado es cierto, que ha sido suficientemente contrastado; que no contiene injurias o calumnias; que es relevante por la importancia pública del hecho o de la persona a que está referido; que se ha divulgado por un medio de comunicación institucionalizado; y que la información se obtuvo legalmente, sin quebrantar ninguna ley. Si uno de estos factores ha sido vulnerado, no existen colisión de derechos, simplemente un derecho –el del honor, de la propia imagen, de la intimidad o el derecho que se haya invocado– ha sido vulnerado.

---

<sup>412</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 172

<sup>413</sup> STC 105/1990, de 6 de junio (BOE núm. 160, de 5 de julio)

También vale para la otra parte, las personas que denuncian una invasión de su intimidad, un atentado a la imagen o un ataque al honor. Deben darse las circunstancias previstas por la ley, y la manera mas fácil de resolver estos conflictos, es la de comprobar cual es el único derecho aplicable<sup>414</sup>.

Si uno de los derechos cumple con todos los requisitos y el otro no, no hay colisión. La Constitución protege aquel que cumple con las normativas, porque los requisitos para ejercer los derechos, se establecen para delimitarlos e impedir, en lo posible, la invasión de otro. En ocasiones, la colisión entre derechos es auténtica. Los límites entre ellos no pueden estar siempre perfectamente establecidos. En estas ocasiones hay que ir a la jurisprudencia. Como dice Cremades, “si alguno de ellos desapareciera, (...) el otro recupera toda su dimensión natural propia”<sup>415</sup>.

Urias<sup>416</sup> considera que, hay que tener en cuenta los dos derechos que entran en juego ya que ambos son igualmente importantes y uno deberá sacrificarse a favor del otro. Examinando todas las circunstancias de ambos y evaluando los perjuicios que cada uno va a sufrir, se podrá hacer la elección mas apropiada.

Hasta 1986<sup>417</sup>, se daba prioridad al derecho al honor, pero a partir de este año una sentencia del TC cambio el signo<sup>418</sup>. Es la sentencia 104/1986<sup>419</sup> por la que el TC, manifiesta que “El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1.a) y d), citado como tal de modo expreso en el párrafo 4

---

<sup>414</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 173

<sup>415</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 140

<sup>416</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 176

<sup>417</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 337

<sup>418</sup> Se está refiriendo al Caso Soria Semanal y, fue de las primeras sentencias en las que el TC reconoció que no siempre el derecho de información queda sometido al derecho al honor ya que no sólo su posible lesión hace que se tenga que considerar una información como ilegítima. [En Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 175]

<sup>419</sup> STC 104/1986, de 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto)

del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre unos y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento a favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”.

Para Fernández Segado<sup>420</sup>, el derecho al honor goza de mayor relevancia que otros derechos fundamentales, frente al derecho de información pero, no está por encima de éste derecho –derecho a la libre información–, y sólo puede prevalecer uno sobre el otro después de un detenido análisis de las circunstancias en que se ha producido el hecho o hechos, y en opinión de Cardenal y Serrano, tal como expresa el TS en su sentencia 104/1986, “los supuestos en que colisionan el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho al honor, deberán resolverse en el ámbito de la antijuridicidad, a través de una adecuada ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto, sin que pueda establecerse la prevalencia *a priori* de ninguno de ellos, en tanto que ambos se

---

<sup>420</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 337

corresponden con derechos declarados constitucionalmente como fundamentales”.<sup>421</sup>

Tanto es así, que tras numerosa jurisprudencia<sup>422</sup> en relación con la protección de este derecho frente a la libertad de información, a éste último se le dota de un carácter preferente<sup>423</sup>, y es el propio TC el que exige una correcta ponderación de los derechos en conflicto llegando, incluso a precisar los criterios de ponderación a que hay que acudir para determinar la prevalencia de uno sobre el otro, teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias de cada caso concreto<sup>424</sup>.

## ii. Resolución de Conflictos.

En nuestro sistema constitucional, parece que los derechos, de forma especial los fundamentales, no pueden ser limitados, ni restringidos en perjuicio de los individuos por la propia naturaleza fundamental de dichos derechos. Y este hecho sería factible si se dieran dos condiciones, una teórica y otra práctica. La primera, que estuvieran perfecta y exhaustivamente delimitados, cosa que no ocurre. Y la segunda, que en la práctica –y consecuencia de la primera– no colisionaran.

Pero precisamente en la práctica estos derechos, aunque su limitación parezca, en el contexto del marco constitucional, prohibida, si es posible, y lo más importante y necesario, delimitarlos. Los poderes públicos, que teóricamente no pueden atentar contra un derecho fundamental, sí pueden, e incluso deben,

---

<sup>421</sup> Cardenal Murillo, A. y Serrano González de Murillo, J. L. (1993), *Protección penal del honor*, Madrid, Cívitas, Pág. 157

<sup>422</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Pág. 176

<sup>423</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 147 y ss

<sup>424</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 91

concretarlos y delimitarlos<sup>425</sup>, especialmente unos frente a otros. Desde luego el criterio no puede ser muy estricto y rebasar los límites que implique una reducción o tergiversación de lo sustantivo de los derechos. Porque existen poderes, en un sistema constitucional democrático, que controlan los actos de los otros poderes, por ejemplo el TC que puede decidir la inconstitucionalidad de una delimitación excesiva, por parte del legislativo, de alguno de estos poderes o, como dice Bastida, “los derechos fundamentales terminan por ser lo que el TC diga que son”<sup>426</sup>.

La clave del problema planteado al legislador y al ejecutivo es la diferencia entre limitación y delimitación. Estos no pueden, en ningún caso, limitar por ejemplo el derecho a la información, que es tan amplio como sea necesario para obtener y facilitar una información veraz, relevante, coherente y responsable. Lo que sí puede hacer es delimitar los contenidos de esta libertad de información: por ejemplo prohibir la difusión de imágenes pornográficas en horarios que deben estar protegidos. Y este ejemplo es también un ejemplo de colisión de derechos: el derecho a la información y la protección de los menores y los jóvenes, como ya hemos reseñado con anterioridad, al ver los límites a que está sujeto este derecho y reconocido por el propio artículo 20.4 de nuestra Carta Magna<sup>427</sup>.

Existen otras delimitaciones al ejercicio de la libertad de información que son más de tipo administrativo: la autorización para constituir una televisión o, los requisitos formales necesarios –frecuencias– para una emisora de radio, todas ellas recogidas en las leyes que las regulan.

---

<sup>425</sup> Sobre limitación y delimitación de los derechos fundamentales, nos referimos a lo recogido en apartados anteriores.

<sup>426</sup> Bastida Freijedo, F.J et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 141

<sup>427</sup> CE.- Art. 20.4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.



Entre las delimitaciones de los derechos por parte de los poderes legislativo y ejecutivo, y las interpretaciones de los altos tribunales de justicia puede establecerse que, entre el contenido ideal de los derechos fundamentales de los ciudadanos explicitados en la CE, y los contenidos efectivos, hay diferencias que si bien los limitan y delimitan, también es cierto que los hacen operativos.

Con respecto al derecho a la información y libertad de prensa, que es el que más colisiona con los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, las delimitaciones, algunas de ellas en función de estos citados derechos, deben tener tres características para que sean legítimas: estar previstas por una ley<sup>428</sup> utilizarse para la defensa de un bien protegido constitucionalmente<sup>429</sup>, y no suponer una restricción exagerada a dicho derecho a la información<sup>430</sup>.

Dos derechos, en teoría, no pueden ser nunca iguales, o sea que cada uno de ellos regula una actividad diferente de la conducta ciudadana, por lo que en teoría también, nunca podrían colisionar. En este supuesto se entiende que la Constitución es un conjunto armónico en el que cada derecho ocupa su lugar y no se interfiere en el ámbito de competencias de otro. Pero este planteamiento, en la práctica, no se da. Los derechos colisionan y unos invaden ámbitos que no le son propios o no deberían serlo y plantean conflictos normativos<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> El TC reseña el carácter no ilimitado de este derecho en el FJ núm. 2 de la sentencia 88/1985, de 19 de Julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto): “La libertad de expresión, como cualquier otro derecho fundamental, no es sin embargo un derecho ilimitado, estando sujeta a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece” o la STC 120/1983, de 15 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero)

<sup>429</sup> El TC reconoce que “el art. 20 de la C.E. (...) establece en su apartado 4, las libertades que allí se reconocen tienen unos límites derivados de otros derechos constitucionales y de los preceptos de las leyes que los desarrollen ...”. STC 231/1988, de 3 de Diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre)

<sup>430</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 140-141; Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 170-171

<sup>431</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 171

Dichos conflictos no son tanto colisiones por supuestos de antinomia constitucional, o sea que las normas se opongan entre sí, sino más bien que los límites de unos y otros no están fijados en la Constitución y se debe recurrir a la interpretación de las normas y sus fronteras. En estos casos desde luego, lo que se enfrenta es el uso y disfrute de dichos derechos y el uso y disfrute de otros. Dicho de otra manera, cada individuo o sector de la sociedad, los interpreta a su mayor y mejor conveniencia.

Debe tenerse en cuenta que sólo existe verdadero conflicto de derechos, cuando uno de los dos que entra en colisión debe ser sacrificado en beneficio de los superiores intereses coyunturales del otro, o como manifiesta Bastida<sup>432</sup>, “uno de ellos debe ceder en su aplicabilidad frente al de valor preferente”. Porque entendiendo que se dan situaciones en que resulta imposible proteger dos derechos a la vez, es necesario ponderar las circunstancias en que se da la colisión y decidir cuál de ellos, en un momento determinado y en función de los hechos, debe prevalecer. Esta ponderación, a la que nos hemos referido en páginas anteriores<sup>433</sup>, debe ser llevada a cabo por el órgano jurisdiccional, y la ausencia de la misma o la no fundamentación, vulneraría lo recogido en el artículo 20 de nuestra CE tal como ha manifestado el TC en las sentencias 104/1986 y 107/1988, tantas veces citadas.

Nos referimos a los auténticos conflictos porque suele suceder, como se ha dicho, que uno de los derechos enfrentados no cumple los requisitos constitucionales en el caso, con lo cual no hay conflicto de derechos, simplemente no se dan en uno de ellos, las condiciones requeridas y es el otro quién debe imponerse. Está claro porque los requisitos establecidos lo son para establecer las delimitaciones. Si uno de ellos no los cumple no hay conflicto, hay violación de derechos.

---

<sup>432</sup> Bastida Freijedo, F.J et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 144

<sup>433</sup> Nos remitimos al apartado 2.2

Ya en los casos de conflicto o colisión clara, entre la libertad de prensa o el derecho a la información y otros tres derechos (honor, intimidad e imagen) es necesario indicar que la jurisprudencia prima en este caso al derecho a la información, referenciado anteriormente, por su carácter de derecho preferente, así ha sido reconocido por el Alto Tribunal en sentencia 185/1987<sup>434</sup>: “La libertad de información es, en términos constitucionales, un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor, puesto de manifiesto por la STC 104/1986, de 17 de julio, viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública, que es una institución consustancial al Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger”.

El derecho a la información, como ya hemos reiterado, es un bien que se considera preferente a la hora de ser protegido y en función, especialmente, de la colisión de derechos al ser reconocido como garantía de la formación y existencia de una opinión pública libre<sup>435</sup>.

Así pues en todos los casos de conflicto, en que dos derechos –o más– colisionen con el derecho a la libertad de la información, y todos ellos cumplan los requisitos necesarios y establecidos, se protegerá primero al derecho a la información por encima de los otros.

La importancia que le da la CE, y en general todas las constituciones desde las primeras liberales, a la libertad de prensa por una parte y el derecho a la información por otra –derecho de dar y recibir– se justifica como garantías fundamentales del Estado de Derecho. La información, pues, se convierte en quizás el mayor bien protegido.

---

<sup>434</sup> STC 165/1987 (ya citada)

<sup>435</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 147-148

Según la doctrina, para la resolución de los conflictos planteados por una colisión de derechos, deben seguirse una serie de pasos<sup>436</sup>: En primer lugar, y lo más importante, comprobar y asegurarse si los derechos involucrados en el conflicto, cumplen todos y cada uno de los requisitos constitucionales establecidos, comenzando siempre por analizar una posible vulneración del derecho a la intimidad.

Realizada esta tarea, podemos encontrar tres situaciones distintas:

a.- Que se de un conflicto aparente: En este caso, unos derechos cumplen los requisitos requeridos y ya reseñados, y otro u otros no los cumplen. En este caso se protege el o los derechos que cumplen las normas establecidas.

b.- Que de los derechos que se invocan, ninguno de ellos cumpla los requisitos establecidos. Se acude al Principio *Pro Libertatis*<sup>437</sup>: Por aplicación del principio de libertad, –el viejo proverbio por el cual– “todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido”<sup>438</sup>. Se prima la información como “libertad de expresión no perjudicial”<sup>439</sup>.

c.- Que ciertamente exista un conflicto real por lo que, de los derechos invocados, todos cumplen con los requisitos y por ello están enfrentados. Acudiremos al Principio de ponderación de bienes ya que, todos ellos cumplen con los requisitos y uno o varios derechos tienen que ceder a favor de otro u

---

<sup>436</sup> Bastida Freijedo, F.J et al. (2004), *Op. cit.*, Págs. 126 y ss.; Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 173 y ss.

<sup>437</sup> Urias nos pone como ejemplo el que un informante, sea o no profesional de la información, comenta sobre el color de las uñas o del pelo de un personaje público y éste se considera dañado en su honor. Al no haber un daño concreto a esa persona, desde el punto de vista constitucional no reúne los requisitos a que está sujeto la libertad de expresión por lo que no es relevante. [Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 173]

<sup>438</sup> Sánchez González, S. (1992), *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons, Págs. 110-111

<sup>439</sup> López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 140

otros. Se recurre a la ponderación, método de protección de unos derechos sobre otros y aconsejado por el TC, para intentar alcanzar un equilibrio entre ellos<sup>440</sup>.

Para establecer la ponderación, de la que hemos hablado en páginas anteriores, o sea decidir que bien o derecho prevalece, hay que valorar la importancia del daño realizado a cada parte en el ejercicio de los diversos derechos y sopesar las consecuencias de primar uno sobre otro<sup>441</sup>. Pero no sólo valorando los argumentos positivos y negativos<sup>442</sup> sobre el valor preferente que, como ya hemos dicho, tiene el derecho a la libertad de información. Para ello se analizan dos factores<sup>443</sup>:

- Requisitos incompletos: Fama del afectado, presencia de opiniones, información molesta, autor profesional –o no– del periodismo, juicios de valor, etc.

- Entorno Social: Sufrimiento personal, morbo, previa controversia, edad del afectado, alarma social.

En opinión de Bastida, “la técnica de la ponderación de bienes considera que tales conflictos existen y que el solapamiento de expectativas de conducta sólo puede resolverse sopesando unas y otras, indagando que valor o interés último persiguen y dando valor preferente en el caso concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante”<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 75 y ss y 182 y ss.; Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 90 y ss; Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 174 y ss.

<sup>441</sup> Para Sánchez González, no son lo mismo derechos e intereses, valores, circunstancias y bienes ya que si no son elementos análogos, no es posible la comparación y, por ello, pone en duda que se puedan ponderar los intereses generales y la libertad de crítica de los políticos. [Sánchez González, S. (1992), *Op. cit.*, Pág. 122]

<sup>442</sup> Urias las denomina categorías de índole jurídica y las –aparentemente- extrajurídicas.

<sup>443</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Págs. 178 y ss.

<sup>444</sup> Bastida Freijedo, F.J et al. (2004), *Op. cit.*, Pág. 142

Podemos pues entender que se avanza con estos instrumentos en la resolución de conflictos, pero un factor que determina la realidad es la voluntad de los poderes que se plasma en la tipificación de los delitos. En este caso, las penas con que se enfrentan los profesionales de la información, y especialmente las empresas, son tan leves que, en el mejor de los casos, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, están claramente desprotegidos en nuestro ordenamiento jurídico.

### iii. Referencia a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales

No podemos dejar de hacer una breve referencia a la tutela, que como derecho fundamental, se reconoce al derecho a la información en nuestro ordenamiento interno.

Así, si este derecho es objeto de ataque, puede ser solicitada tutela judicial para el mismo ante los órganos judiciales. Hasta hace poco, el Derecho penal era prácticamente la única vía existente para la resolución de conflictos entre los derechos de la personalidad y el derecho a la libertad de expresión. Así estaban tipificados como delitos, las injurias y las calumnias entre otros. Fue el TC quien modificó esta problemática estableciendo consideraciones puntuales cuando se trataba de estos delitos contra los derechos de la personalidad y el derecho a la libertad de expresión cuando se daba en el ámbito del ejercicio del derecho a la información, en el ámbito de los medios de comunicación<sup>445</sup>.

Para la resolución de conflictos, existen dos vías: la civil y la penal según se pretenda la reparación del daño o que se aplique un castigo al sujeto que realizó la violación del derecho.

---

<sup>445</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 186 y ss.

La protección civil, también conocida como responsabilidad civil, daría respuesta a la reparación del daño ya sea moral o económico pero, para los derechos fundamentales, es el derecho civil el que determina la responsabilidad por daños intentando que los efectos de la lesión de ese derecho fundamental, sea anulado<sup>446</sup>, siendo el juez encargado del proceso el que, valorando la naturaleza y la intensidad del daño causado (la gravedad de la lesión del derecho vulnerado), determinará la reparación adecuada a la lesión.

Es importante el dato relativo al consentimiento de la persona afectada, ya que si ha habido consentimiento en que se menoscabe ese derecho, no cabe la posibilidad de reparación pues, la invasión consentida de esos derechos equivale a una renuncia de los mismos. Así lo recoge el art.2.2 de la Ley 1/1982<sup>447</sup> al establecer que “Es el caso tan común en estos días de la «venta» de primicias informativas por personajes populares en televisión y prensa –conocidos como prensa rosa o del corazón–”.

En la misma línea se manifiesta Carreras<sup>448</sup>, al decir que “El derecho al honor, la intimidad y la imagen no es renunciable ni alienable, pero un aspecto concreto de la actividad de una persona puede ser excluido de la protección de la ley por el propio interesado mediante el consentimiento o autorización a un tercero para que haga uso de él, a cambio o no de una compensación económica. No hay intromisión ilegítima porque es el propio interesado quien renuncia a la protección de la ley mediante un acto de autorización”.

El derecho penal por el contrario, es el que establece que conductas deben o no estar sancionadas socialmente, al atentar contra los valores mínimos de convivencia y determina el castigo que su violación puede conllevar. Solamente

---

<sup>446</sup> Urias, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 197

<sup>447</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14 de mayo)

<sup>448</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Págs. 109-110

pueden invocarse si están tipificadas legalmente como delitos. La ley Orgánica 1/1982, ya citada, reconoce –Exposición de motivos– que las garantías penales ordinarias de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas, siguen siendo preferentes.

Para Torres del Moral<sup>449</sup>, la protección penal de estos derechos es la más extendida, al tipificarse como delitos, algunas conductas que atentan contra estos derechos, y así ha sido sobradamente declarado por la jurisprudencia.

Es en los delitos de calumnias e injurias en los que suelen incurrir con más frecuencia los que ejercen la profesión de informar, y como referencia general a estos delitos señalaremos que<sup>450</sup>:

- Son delitos sólo perseguibles a instancia de parte, es decir, sólo sí el agraviado presenta una querrela, salvo que la ofensa se dirija contra un funcionario público o autoridad en el ejercicio de su cargo.

- Debe existir *animus injuriandi*, es decir se necesita que exista voluntad de calumniar o injuriar.

- Si existiera perdón por parte del agraviado, de forma expresa y antes de que se inicie la ejecución, el mismo, daría lugar a la extinción de la pena.

También como manifiesta Pérez Royo<sup>451</sup>, existe el “reverso del derecho de información” en el ejercicio del periodismo : es el derecho de rectificación.

---

<sup>449</sup> Torres del Moral, (1992), *Op. cit.*, Pág. 420

<sup>450</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 123

<sup>451</sup> Pérez Royo, F. J. (1999), *Art. cit.*, Págs. 33-34; Bastida Freijedo, F.J. et al. (2004), *Op. cit.*, Págs 212-213



Derecho regulado por Ley Orgánica<sup>452</sup>, que faculta, tal como se recoge en su artículo 1, a toda persona natural o jurídica, a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Es un derecho que puede ejercitarse tanto por el perjudicado como por sus representantes, o por sus herederos si éste hubiera fallecido.

Según Urías “es el primer procedimiento en vía civil para la defensa civil de los derechos propios frente a ataques por parte de los medios de comunicación”<sup>453</sup>, y en opinión de Fernández Segado, “la propia exigencia de veracidad en la información de los hechos hace conveniente un derecho de esta naturaleza ya que, (...) la divulgación de dos versiones diferentes de unos mismos hechos, cuya exactitud no ha sido declarada judicialmente, no restringe el derecho a recibir la información que se veraz, (...) a conocer cual de aquellas versiones se adecua a la realidad de lo acontecido”<sup>454</sup>.

Para Cremades<sup>455</sup> “es una garantía de la veracidad informativa”. Este derecho limita a los editores y directores de medios de comunicación, los objetos o contenidos que puedan incluir. El TC en sentencia 172/1990<sup>456</sup>, manifiesta que “El director tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico (artículo 37 de la Ley citada), sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa”, y entiende que una intromisión ilegítima al derecho del honor goza de protección en el derecho de rectificación<sup>457</sup>.

---

<sup>452</sup> Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación (BOE núm. 74, 27 de marzo)

<sup>453</sup> Urías, J. (2003), *Op. cit.*, Pág. 190

<sup>454</sup> Fernández Segado, F. (1992), *Op. cit.*, Pág. 327

<sup>455</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 109-110

<sup>456</sup> STC 172/1990, de 12 de Noviembre (Ya citada)

<sup>457</sup> STC 171/1990, de 12 de Noviembre (Ya citada)

Según Carreras<sup>458</sup>, “el objeto de la rectificación son hechos que la persona aludida considera inexactos o inexistentes, sin entrar en si se han publicado por error, por precipitación o de forma malévola. El objetivo de la rectificación es la formación de la opinión pública libre mediante la corrección de la narración de unos hechos para que se transformen así en veraces o, al menos, para que el lector pueda formar una opinión a través de una versión diferente” o en opinión de López Guerra<sup>459</sup>, “atiende al deseo del afectado por una información errónea que pueda afectar a su buen nombre de que se publique la corrección de dicho error. Tal rectificación constituye, sin duda, una limitación de la libertad de información, en cuanto que fuerza a una publicación a insertar algo de forma eventualmente contraria a su voluntad”.

La doctrina aprecia en este derecho, una doble faz. Para Cremades<sup>460</sup> por un lado, está la garantía del derecho a la información pasiva, y de otro la garantía de veracidad del objeto de este derecho. Carreras<sup>461</sup>, por su parte entiende que una vertiente es la defensa de la persona aludida y su satisfacción moral –elemento subjetivo– y otra, la veracidad y la pluralidad de la información –elemento objetivo–.

Esta es la misma opinión del TC que, en su sentencia 168/1986, entiende que “el derecho de rectificación, así entendido, además de su primordial virtualidad de defensa de los derechos o intereses del rectificante, supone, como apunta el Ministerio Fiscal, un complemento a la garantía de la opinión pública libre que establece también el citado precepto constitucional, ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el

---

<sup>458</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 147

<sup>459</sup> López Guerra, L. et al. (1994), *Op. cit.*, Pág. 211

<sup>460</sup> Cremades, J. (1995), *Op. cit.*, Págs. 255 y ss.

<sup>461</sup> Carreras Serra, L. (1996), *Op. cit.*, Pág. 147

interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que aquel derecho fundamental protege”<sup>462</sup>.

También, como en el caso de cualquier ataque a un derecho fundamental, el titular del mismo puede acudir en amparo ante el TC, agotada la vía judicial previa mediante el recurso de amparo constitucional, vía excepcional que debido a la facilidad que tiene el inicio de su procedimiento, en opinión de Molas, se ha convertido en la práctica como una tercera instancia<sup>463</sup>.

No se agotan aquí las posibilidades de satisfacción en la vulneración de estos derechos ya que, agotadas todas las instancias internas, puede acudirse ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ante este tribunal, nacido a raíz de los hechos ocurridos durante la II Guerra Mundial, se puede acudir una vez agotadas todas las instancias judiciales internas –incluido el recurso de amparo constitucional– solicitando protección de los derechos reconocidos en el Convenio<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> STC 168/1986, de 22 de Diciembre (BOE núm. 17, de 22 de enero)

<sup>463</sup> Molas, I (1998), *Op. cit.*, Pág. 348-350

<sup>464</sup> Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma, ya citado.

## **SEGUNDA PARTE: DERECHO A LA LIBERTAD DE AUTODETERMINACIÓN PERSONAL: SIGNIFICADO, CONTENIDO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El consentimiento informado<sup>465</sup> es el principal exponente del derecho a la autonomía del paciente, derecho subjetivo que ya aparecía enunciado en el artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, como ya hemos comentado en páginas anteriores. Con un desarrollo más exhaustivo y cercano a la realidad actual de lo que lo hacía la Ley General de Sanidad, la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, configura el derecho de los pacientes a la información.

Así, de acuerdo con lo manifestado por el TS en el FJ 1º de la sentencia de 12 de enero de 2001, “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derechos 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”<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> Según Romeo Casabona, constituye el centro nuclear en el que descansa la relación entre el médico y el paciente. [En De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), “El consentimiento informado”, en *Responsabilidad legal del Profesional Sanitario*, De Lorenzo y Montero, R. coord., Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Pág. 59]

<sup>466</sup> STS de 12 de enero de 2001

## **Capítulo tercero: ELEMENTOS QUE DEFINEN EL CONSENTIMIENTO INFORMADO A LA LUZ DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE**

### 3.1 El Consentimiento Informado

El consentimiento informado, como derecho fundamental, pertenece al área de la autonomía de la persona, concepto que incluye el reconocimiento de la persona como ser individual diferente y diferenciado, dotado de razón y libertad, y también, un principio moral inherente a la persona<sup>467</sup>, que en palabras de Gracia Guillén, “ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos”<sup>468</sup>.

Es un derecho moderno, cuyos antecedentes remotos son el derecho a la vida<sup>469</sup> –primero en consolidarse–, el derecho a la libertad y a la libertad de pensamiento y el derecho a la propiedad, aunque este último tenga una relación relativa. Como antecedentes próximos pueden citarse los derechos a la protección de la salud, el derecho a una suficiente asistencia sanitaria, el derecho al trabajo,

---

<sup>467</sup> Aunque no hay que olvidar que el Derecho nos enseña que el principio de autonomía personal no tiene un valor absoluto; cuando choca con el valor de la vida, el Derecho siempre le otorga primacía a éste. Por ejemplo, en el caso de alguien que presencia cómo otra persona se apresta a suicidarse. El Derecho le permite que ejerza la violencia física contra el suicida, es decir, que reprima su autonomía personal, llegando incluso a lesionarlo, y lo exime de responsabilidad penal, pues considera que la defensa de la vida es más valiosa que la autonomía personal del suicida. Del mismo modo, la ley puede obligarnos a que nos vacunemos o a que recibamos transfusiones sanguíneas, por mucho que nuestra autonomía personal se oponga a estos tratamientos. Y no olvidemos que el derecho no otorga validez ni eficacia al consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, ya que según la jurisprudencia “el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. Y es que “la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y un “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

<sup>468</sup> Galán Cortés, J. C. (1997), *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, Colex, Pág. 17

<sup>469</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: Artículo 3º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

a la protección e higiene en el trabajo, a la educación, etc. En definitiva los derechos sociales desarrollados a partir de la Revolución Liberal e implementados, de una manera práctica y efectiva, a partir de las segunda mitad del siglo XX.

En opinión de Molas, “La libertad consiste en la autodeterminación de una persona, que se materializa en la configuración de libertades concretas, que se han ido estableciendo y ampliando a lo largo de la historia, con el objetivo de hacerla efectiva. La primera de estas libertades es la libertad de pensamiento, la cual se deriva de la consideración de que la razón individual es el motor de todas las decisiones y actos libres de la persona. En la medida en que el ejercicio de la libertad de pensar no puede afectar en ningún caso los derechos de los demás, no pueden concebirse restricciones a la misma (...) De la libertad de pensamiento han derivado todos los restantes Derechos Fundamentales destinados a proteger su exteriorización a través de actos emanados libremente a la voluntad de la persona”<sup>470</sup>.

La aparición de la información, y consecuentemente, del consentimiento informado en el mundo de la medicina, ha reestructurado las relaciones médico-paciente<sup>471</sup>, y como manifiesta Ricardo de Lorenzo, el consentimiento informado es “la vía de recuperación del mutuo diálogo necesario entre médicos y enfermos”<sup>472</sup>. Esta relación, anteriormente de signo vertical, en uno de signo horizontal, democrático y pluralista, como en todos los aspectos de las realidades sociales, es coyuntural a la época y a los contenidos de sus instituciones. Esta nueva concepción de la relación médico-paciente, de igual a igual, reconoce la

---

<sup>470</sup> Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág.305

<sup>471</sup> Tan sólo a efectos de este trabajo, vamos a considerar que, al referirnos al médico, lo estaremos haciendo identificándolo con cualquier profesional de la sanidad responsable del tratamiento de un determinado paciente.

<sup>472</sup> Artículo publicado en TRIBUNA del Diario Médico de 8 de octubre de 2002. Pág. 12

realidad del paciente como ser humano y objeto básico de la disciplina, así como su dignidad y autonomía.

El consentimiento informado es un elemento integrante de la *lex artis*<sup>473</sup>, pero al tiempo es un factor nuevo en la tradición médica, que de desconocido se ha convertido en elemento esencial de la relación médico-paciente. Tanto así que, gran parte de la doctrina, considera el consentimiento informado como una, o la mayor, aportación del moderno derecho a la medicina<sup>474</sup>.

### 3.1.1 Aproximación doctrinal y jurisprudencial al concepto general del consentimiento informado

Aunque todas ellas, partan de principios básicos y lleguen a desarrollos parecidos, existen diversas definiciones del concepto *consentimiento informado*<sup>475</sup>, que proceden de dos fuentes principales: la doctrina y los códigos, tanto los públicos como los profesionales.

---

<sup>473</sup> La locución latina *Lex Artis*, literalmente “ley del arte” o regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trata, ha sido empleada para referirse a aquella evaluación sobre si el acto ejecutado se ajusta a las normas de excelencia del momento. Por lo tanto, se juzga el tipo de actuación y el resultado obtenido, teniendo en cuenta las características especiales de quien lo ejerce, el estado de desarrollo del área profesional de la cual se trate, la complejidad del acto médico, la disponibilidad de elementos, el contexto económico del momento y las circunstancias específicas de cada enfermedad y cada paciente.

La *Lex Artis* tiene en cuenta la actuación y el resultado. Se basa en el cúmulo de conocimientos de la profesión en el momento en el cual se juzga o evalúa la acción médica y lo que con ella se obtiene. No se puede apreciar con la misma severidad el concepto renacentista del denominado “*pus laudable*” (diagnosticar una herida como “sana” si se acompañaba de supuración), con un tratamiento con antibióticos modernos. Sobre una mayor información sobre la *lex artis*, nos remitimos al apartado 3.1.

<sup>474</sup> Galán Cortés, J. C. (1999), La responsabilidad médica y el consentimiento informado, *Rev. Med. Uruguaya*, Vol. 15, Nº 1, Pág. 5

<sup>475</sup> Es un término nuevo que traduce un derecho del paciente dentro de la neoética médica. Su principal objetivo es proteger la autonomía del paciente. El término *Informed Consent*, empezó a utilizarse en los Estados Unidos en 1957, tras un sonado proceso legal, el Caso Salgo contra el Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees. Así, ha pasado a formar parte, desde el campo jurídico, de la práctica médica occidental.

En opinión de Beauchamp y Childress<sup>476</sup>, el consentimiento informado es una autorización autónoma para una determinada intervención o para participar en un proyecto de investigación, y para Alonso Olea, comprende, “la información que debe recibir el paciente para, en vista de ella, decidir sobre si acepta o no someterse a un tratamiento quirúrgico o médico y, en su caso, decidir sobre los varios que se le ofrezcan ...”<sup>477</sup>.

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, en su edición de 1984, define al consentimiento informado con los siguientes términos: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”<sup>478</sup>.

Esta definición incluye todos los supuestos válidos: explicación clara y suficiente, comprensión del paciente, exposición de riesgos y beneficios y protocolo de actuación firmado por éste, y en este sentido se pronuncia también la jurisprudencia cuando dictamina: “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica

---

<sup>476</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson, Pág. 135

<sup>477</sup> Alonso Olea, M. (2001), El consentimiento informado en Medicina y Cirugía, Madrid, *Revista de Administración Pública*, Núm. 155, Pág. 8

<sup>478</sup> Simón Lorda, P. y Concheiro Carro, L. (1993), El consentimiento informado: teoría y práctica (I), *Med. Clin.*, Vol 100, núm. 17, Pág. 660; García Ortega, C.; Cózar Murillo, V. y Almenara Barrios, J. (2004), La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002, *Rev. Esp. Salud Pública*, Vol. 78, núm. 4, Pág. 474



le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, en el artículo 9.2, en el 10.1...”<sup>479</sup>.

La ley 41/2002, de 14 de noviembre<sup>480</sup>, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 3º lo define como: “Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

Si hacemos una revisión de la definición que del Consentimiento Informado se ha hecho, en las diferentes disposiciones aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas<sup>481</sup>, apreciamos que todas ellas se manifiestan en términos parecidos, y así, la Ley 1/2003 de la Generalitat Valenciana<sup>482</sup>, en su artículo 8.1, reseña que: “Se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa la obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, claramente comprensible para él ante una intervención quirúrgica, procedimiento diagnóstico o terapéutico invasivo y en general siempre que se lleven a cabo procedimientos que conlleven riesgos relevantes para la salud”.

---

<sup>479</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Ya citada)

<sup>480</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre)

<sup>481</sup> A título de ejemplo, tan sólo reseñamos algunas de las normas en vigor.

<sup>482</sup> Ley 1/2003, de la Generalitat Valenciana, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 48, de 25 de febrero)

En este sentido, la STS de 24 de mayo de 1995<sup>483</sup>, señaló que “todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, circunstancias éstas que se encuentran recogidas en el art. 10.6, c) de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, al establecer el derecho que asiste a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: (...) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

Si acudimos al texto de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia<sup>484</sup>, en su art 3, expone: “Definición. 1. A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables. La prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todo paciente tiene derecho a la información general que se contempla en el artículo 10º de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad”<sup>485</sup>.

---

<sup>483</sup> STS de 24 de mayo de 1995 (Ya citada)

<sup>484</sup> Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm 158, de 3 de julio)

<sup>485</sup> Ley General de Sanidad. Artículo Diez.

Con términos similares aunque con más extensión, se plasma en la Ley 21/2000, de la Generalitat de Cataluña<sup>486</sup> al recoger en su artículo 6: “El consentimiento informado: 1. Cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 2. 2. Dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos, y en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente. 3. El documento de consentimiento debe ser específico para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener información suficiente sobre el procedimiento de que se trate y sobre sus riesgos. 4. En cualquier momento la persona afectada puede revocar libremente su consentimiento”.

---

Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

- 1.- Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.
- 2.- A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
- 3.- A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.
- 4.- A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
- 5.- A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.
- 6.- A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

<sup>486</sup> Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de la Generalitat de Cataluña (BOE núm. 29, de 2 de febrero)

También se define en el artículo 23 de la Ley 3/2005 de la Comunidad Autónoma de Extremadura<sup>487</sup>, al manifestar que: “1. A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada de forma voluntaria y libre, previa obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, para la realización de cualquier actuación relativa a su salud. 2. La prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención un deber del médico responsable. El consentimiento deberá recabarse por el médico responsable de la asistencia al paciente o por el que practique la intervención o aplique el procedimiento al paciente”.

Por último reproduciremos la sentencia del TS de 11 de mayo de 2001<sup>488</sup>, que dice: “El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación 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, regulada por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina y que ha pasado a ser derecho interno español por su publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos”.

Según Alonso Olea<sup>489</sup>, el término se ha consagrado en la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>490</sup>, que en su

---

<sup>487</sup> Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 186, de 5 de agosto) Ya citada

<sup>488</sup> STS de 11 de mayo de 2001

<sup>489</sup> Alonso Olea, M. (2001), *Art. cit.*, Pág. 8

<sup>490</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ya citada

artículo 3.1.2, prescribe respecto a la integridad de la persona que: “1º Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2 En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...”.

Que la autonomía del paciente, en cuanto facultad de decidir acerca de los tratamientos y actuaciones médicas que afecten a su propia vida, constituye un derecho de la persona estrechamente vinculado con los derechos a la integridad física y a la vida, es una cuestión asumida por todos, pero también es una realidad ineludible que, estos mismos derechos marcan los límites de la autonomía del paciente, que nunca será absoluta<sup>491</sup>, de modo que llegue a incluir el derecho a prescindir de la propia vida . Es por ello, imprescindible conocer los límites y los elementos básicos que conforman este derecho, elementos y límites que analizaremos a continuación.

### 3.1.2.- Límites del Consentimiento informado

El consentimiento informado, como por otra parte la mayoría de los derechos fundamentales, no son derechos absolutos sino que tienen excepciones legales. En el caso que nos ocupa tres son sus limitaciones que responden, consecuentemente, a tres tutelas:

- La autonomía de la voluntad del paciente
- La protección de su salud
- La Protección de la salud pública

---

<sup>491</sup> Según manifiestan Beauchamp y Childress, las normas ponderadas -principios, reglas, derechos y similares- son *prima facie* y no normas absolutas. Una obligación *prima facie* implica que la obligación debe cumplirse, salvo si entra en conflicto con una obligación de igual o mayor magnitud. Sería el ejemplo de mentir si ello puede favorecer el bienestar del paciente.

La citada Ley 41/2002, regula estos aspectos en el artículo 9 al recoger: “1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

También establece, las situaciones en las que el médico, puede llevar a cabo intervenciones sobre el paciente –siempre a favor del mismo<sup>492</sup>–, sin contar con su autorización, “2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Pero, la ley, no olvida las situaciones que puedan presentarse cuando, el paciente no posee capacidad para otorgar su consentimiento, y así en el apartado 3 de este mismo artículo, denominándolo como "consentimiento por

---

<sup>492</sup> El artículo 9.2.5 recoge que “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

representación"<sup>493</sup>, prevé unas delimitaciones en base a unas situaciones determinadas y por rrllo, determina: “3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia o, su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. 4. La interrupción voluntaria del embarazo<sup>494</sup>, la práctica de ensayos clínicos<sup>495</sup> y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida<sup>496</sup> se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

---

<sup>493</sup> Con la prestación del consentimiento por representación, la ley, pretende garantizar el respeto a la autonomía privada del paciente entendiendo que, la decisión tomada por el representante será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del paciente, actuando en su favor y con respeto a la dignidad de aquel.

<sup>494</sup> Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, que modifica el art. 417 bis del Código Penal (BOE núm. 166, de 12 julio)

<sup>495</sup> Entre otras: Directiva 2005/28/CE de la Comisión de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos (DOCE nº L2005/91/13 de 12 de Abril); Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de enero) y Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm 178, de 27 de julio)

<sup>496</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.(BOE núm. 126, de 27 de mayo)

### i. Autonomía de la voluntad del paciente

Toda persona tiene derecho a conocer toda la información disponible sobre cualquier actuación que incida sobre su salud<sup>497</sup>, pero también el derecho a no serlo, es decir, el paciente tiene el derecho a no recibir información. Pero para ello es necesario, artículo 9.1, que este deseo de no ser informado conste expresa y documentalmente. En estos casos el facultativo y el centro sanitario están obligados a respetar la voluntad del paciente. Aunque, este derecho a renunciar, tampoco se constituye en un derecho absoluto, porque está limitado por el: 1) interés para la salud del paciente, 2) de terceros, 3) de la colectividad y 4) por las exigencias terapéuticas del caso. En estos casos, el facultativo tiene la obligación de informar de ello al paciente.

De todos modos esta renuncia implica un problema ético y otro conceptual, que si bien se basa en la autonomía personal –difícil y controvertido– los alcances de dicha autonomía o libertad –otro de los derechos fundamentales– también está sujeto a límites.

Para Galán Cortés<sup>498</sup>, “El problema fundamental del derecho a no saber se halla en que, una decisión autónoma de no desear recibir ciertas informaciones, tiene como presupuesto el conocimiento de la posibilidad de conocerlas

---

<sup>497</sup> Artículo 4. Derecho a la información asistencial

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

<sup>498</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, Págs. 192-193



(conocimiento de la posibilidad del conocimiento). En todo caso, no parece necesario que concurra una *negativa informada* en el sentido de una *negativa con plena información*, pues en tal caso, el derecho a no saber quedaría vacío de contenido, debiendo reunir o presentar el afectado, por regla general, un conocimiento, al menos abstracto (información básica), del ámbito de conocimientos en cuestión, en tal forma que se encuentre en condiciones de poder ponderar, adecuadamente, los riesgos de la falta de conocimiento”.

El problema que se plantea entra en el campo de la filosofía o, de la ética si se quiere, ya que, en caso extremo, conduce a la misma esencia de la libertad y esencia constituyente de la persona. En opinión de Hottois<sup>499</sup>, “...el valor kantiano de la autonomía del sujeto postula y protege el derecho a saber y alienta la obligación de saber, ya que la autonomía del sujeto sólo es posible y sólo se acrecienta con el conocimiento, que ilumina la voluntad y la libertad. La pretensión de defender un derecho a no saber y valorizar el no saber fatalista, reivindicando el principio de autonomía del sujeto, constituye una contradicción y un contrasentido, una utilización abusiva e incluso absurda del concepto de autonomía. El no saber y el culto al mismo únicamente pueden ser destructores de la autonomía del sujeto. Sólo el derecho a saber y el deber de saber se articulan positivamente con el principio de autonomía, ya que el poder de autodeterminación debe ejercerse con conocimiento de causa, es decir, basándose en toda la información pertinente disponible que pueda aumentar la capacidad de elección de sujeto. El no querer saber socava la capacidad de autonomía real del individuo y lleva a abandonar a la heteronimia del azar o a la voluntad y el saber de otro”.

Por todo ello es discutible que un médico pueda llevar a cabo una intervención sin el conocimiento del paciente, aunque éste haya expresado

---

<sup>499</sup> Hottois, G (1999), Información y saber genéticos, *Revista de Derecho y Genoma Humano.*, Núm. 11, Bilbao, Universidad de Deusto, Pág. 41

manifiesta y claramente su deseo de no ser informado. Para Romeo Casabona, “la conflictividad ha hecho acto de presencia en ocasiones, en concreto cuando la no realización del tratamiento, pone en un previsible peligro la vida del paciente, pudiendo llegar a perder la vida o a precipitar el desenlace fatal temido”<sup>500</sup>. En este caso, entra en juego la ponderación de bienes en presencia –obligación *prima facie*– estando obligado el médico a informarle salvo que entre en conflicto con otra obligación de igual o mayor preferencia<sup>501</sup>. En este sentido, un Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica<sup>502</sup>, manifiesta que “De acuerdo con la obligación ética central que han inspirado todos los Códigos de Ética Médica desde el Juramento Hipocrático, según la cual el médico debe aplicar su ciencia en beneficio del paciente, parece razonable incumplir el deber de informar cuando del mismo se derive un peligro para el paciente más grave que el perjuicio causado a su derecho a la autodeterminación”<sup>503</sup>.

Otra cosa es que el paciente, titular del derecho a la información, pueda designar a otra persona como sujeto receptor de la misma o, que no se le informe, por ejemplo, de los riesgos de la misma. Pero, como reseña Pedreira Andrade, “La investigación realizada por una Comisión Presidencial Norteamericana, llegó a la conclusión de que existe escasa documentación que permita mantener que informar a los pacientes es más peligroso para su salud que ocultarles información, especialmente cuando la misma se efectúa con discreción y sensibilidad”<sup>504</sup>.

---

<sup>500</sup> Romeo Casabona, C. M. (1995a), El consentimiento del paciente al tratamiento, Tema monográfico, *Jano*, Vol. XLVIII, Núm. 114, Pág. 35

<sup>501</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 29

<sup>502</sup> Grupo de Trabajo creado por el Ministerio de Sanidad y Consumo y encargado del estudio de los avances producidos en la definición de derechos de los ciudadanos en materia de Información u documentación clínica, (1998), *Gac. Sanit.*, Vol. 12, Núm. 3, Págs. 146-147

<sup>503</sup> Documento final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. Apartado 3.5

<sup>504</sup> Pedreira Andrade, A. (1990), Rechazo del tratamiento, consentimiento y derecho a la información del paciente, *Jano*, Vol. XXXIX, Núm. 915, Barcelona, Pág. 57

La realidad es que, del contenido del precepto, se extrae claramente, la obligación del médico de informar al paciente, pues, en otro caso se vaciaría de contenido este derecho, regulado por Ley, por lo que, necesariamente, deberá prestar su consentimiento —en este caso consentimiento desinformado— a la intervención con constancia escrita y expresa de ello en la Historia Clínica<sup>505</sup>.

## ii. La protección de su salud

Se trata de las situaciones de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente, y en este caso priva el derecho fundamental a la vida sobre el derecho a la información. No será, pues, necesario el consentimiento informado siempre y cuando no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él<sup>506</sup>. Se refiere, casi en exclusiva, a aquellos casos en los que la urgencia no permite demoras en la actuación del médico puesto que existe un riesgo grave para la integridad física y psíquica del paciente.

Como manifiesta Sánchez Caro y Abellán<sup>507</sup>, la ley limita el concepto de urgencia a aquellas situaciones en que la demora en el tratamiento, puede producir lesiones irreversibles e incluso el fallecimiento del paciente. En este caso, la preponderancia del derecho a la vida e integridad física prima sobre el de

---

<sup>505</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado, *Working Paper*, Núm. 209, Barcelona, Págs. 17-18, Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>506</sup> También se recoge esta excepción en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina. (Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996. Firmado el día 4 de abril de 1997). “Artículo 8 (Situaciones de Urgencia): Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”.

<sup>507</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (1999), *El consentimiento informado*, 2ª parte, Madrid, Fundación Salud 2000, Pág. 77

la información y la obtención del consentimiento. La no intervención del médico estaría atentando contra la obligación deontológica<sup>508</sup> de prestar asistencia y vulneraría el principio de omisión del socorro, tipificado como delito en el Código Penal<sup>509</sup>.

Para Alonso Olea<sup>510</sup>, en estos casos, es el médico el que debe tomar la decisión, y de hecho, es lo que acontece en los servicios de urgencia de los hospitales cuando, el médico tiene que actuar instantáneamente.

En el ámbito normativo nacional, casi todas las legislaciones autónomas españolas están de acuerdo con esta limitación, y las precauciones que toman para su implementación, son varias. Así, a modo de ejemplo, el artículo 26.2 de la Ley 3/2005 de la Comunidad Autónoma de Extremadura, recoge que “2. Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento: a) Cuando existe riesgo grave para la salud pública a causa de razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación reguladora de esta materia. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del paciente y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. 3. En los supuestos citados en el apartado anterior se pueden realizar las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud del paciente”.

---

<sup>508</sup> Código de ética y deontología médica de la Organización Médica Colegial: Artículo 4.5. Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado. [En Herranz Rodríguez, G. (1993), *Comentarios al Código de ética y deontología médica*, 2ª edic. revisada, Pamplona, Eunsa, Pág. 38]

<sup>509</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm 281, de 24 de noviembre). Delito de omisión del socorro: Artículo 196. El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

<sup>510</sup> Alonso Olea, M. (2001), *Art. cit.*, Pág. 13

También el artículo 10 de la Ley 1/2003 de 28 de Enero, de la Generalitat Valenciana, especifica que “Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento las siguientes: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, según determinen las autoridades sanitarias. En estos supuestos se adoptarán las medidas administrativas, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. b) Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones y no existan familiares, personas allegadas o representante legal o, estos últimos se negasen injustificadamente a prestarlo de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia por escrito de estas circunstancias. c) Ante una situación de urgencia que no permita demoras por existir el riesgo de lesiones irreversibles o de fallecimiento y la alteración del juicio del paciente no permita obtener su consentimiento”.

Continúa declarando que “En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada. Tan pronto como se haya superado la situación de urgencia, deberá informarse al paciente, sin perjuicio de que mientras tanto se informe a sus familiares y allegados”<sup>511</sup>.

Como en otros temas relacionados con derechos fundamentales, también en este caso, la jurisprudencia ha emitido su opinión. En opinión de Romeo Casabona<sup>512</sup>, “Probablemente han sido las decisiones tomadas por motivos íntimos, ajenos al contexto mismo de la enfermedad, las que han llegado hasta los tribunales de justicia, ante el desconcierto que se le origina al médico por no saber exactamente cual es la actitud que debe seguir: si respetar la voluntad del paciente o preservar su vida a toda costa. En concreto ha sido el rechazo de

---

<sup>511</sup> Según el DRAE, se entiende por familiar el pariente o allegado que pertenece a la misma familia que otra, y por allegado, la persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza.

<sup>512</sup> Romeo Casabona, C. M. (1995a), *Art. cit.*, Pág. 35

transfusiones de sangre por motivos religiosos (testigos de Jehová) (...) también el rechazo de alimento por parte de presos sometidos voluntariamente a huelgas de hambre reivindicativas ...”.

Es el caso de la STC 120/1990, por la que rechazó el recurso de amparo confirmando lo decidido por la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 1990 –que revocaba lo acordado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria–, ante la negativa de reclusos de la Organización GRAPO, en huelga de hambre, a recibir asistencia sanitaria.

En la citada sentencia, el TC entendió que, no era posible admitir que la Constitución garantizara en su artículo 15 el derecho a la propia muerte, y por consiguiente, carecía de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva fuese contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. La relación especial de sujeción existente entre la Administración penitenciaria y el recluso, “debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas”. En sentencia posterior, STC 137/1990<sup>513</sup>, concluye que “desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no

---

<sup>513</sup> STC 137/1990, de 17 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio)

vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida... ”.

En términos similares, se ha manifestado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando, en interpretación del artículo 2<sup>514</sup> del Convenio, en el caso *Pretty versus Reino Unido*<sup>515</sup> de 29 de abril de 2002, concluye que “El artículo protege el derecho a la vida y evita que se tome deliberadamente la vida (de otro) salvo en muy determinadas circunstancias. Un artículo con ese efecto no puede ser interpretado en el sentido de conferir un derecho a morir o de solicitar la colaboración de otro para obtener la propia muerte”<sup>516</sup>.

---

<sup>514</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (Ya citado)

Artículo 2. Derecho a la vida. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por el tribunal al reo de un delito para el que la Ley establece esa pena.

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

<sup>515</sup> La demandante, Mrs. Diane Pretty, con una enfermedad degenerativa e incurable, recurrió en última instancia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo solicitando la no instrucción de diligencias contra su marido, ante la negativa del Director de la Fiscalía Pública del Reino Unido de proporcionarle inmunidad si él la asistía en cometer suicidio y la prohibición del derecho local de dar asistencia al suicidio, alegando se infringían sus derechos bajo los artículos 2, 3, 8, 9 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. [STEDH (Application n° 2346/02) dictado en Estrasburgo el 29 de abril]

<sup>516</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se aparta de las tendencias legislativas que han tenido su concreción durante el año 2002, con la definitiva despenalización de la eutanasia en Holanda y con la condicionada despenalización que se ha aprobado legislativamente en Bélgica, en cuanto aclara específicamente que el homicidio *piadoso* o eutanasia directa no resulta aceptable, no sólo en aras del valor de la vida humana protegida por una prioridad estatal, sino en orden a que una situación como ésta no puede ser validada por el Derecho, en el sentido que se constituye directamente en una acción homicida, con pleno dominio del acto por parte de quien la ejecuta, y respecto de la cual el consentimiento del paciente -al igual que en el caso de la solicitud de colaboración al suicidio- puede fundamentarse, más que en una decisión libre que signifique la plenitud del ejercicio de garantías constitucionales, en una situación de desmedro, debilidad o abandono.

### iii. La Protección de la salud pública

Se refiere al artículo 9.2 esencialmente. Implica superponer el derecho a la salud colectiva sobre el propio derecho del paciente a no someterse a la actuación del facultativo, ahora bien, siempre que se trata de actuaciones indispensables y se lleven a cabo para favorecer la salud del paciente. El precepto se basa en el mayor interés de la salud del colectivo sobre la del individuo. En caso que se produzca esta colisión de derechos, se prioriza la salud pública sobre los derechos del individuo. En estos casos se remite a la Ley Orgánica 3/1986, artículos 2 y 3<sup>517</sup>.

Como manifiesta Sancho Gargallo<sup>518</sup>, esta ley permite a las autoridades sanitarias competentes adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control para proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro. Estas medidas se podrán adoptar siempre y cuando, concurren o razones sanitarias de urgencia o necesidad, y se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o, por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

---

<sup>517</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril)

Artículo 2.

Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

Artículo 3.

Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

<sup>518</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), *Art. cit.*, Pág. 19



En opinión de Sánchez Caro y Abellán<sup>519</sup>, “es una restricción al derecho que asiste al paciente de que se recabe su consentimiento informado antes de intervenirle, justificada por el peligro para la Comunidad”.

También debemos referirnos al Convenio de Oviedo<sup>520</sup>, que enumera las restricciones a que están sujetos algunos de los derechos recogidos en el mismo. Así, en su artículo 26, dice, “El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas”.

### 3.1.3.- *Lex artis ad hoc versus malpraxis*

En opinión de Emaldi y Cirion<sup>521</sup> et al., es una expresión de éxito que hace referencia a la *lex artis*, expresión correcta sin calificativos ni aditivos. Nosotros acudimos a una definición de la *Lex artis ad hoc*<sup>522</sup>, introducida en la doctrina por Martínez-Calcerrada, en relación con el tema que tratamos, con la ventaja de sentar jurisprudencia, que es la dada, con respecto a la responsabilidad civil del

---

<sup>519</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Op. cit.*, Pág. 52

<sup>520</sup> Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996). Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE núm. 251, de 20 de Octubre)

<sup>521</sup> Emaldi Cirió, A. et al. (2000), *Op. cit.*, Pág. 19

<sup>522</sup> Menéndez de Lucas, J. A. y Zato Gómez de Liaño, M. A. (2006), *La responsabilidad profesional del Oftalmólogo*, Mac Line, Madrid, Pág. 20

médico, en la STS de 11 de Marzo de 1991<sup>523</sup>: “...aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médico– que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente, y en su caso, la influencia de factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida...”<sup>524</sup>.

Este principio es básico y su comprensión necesaria, ya que todo procedimiento o reclamación que se incoe contra un profesional de la medicina se fundamenta en determinar si actuó o no de acuerdo con la *lex artis*. Junto a la observancia o no de esta *lex artis* deben tenerse en cuenta, asimismo, otras dos ideas fundamentales de la responsabilidad de los médicos: de una parte, que la obligación del profesional sanitario salvo excepciones –como puede ser la cirugía estética en algunos casos– no es una obligación de resultado<sup>525</sup>, sino una obligación de medios<sup>526</sup>, ya que no está obligado a curar al enfermo, sino a

---

<sup>523</sup> STS de 11 de marzo de 1991 (Entre otras, pueden citarse las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 23 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 18 febrero de 1997 y 28 junio de 1997)

<sup>524</sup> Este mismo autor, considera la *lex artis* como “la regla de la técnica de actuación de la profesión de que se trate y (...) en el sentido de apreciación sobre la tarea ejecutada por dicho profesional, si es o no correcta y se ajusta a lo que debe hacerse”. Martínez-Calcerrada, L. (1986), Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica, *Actualidad civil*, núm. 24, Págs. 1697-1698 [En Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. (1995), *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, Granada, Comares, Pág. 25]

<sup>525</sup> Declarado por el TS reiteradamente y, entre otras, en la sentencia citada de 11 de marzo de 1991; Junceda Moreno, J., Pérez Salvador, J. L. y Taboada Estévez, J. (2005), *El consentimiento informado en Oftalmología*, De Lorenzo y García Sánchez coord., Madrid, Editores Médicos, Pág. 18; Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 188

<sup>526</sup> Sobre esa obligación de medios a que están sujetos los profesionales médicos, también se ha manifestado el TS (Sala de lo Civil) en su sentencia de 25 de abril de 1994, enumerando los deberes de éstos al decir que: “... sin animo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de Febrero y 26 de Junio de 1989, 11 de Marzo de 1991 y 23 de Marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características

proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, precisamente según el estado de la ciencia, y de otra parte, que no existe aquí la denominada *inversión de la carga de la prueba*<sup>527</sup> por lo que el paciente que invoca daños derivados de la supuesta negligencia del médico debe probar esa negligencia o imprudencia del médico, la realidad de los daños y la relación de causalidad entre la conducta del médico y esos daños<sup>528</sup>.

---

del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos, -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital transcendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que este pueda ser dado de alta, advirtiéndole de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia”.

<sup>527</sup> Expresión muy usual, utilizada por el Tribunal Supremo en sus sentencias, sus antecedentes están en un proyecto de directiva elaborada por el Consejo de Comunidades Europeas de 20 de diciembre de 1990, sobre la responsabilidad del prestador de servicios, cuyo artículo 1.2 indicaba: “la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicio”. Se basaba en las dificultades que para un lego en la materia representaba demostrar la culpabilidad del profesional, ya sea arquitecto, médico etc. Éste fue el origen de la doctrina conocida como la “inversión de la carga de la prueba”, o sea, correspondería al acusado demostrar que ha actuado correctamente. En términos vulgares representaría pasar de “inocente hasta que no se demuestre lo contrario” a “culpable mientras no se pueda demostrar la inocencia”. Lo que en aquellos años parecía difícil de aplicar en el campo del derecho sanitario, es actualmente uno de los temas más debatidos y más referenciado en las sentencias sobre responsabilidad de los sanitarios. Esta propuesta fue retirada en Junio de 1994 (DOCE de 18 de enero de 1991). Por su parte, Galán Cortes, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 131, manifiesta que “el médico puede probar, que cumplió con su deber de información, por otros medios de prueba admitidos en derecho (testigos sin tacha, cinta magnetofónica que lo acredite, historia clínica, etc.)”

<sup>528</sup> Gracia González, S y Laborda Calvo, E. (2000), “Responsabilidad”, en *Responsabilidad legal del profesional Sanitario*, coord. por Ricardo de Lorenzo y Montero, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Pág. 189

Como notas inherentes a dicha *lex artis*, se considera que, la *lex artis* a.- Como tal *lex*, implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma. b.- Objetivo: se trata de valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta o, su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos. c.- Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor. d.- Profesionalidad: el actor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina. e.- Módulos de integración axiológica: 1.- Autor: circunstancias personales y profesionales –especialidad– del médico.<sup>529</sup> 2.- Del objeto sobre el que recae: especie de acto, clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución. 3.- Factores endógenos: tanto en la intervención o en sus consecuentes, pueda haber influido el estado del enfermo –grave o no–, así como sus familiares –tensión suplicante por la enfermedad–, la misma organización sanitaria –debe de actuar o no, con medios o instrumentos adecuados o no– etc. f.- Concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*: Tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha *lex artis*. Así como en toda profesión rige una *lex artis*, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores relacionados<sup>530</sup>.

---

<sup>529</sup> Martínez-Calcerrada López, L. (1997), *Aspectos Civiles*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 19 de febrero de 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congrso4/4congre-24.htm>). En la misma línea que la sentencia anteriormente citada, define la *lex artis ad hoc* como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria –, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado) en Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 188

<sup>530</sup> Martínez-Calcerrada, L. (1999), *La responsabilidad civil profesional de los Teleinformáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos, Médicos-*

Para el TS en sentencia de 2 de octubre de 1997<sup>531</sup>, “... *lex artis ad hoc* no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la libertad clínica y a la prudencia, entre otras palabras, como dice la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 1994 que la «*lex artis ad hoc*» es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo–, o exógenos –la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida”.

Romeo Casabona,<sup>532</sup> fundamentándose en la doctrina alemana, afirma que la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrictamente vinculados, pero esencialmente distintos. La indicación terapéutica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la *lex artis* se trata de, una vez emitido ese juicio, aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo, el tratamiento indicado. Luego la indicación correspondería al tratamiento, a las medidas que deben adoptarse y elegir entre ellas; y la *lex artis*

---

*Peritos y de los Peritos Judiciales en general. Especial estudio de la responsabilidad civil de Médicos, Administradores/Consejeros de las sociedades mercantiles y de los Abogados*, 2ª edic., Madrid, Tecnos, Págs. 309-310

<sup>531</sup> STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 1997. También se manifiesta sobre ello el TC en su sentencia 102/1994 de 11 de abril, al reconocer que “comprende cualquier reglamentación o conjunto de reglas que configuren el ejercicio de una actividad determinada, escritas o no, obra del poder o de los ciudadanos (usos, costumbres, prácticas profesionales). En tal acervo tiene su asiento la *lex artis* ...”. (BOE núm. 117, de 17 de mayo)

<sup>532</sup> Romeo Casabona, C. M. (2005), *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares, Pág. 208 y ss.

al cómo de dicho tratamiento o al método a utilizar y seguir. Una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación ni al cuidado debido.

La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional<sup>533</sup>, también se manifiesta sobre este tema, al decir que “El criterio básico utilizado por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la «*Lex artis*» y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la «*Lex artis*» es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida («*lex artis*»). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha «*Lex artis*», de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la *Lex artis*”.

Aunque es necesario tener en cuenta que la *lex artis* no tiene la misma aplicación en todos los lugares ni las situaciones son la mismas, y sobre ella

---

<sup>533</sup> AN Sentencia de 27 de Noviembre de 2002. Sección 4ª. Ponente José Guerrero Zaplana.

inciden, y muchas veces prevalecen, los sistemas sanitarios adoptados en los diversos países, culturas y tiempos.

En opinión de Rodríguez López, “Nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual ha basado toda su respuesta jurídica en la vulneración de la *lex artis*, construyendo un esquema general donde la actuación médica se concibe como una obligación de medios<sup>534</sup>, medios que se deben ajustar a un estándar de actuación”<sup>535</sup>.

Como concepto contrario al defendido por la *lex artis*, podría considerarse el de *malpraxis*<sup>536</sup>, o sea no cumplir adecuadamente con las normativas y preceptos profesionales o, lo que es lo mismo, llevar a cabo una práctica inapropiada.

El Código Penal, utiliza los términos imprudencia, impericia y negligencia<sup>537</sup> manifestando Romeo Casabona<sup>538</sup> que “La ley se refiere con estas

---

<sup>534</sup> Sobre ello, el TS, manifiesta en su sentencia de 10 de noviembre de 1997 que “... la información, en cuanto sea posible, al paciente, (...) respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, está comprendida en la llamada «obligación de medios», y su omisión supone negligencia”.

<sup>535</sup> Rodríguez López, P. (2004), *Op. cit.*, Pág. 169.

<sup>536</sup> El término *malpraxis*, es una degeneración del inglés *malpractice*, referido a la práctica inapropiada por un profesional de la salud. Según manifiesta Pablo Simón (2000), *Op. cit.*, Pág. 49, “una forma especial de *negligence* es la denominada *Professional negligence* o *malpractice*, cometida por una persona que además es un profesional que incumple sus deberes de cuidado...”.

<sup>537</sup> La STS (Sala de lo Penal) de 29 de Octubre de 1994 (FJ 2º), declara que la imprudencia exige: 1. Una acción u omisión voluntaria, no maliciosa. 2. Infracción del deber de cuidado. 3. Creación de un riesgo previsible y evitable, y 4. Un resultado dañoso derivado -en adecuada relación de causalidad- de aquella descuidada conducta (Ver sentencias de 1 de junio de 1959, 27 de octubre de 1972, 20 de marzo de 1995 y 15 de marzo de 1976, entre otras).

Con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo representado por la infracción del deber de cuidado (Ver sentencias de 5 de marzo de 1974, 3 de junio de 1975 y de 4 de febrero de 1976, entre otras). Tal deber de cuidado puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común y sabida experiencia general tácitamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social (Ver sentencias de 21 de enero y 15 de marzo de 1976, entre otras).

expresiones a la asunción de un riesgo excesivo, un riesgo no permitido, y haber infringido con ello, unos deberes de cuidado; y mas específicamente a la falta de los conocimientos necesarios para actuar, a la falta de habilidad, a la ineptitud, la no posesión de la capacidad requerida, en ultimo término (impericia); o a la no aplicación de esos conocimientos y habilidad, cuando se poseen (negligencia)”.

Según Ataz, “Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de *malpraxis*. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias”<sup>539</sup>.

Para Romeo Casabona, el que el médico en su actuación se haya sujetado a la *lex artis*, significa que no se ha infringido el deber de cuidado objetivo aunque, ello no implique que la no sujeción a la *lex artis* conlleve obligatoriamente la inobservancia del cuidado debido. ya que estos términos no son exactamente coincidentes. Por lo que no puede admitirse que *malpraxis* sea sinónimo de falta o delito, aunque para darse éstos sí se requiera, salvo excepciones, una *malpraxis*<sup>540</sup>.

---

La relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata (Ver sentencia de 6 de octubre de 1960, 15 de octubre de 1969 y de 23 de enero de 1976, entre otras).

<sup>538</sup> Romeo Casabona, C. M. (1990), *El médico ante el derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Pág. 63

<sup>539</sup> Ataz López, J. (1985), *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, Montecorvo, [En Jornet, J. (1991), *Malpraxis: aspectos legales en la relación medico-paciente*, Barcelona, Ancora, Pág. 1]

<sup>540</sup> Romeo Casabona, C. M. (1990), *Op. Cit.*, Pág. 70



### 3.1.4.- Fundamentos del Consentimiento Informado: Modelos históricos en la concepción de la relación médico-paciente

Los antecedentes remotos en la práctica de la medicina, se remontan a los cuidados domésticos, en los que la labor de cuidadora era desempeñada por la mujer en una fase anterior a cualquier profesionalización de la disciplina<sup>541</sup>.

Según manifiesta Benavent, “La atención que se ofrece incorpora remedios y prácticas aprendidos por las observaciones sobre los comportamientos de los animales como son los masajes, la utilización del calor y el frío, el barro, etc. Son remedios que contribuyen al bienestar de la persona. Cuando se producen los resultados deseados, cada vez que ocurre una situación similar, repiten las mismas actuaciones sin saber exactamente las causas que provocan la mejoría y esto se va transmitiendo oralmente, de generación en generación, de una forma más o menos abierta. Durante la época en la que la salud tiene un significado de supervivencia, y dadas las condiciones de vida y de estructura social que a su vez son las que propician esta concepción, los problemas se abordan, al igual que otros, en el grupo familiar o vecinal no existiendo una atención sanitaria organizada fuera de estos núcleos”<sup>542</sup>.

La etapa doméstica se relaciona con la concepción de la salud como mantenimiento de vida, a partir de los cuidados básicos, la promoción de la higiene, el descanso adecuado, la alimentación y el vestido necesario. No se encuentran referencias concretas a la figura del cuidador, posiblemente, por el aspecto maléfico de la enfermedad. Aunque variaba según las tribus, tuvieron en común la utilización de la magia y los remedios empíricos<sup>543</sup>.

---

<sup>541</sup> Donahue, M. P. (1985), *Historia de la enfermería*, Barcelona, Doyma, Pág. 3

<sup>542</sup> Benavent Garcés, A.; Ferrer Ferrandis, E. y Francisco del Rey, C. (2001), *Enfermería S21. Fundamentos de enfermería*, Madrid, DAE (Grupo Paradigma), Pág. 31

<sup>543</sup> Donahue, M. P. (1985), *Op. cit.*, Págs. 17 y ss

En opinión del Profesor Laín Entralgo, “Si bien el (hombre) primitivo puede ser asimilado en muchos casos a un simple curandero, existe sin embargo, en ciertas tribus, una verdadera ciencia tradicional quirúrgica, de la que han hecho profesión algunos hombres reputados por su habilidad. A este propósito, citaremos a los unias del Sahara occidental, entre los que se practicaban intervenciones tan complejas como la reparación de graves heridas penetrantes de la caja torácica o del abdomen, y una verdadera cirugía craneana. Asimismo, los indios de Carolina del Norte realizaron perfectas intervenciones ortopédicas; entre ellas figura la amputación del metatarso con el fin de impedir la fuga de los prisioneros”<sup>544</sup>.

En la sociedad occidental, la relación médico-paciente, tiene sus orígenes en los inicios de la medicina en los siglos VI y V a. C., cuando se comenzó a cambiar la perspectiva empírica involucrando la técnica y tratando de dar una explicación al por qué y para qué de las acciones en salud. El saber práctico fue reemplazado por un saber especulativo (teoría) y un conocimiento científico (*epísteme*) que le daba sentido. El médico es un ser superior, heredero de saberes mágicos, representante del orden natural y moral, es él quien decide lo bueno y lo malo para el enfermo. Intención médica de ofrecer una cura y por eso no se da a conocer al paciente. La idea de la participación activa del paciente en la toma de decisiones sobre lo que sea mejor para su salud es completamente inconcebible para el médico griego o romano, incluso para el medieval, por que solo él, como medico-filósofo, puede saber la manera de restaurar el orden natural y moral, el microcosmos del cuerpo del paciente<sup>545</sup>.

---

<sup>544</sup> Coury, Ch. y Girod, L. (1975), “La medicina de los actuales pueblos primitivos”, en *Historia Universal de la Medicina*, dir. por Pedro Laín Entralgo, T. I, Barcelona, Salvat, Pág. 47; Laín Entralgo, P. (1964), *La relación médico-enfermo*, Madrid, Revista de Occidente, Pág. 36 y ss.; García Valdés, A. (1987), *Historia de la Medicina*, Madrid, Interamericana McGraw-Hill, Págs. 3 y ss

<sup>545</sup> Laín Entralgo, P. (1989), *Historia de la Medicina*, Barcelona, Salvat, Págs. 67 y ss; García Valdés, A. (1987), *Op. cit.*, Pág. 77 y ss.

Como nos refiere Simón Lorda<sup>546</sup>, a lo largo de la historia de la medicina, la relación médico-paciente, ha sufrido cambios relevantes, dependiendo de cada momento histórico, que podrían –según Emanuel y Emanuel<sup>547</sup>– encuadrarse dentro de los llamados modelos paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo<sup>548</sup> en base a distintas concepciones de los objetivos de la relación, las obligaciones del médico, el papel que desempeñan los valores del paciente y la manera de concebir su autonomía<sup>549</sup>.

Pero, la relación médico paciente, como manifiesta Gracia<sup>550</sup>, “es tan antigua como la propia medicina”. Ya la medicina hipocrática, trató al enfermo bajo el principio terapéutico de favorecer o, no perjudicar –*primum non nocere*<sup>551</sup>– principio rector del comportamiento médico a lo largo de los siglos en sus relaciones con los pacientes<sup>552</sup>.

Siguiendo a Emanuel y Emanuel, haremos un breve recorrido por los cuatro modelos, a que éstos hacen referencia que, aunque no describen ninguna relación médico-paciente concreta, destacan diferentes visiones de esta relación.

---

<sup>546</sup> Simón Lorda, P. (2002), “El consentimiento informado: Abriendo nuevas brechas”, en *Problemas prácticos de consentimiento informado*, Barcelona, Fundació Victor Grifols i Lucas, Pág. 38

<sup>547</sup> Emanuel, E. J. y Emanuel L. L. (1999), “Cuatro modelos de la relación médico-paciente”, en *Bioética para clínicos*, Couceiro, A. ed., Madrid, Triacastela, Págs. 109-126

<sup>548</sup> La estructura de relación médico-paciente, ha sido identificada con diversos términos como parental, de camaradería, contractual, de amistad o técnica o relacionada con modelos diferentes como son el paternalista, oligárquico y democrático. [Lázaro, J. y Gracia, D. (2006), La relación médico-enfermo a través de la historia, *An. Sis. Sanita.*, vol 29, suplemento 3, Navarra, Pág. 15]

<sup>549</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 49

<sup>550</sup> Gracia, D. (1999), “La práctica de la medicina”, en *Bioética para clínicos*, Couceiro, A. ed., Madrid, Triacastela, Pág. 22

<sup>551</sup> Locución latina atribuida a Hipócrates, acepta varias formas, aunque se reconocen diferencias sutiles entre ellas: “Primero no hacer daño”; “Sobre todo no hacer daño”; “Ante todo no hacer daño”; “Primero que nada no dañar”; “Antes que nada no dañar”.

<sup>552</sup> Piquer, A. (1711-1772) (1987), *Las epidemias de Hipócrates con observaciones prácticas de los antiguos y modernos*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, Pág. 167 [Del Libro de las Epidemias L1.XVIII.91]

## i. Modelo paternalista.

Aunque el modelo paternalista se define, por lo general, como la búsqueda del bien de otra persona, y de su beneficio, prescinde de la voluntad y opinión de esta y sustituye el criterio del paciente por el del médico conculcando su autonomía.

Gracia Guillén<sup>553</sup> define el modelo paternalista como “el rechazo a aceptar o a consentir los deseos, opciones y acciones de las personas que gozan de información suficiente y capacidad o competencia adecuada, por el propio beneficio del paciente”. Por su parte Beauchamp y McCullough<sup>554</sup> entienden que es “la limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada”.

Según Galán Cortes, en este modelo –también conocido como paternal o sacerdotal–, “el médico actúa como tutor del paciente” llevando a cabo en su actuación, lo que él cree mejor y dando por hecho una aceptación del paciente a lo que considera adecuado<sup>555</sup>.

El paternalismo, como componente sociológico de una sociedad no es nuevo ni en la sociedad ni en la medicina. Kant denunció al estado paternalista por restringir benevolentemente las libertades de los sujetos. Le preocupaba un gobierno que restringe la libertad. Nunca consideró la posibilidad de que un modelo paternal de intervención benevolente, aquel que compare al paciente con

---

<sup>553</sup> Gracia, D. (1989), *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, Pág. 102

<sup>554</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos*, Barcelona, Labor, Pág. 98

<sup>555</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 49

un padre protector, un padre que cuida de un menor incompetente, pudiera ser considerado paternalista<sup>556</sup>.

Se dan dos tipos de paternalismo: infantil y juvenil en función del grado de intervención del paciente, en el primer caso ninguno y en el segundo más activo.

Si se asume la perspectiva de la capacidad del paciente en la toma de sus propias decisiones, nos hallamos ante dos tipos: paternalismo débil y paternalismo fuerte –también llamados blando y duro–.<sup>557</sup>

Paternalismo débil: interviene para prevenir accionares involuntarios o no autónomos. Se cumple en el caso de que el paciente esté desinformado acerca de la elección a tomar, esté bajo una fuerte depresión o en caso de adicciones agudas. Se considera que en estos casos la racionalidad del paciente está influida por condiciones externas. Los principios en juego son la no maleficencia y la beneficencia, principios de los que nos ocuparemos mas adelante.

Paternalismo fuerte: interviene sobre decisiones informadas, voluntarias y autónomas, violando principalmente su derecho a la autonomía. Debe remarcar que no es el ejemplo a seguir en la práctica médica.

---

<sup>556</sup> Para Kant la segunda formulación del imperativo categórico dice así: “Obra de modo que trates a la humanidad, en tu propia persona o en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio”. Está aquí, por un lado, la idea del valor “fuera de precio” del ser humano, fin en sí mismo y relativamente al cual las cosas tienen valor, como medios para alcanzar los fines de aquel. Está también, más hondamente, la idea de la “dignidad humana”, el valor intrínseco del ser humano en virtud de su naturaleza racional, como agente autónomo, vale decir inteligente y libre, capaz de tomar sus propias decisiones fijando sus propios objetivos y guiando su conducta por la razón. Como la ley moral es la ley de la razón, los seres racionales son la encarnación de la ley moral misma -el querer por deber o buena voluntad, lo único moralmente valioso en el mundo- y por tanto merecedores de respeto a su racionalidad, de trato como fines y no como medios, esto es, como personas. [Valls, R. (2000), “Materiales básicos sobre los orígenes de la moral moderna”, en *Estudios de bioética y derecho*, coord. Por María Casado, Valencia, Tirant lo blanch, Págs. 312 y ss.]

<sup>557</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Op. Cit.*, Págs. 105 y ss

Algunos defensores, y en ciertos casos, entienden que puede estar justificada una acción de tipo paternalista. Estos supuestos son: - Cuando el beneficio sobrepasa ampliamente el costo: la pérdida de la autonomía y la invasión al libre albedrío. – Cuando la capacidad del paciente para tomar decisiones está limitada. – Cuando la intervención es justificada por las circunstancias, universalmente justificadas y, - Si el beneficiario justificara el accionar paternalista, en caso de ser racional<sup>558</sup>.

En la sociedad actual se ha ido dejando de lado el modelo paternalista de la profesión, centrado en el médico, para reemplazarlo por el paradigma autonomista en el que los pacientes reciben mayor información sobre su condición, lo que les permite opinar y participar en la decisión de las alternativas terapéuticas propuestas.

## ii. Modelo informativo

Llamado también modelo científico, técnico o del consumidor, tiene como objetivo proporcionar al paciente, información relevante sobre sus dolencias para que, éstos, puedan elegir la actuación que deseen, y tras ello, el médico llevar a cabo su intervención.

Diferencia claramente entre los hechos y los valores que son conocidos y bien definidos por el paciente. Es al médico al que corresponde aportar todos los datos –hechos– de que dispone, y con esta información, el paciente decide. Las consideraciones o juicios que, desde su posición, entienda con respecto a los valores del paciente, no tienen cabida. Su función es hacer partícipe al paciente de toda su experiencia técnica facilitando al paciente –como expertos– información veraz y relevante sobre su especialidad.

---

<sup>558</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Págs. 265 y ss.

En opinión de Simón Lorda, este modelo, “no responde adecuadamente a la complejidad moral y humana del encuentro entre un profesional sanitario y un paciente. (...) es más un constructo teórico que una realidad palpable pues nadie acude al médico teniendo claros los valores que le guían y sin desear escuchar al menos una mínima valoración u opinión del médico respecto a lo que haya de hacerse”<sup>559</sup>.

### iii. Modelo interpretativo

Para estos autores, el objetivo de la relación médico-paciente en este modelo, es determinar los valores del paciente y qué es lo que realmente desea para así, poder ayudarlo a elegir entre las diferentes opciones de intervención médica disponibles que se le presentan<sup>560</sup>.

El médico, como en el modelo anterior, informa al paciente de la naturaleza de su proceso así como de los riesgos y beneficios de la intervención pero, al mismo tiempo, le ayuda a decidir ya que, el paciente, no tiene claro los valores o no los conoce. Si bien el paciente es el que decide, el médico juega un papel importante porque, aunque no impone sus órdenes, es el que sugiere que acciones o tratamientos son las más aconsejables. Tiene un papel de consejero, de asesor, informando al paciente de las mejores opciones, acercándose, en opinión de Galán Cortes<sup>561</sup>, al modelo paternalista.

### iv. Modelo deliberativo

En este modelo, se pretende que el médico ayude al paciente a elegir de entre todas las opciones que se presentan, relacionadas con su salud y que puedan

---

<sup>559</sup> Simón Lorda, P. (2002), *Op. cit.*, Pág. 39-40

<sup>560</sup> Emanuel, E. J. y Emanuel L. L. (1999), *Op. cit.*, Págs. 109-126

<sup>561</sup> Galán Cortes, J. C. (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, Pág. 50

llevarse a cabo en el acto médico, la mejor. Tras la información, resaltando las mejores opciones, el médico de acuerdo con el paciente, decidirá cual es el mejor tratamiento pero evitando siempre la coacción.

El médico aquí, juega el papel de amigo o de maestro, que conociendo al paciente, le indica no sólo lo que el paciente debería hacer sino que, deseando lo mejor para éste, cual sería la decisión mas adecuada.

Según Galán Cortés<sup>562</sup>, las objeciones a este modelo se centran en cuestionarse si es propio de los médicos juzgar los valores de los pacientes y promover determinados principios relacionados con la salud, con el riesgo, al igual que en modelo anterior, regresando a un modelo paternalista.

Para Simón Lorda, tanto el modelo interpretativo como el modelo deliberativo, satisfacen las exigencias morales del consentimiento informado. La diferencia entre ellos afecta al grado de protagonismo que juega el médico en ellos utilizando su persuasión acercándose mas o menos al modelo paternalista. La idoneidad de uno u otro dependerá del caso concreto<sup>563</sup>.

En cualquier caso, desde el punto de vista ético, en el estudio y análisis del Consentimiento Informado, dentro de una vertiente jurídica moderna, se consideran cuatro etapas en el desarrollo del mismo, etapas que son coincidentes con los principios éticos –reconocidos por la escuela norteamericana con relación al pensamiento bioético desarrollado por Thomas Beauchamp y James Childress en 1978 tras su análisis del Informe Belmont– y que inciden, en las diversas etapas de su desarrollo.

---

<sup>562</sup> Galán Cortes, J. C. (2001), *Op. cit.*, Madrid, Civitas, Pág. 50

<sup>563</sup> Simón Lorda, P. (2002), *Op. cit.*, Pág. 41



Estos cuatro principios, a los que haremos referencia mas detalladamente en el capítulo 4, son: 1. Beneficencia: todo acto médico deberá ser benéfico no solo para el paciente sino también para el personal de salud relacionado con su atención, el cual debe ejecutar los actuaciones de forma benéfica, aunque este concepto depende siempre del sistema de valores propio. 2. No maleficencia: aunque el acto médico no beneficie al paciente de forma inmediata, puede resultar éticamente positivo para evitar daños posteriores. Ya en los escritos hipocráticos, se establecía el precepto fundamental de no hacer daño, aunque lo pida. 3. Autonomía: Es la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coerción. Para algunas escuelas de bioética, este principio ocupa una posición superior respecto a los otros y se refiere a que todo ser humano mentalmente competente puede tomar por sí mismo y de forma libre, decisiones que tengan que ver con su persona. Para la bioética –en sentido estricto– la autonomía es la capacidad de decidir en cosa propia. 4. Justicia: se refiere a la equidad en la repartición de recursos y bienes comunes, procurando lograr una igualdad de oportunidades para acceder a los bienes que requiere el sujeto<sup>564</sup>.

### 3.1.5.- Teoría General de Consentimiento Informado: Origen y etapas de su desarrollo

Según manifiesta Romeo Casabona, el origen del consentimiento informado, se encuentra en diferentes circunstancias que propiciaron su aparición. A partir del Código de Nuremberg, se presta un mayor reconocimiento y una mayor tutela a los derechos de los ciudadanos y de los pacientes en particular. La instauración de Cartas de Derechos de los Pacientes, en muchos de los países de nuestro entorno, y de Declaraciones de Derechos de los Pacientes,

---

<sup>564</sup> La información y el consentimiento informado (Principios y pautas de actuación en la relación clínica), (s.f.), Bilbao, Documento de las Comisiones Promotoras de los Comités de Ética Asistencial del País Vasco (Euskal Harriko Eikarteko Administrazioa. Osakidetza), Págs. 13-15

tras la Declaración de los Derechos del Paciente presentada por la Asociación Americana de Hospitales en 1972, marcaron un hito en el reconocimiento de este derecho, aunque en ese momento fueran mas declaraciones de principios, y constituyeron el germen de ese derecho a la libre autodeterminación del paciente<sup>565</sup>.

Aunque siempre se cita como primer antecedente del concepto Consentimiento Informado, la sentencia de 1767 referente al caso *Slater versus Baker & Stapleton*<sup>566</sup> que se dictó en las Islas Británicas, –si bien se refería a la relación médico-paciente y hacía una referencia, hasta cierto punto marginal, sobre la obligación del médico de informar la paciente, y consecuentemente se deducía el derecho de este último a ser informado–<sup>567</sup>, no es hasta fines del XIX cuando se puede establecer un cuerpo doctrinal en Alemania claramente definidor de una Teoría sobre el consentimiento informado bajo un punto de vista jurídico, y desde luego, también médico<sup>568</sup>.

Aunque antecedentes sueltos hay varios a lo largo de dicho siglo XIX, como por ejemplo la Declaración de Filadelfia de 1944 en la que se establece el derecho de las personas a disponer de su vida, de su libertad y de la propiedad o, el contenido en “*Ética Médica*” de Thomas Percival (1803)<sup>569</sup> en la que dice: “... el médico debe informar periódicamente de las manifestaciones peligrosas de la enfermedad a los amigos del paciente. No debe exagerar ni minimizar la

---

<sup>565</sup> Romeo Casabona, C. M. (1992), “Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español”, en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Madrid, INSALUD, Págs. 171 y ss.

<sup>566</sup> En este caso judicial, el paciente –Mr. Slater- denunció a los dos médicos – Dr. Baker y Dr. Stapleton- por negarse a retirarle un vendaje que le habían colocado en la pierna. Ante una nueva fractura –por los profesionales- éstos le colocaron un aparato ortopédico que ellos habían inventado. La sentencia falló en contra de los médicos por *malpraxis* y deficiente información.

<sup>567</sup> Roldán Garrido, B. y Perea Pérez, B. (1996), *El consentimiento informado en la práctica médica*, Madrid, SmithKline Beecham, Pág. 6

<sup>568</sup> Según refiere Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 74, “Ya en 1990 el ministerio prusiano emitió una circular prohibiendo hacer experimentos con niños e incapaces y exigiendo que en el caso de los adultos, fuera con el conocimiento y consentimiento de éstos”.

<sup>569</sup> En Galán Cortés, J. L. (2001), *Op. cit.*, Pág. 51

gravedad de la condición del paciente. Debe asegurarse personalmente de que el paciente o sus allegados tengan el conocimiento del estado del enfermo que sea necesario para proteger los mejores intereses del paciente y de la familia”<sup>570</sup>.

Pero la cultura médica de la época era, fundamentalmente, paternalista y la relación médico-paciente de tipo vertical; el médico era el tutor, decidía lo que era conveniente o no para el paciente y el sistema era autoritario. La posibilidad de que el paciente decidiera por su cuenta lo que más le convenía, ni se consideraba, y cuando se empezó a darle voz en su propia salud, fue en las intervenciones quirúrgicas, especialmente en las que entrañaban mayor peligro como una fórmula, subconsciente o no, del médico de repartir sino eludir responsabilidades<sup>571</sup>.

Para Guerrero Zaplana, “La información empezó a hacerse efectiva sólo en los casos de intervención quirúrgica: la trascendencia de la intervención o la necesidad de que el sometimiento a la misma comportara una serie de condicionantes de mayor importancia obligaba a los médicos a ofrecer una información más exhaustiva de la que se ofrecía a un paciente a lo largo de un tratamiento en el que no era necesario recurrir a la intervención quirúrgica.; no obstante, ni aún en estos casos de intervención quirúrgica se ofrecía un verdadero consentimiento informado, y a lo más que se llegaba era a lo que se ha dado en llamar un “asentimiento presionado”, es decir, se facilitaba un mínimo de información, pero ofrecida de modo que se garantizaba siempre la conformidad del paciente; ese llamado “asentimiento presionado” no podría nunca equivaler al consentimiento libremente expresado por el paciente y fruto de una verdadera relación de confianza entre el médico y el paciente”<sup>572</sup>.

---

<sup>570</sup> Esta obra de Percival, fue el modelo utilizado por la Asociación Médica Americana para la elaboración de su primer Código de Ética Médica en 1847, siendo muchos de sus pasajes transcripción de la misma. [En Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 81]

<sup>571</sup> Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Págs. 93 y ss.

<sup>572</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 41

Los primeros casos judiciales, ya en el siglo XX, giraban alrededor de la figura legal de negligencia o *malpractice* –el término utilizado sería el de *battery*– con la emisión de cuatro sentencias decisivas<sup>573</sup>. En el caso *Mohr versus Williams* (1905) se dicta una de las primeras sentencias en que se condena a un médico por no haber pedido el consentimiento de su paciente en una operación de oído<sup>574</sup>.

El 1906, el Tribunal Superior de Illinois, en el caso *Pratt versus Davis*<sup>575</sup>, presenta una de las primeras resoluciones sobre consentimiento informado aunque limitada a caso de urgencia extrema y a los casos en que el paciente, libre e intelectualmente capacitado, deja al médico la toma de decisiones sobre su salud. Unos años después, en 1913, en el caso *Rolater versus Strain*<sup>576</sup> vuelve a ser condenado un facultativo por no atender las instrucciones de su paciente que establecían unos límites en la intervención quirúrgica<sup>577</sup>.

Todos estos casos preparaban la sentencia que sí puede considerarse como el inicio de la moderna fundamentación del Consentimiento Informado, tanto en la jurisprudencia norteamericana como, por recepción, en la jurisprudencia de la mayor parte de los países desarrollados y que estableció un principio claramente

---

<sup>573</sup> Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 51

<sup>574</sup> La paciente había dado su consentimiento para ser operada del oído derecho pero, ante la opinión del médico de ser el oído izquierdo el dañado, fue operado de éste. El resultado no fue bueno y la sentencia falló en contra del médico por entender el juez que, el paciente no le había firmado un cheque en blanco y debía haber solicitado el consentimiento para el otro oído antes de proceder a la intervención.

<sup>575</sup> Es la primera sentencia en que se utiliza el término *battery*. Para la *common law* la actuación sobre el cuerpo de un paciente sin su consentimiento, se conceptúa como un asalto y lo identifican con el término *battery*. Según el Código Penal de Nueva York, el asalto criminal con daño –se entendía que era eso lo que sucedía en el caso de realizar una operación sin consentimiento, aunque sus resultados fueran buenos–, es un acto ilícito que conlleva la violación del derecho a decidir aunque no ocasione daño para la salud.

<sup>576</sup> En el primer caso, sin consentimiento de la paciente, el médico realizó una histerectomía alegando que la paciente era incapaz para tomar una decisión por ser epiléptica. En el segundo – caso *Rolater versus Strain*–, a pesar de que la paciente había indicado que no se le quitara ningún trozo del hueso del pie, que tenía infectado, el médico no respetó su voluntad.

<sup>577</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 25

definido. Fue una resolución fundamental e influyente en los casos que le siguieron: se trataba del caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*.

La doctrina se ha manifestado con diferentes opiniones o criterios en la clasificación de las etapas o períodos por los que pasado la doctrina del Consentimiento Informado. Según Beauchamp y McCulloch<sup>578</sup>, en Estados Unidos, ha pasado por tres períodos muy determinados en el tiempo. Las sentencias emitidas en cada uno de ellos, marcaron un hito en su implantación y desarrollo. Estos períodos son:

El primer período, entre 1917 y 1957, está caracterizado por la preocupación de comprobar si el paciente había o no dado su autorización incluyendo alguna descripción general de la intervención a que iba a ser expuesto.

En el segundo período, entre 1957 y 1972, la preocupación estaba mas dirigida a un especial énfasis en la calidad de la información facilitada al paciente.

El tercero, a partir de 1972, el del planteamiento –mal entendido– de que la obligación sólo estaba referido a informar sobre las cuestiones que, de forma rutinaria se hacían sobre los riesgos.

Pero, como decíamos, fue la sentencia del Tribunal Supremo de Nueva York de 1914 en el caso *Schloendorff versus Society of New York Hospital*, en la sala presidida por el juez Benjamín Cardozo, la que introduce un elemento novedoso en lo jurídico. Se trataba de una laparotomía exploratoria, en la que el médico aprovechó para la extirpación del tumor fibroide que se encontró en el abdomen del paciente. El problema era que el paciente expresó de forma muy

---

<sup>578</sup> Beauchamp, T. L. y McCulloch, L. B. (1987), *Op. cit.*, Págs. 72-76

explícita que no quería ser operado. La sentencia dice en sus fundamentos jurídicos: “...todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”<sup>579</sup>.

En realidad la demanda no era contra el médico, sino contra el Hospital por los daños y perjuicios causados. La demanda se sustanciaba más en el derecho civil que en el penal y estaba muy dentro del sistema judicial norteamericano de demanda de responsabilidades económicas. Pero en la sentencia se incluyen todos los componentes esenciales de lo que será el derecho al consentimiento informado: derecho a decidir sobre su cuerpo, o sea sobre su salud y la obligación del médico, en caso de juicio sano del paciente, de cumplir y respetar sus deseos<sup>580</sup>.

Y a partir de esta sentencia<sup>581</sup>, en los EE. UU., se crea un amplio y sólido cuerpo de doctrina sobre el consentimiento informado, que, a lo largo de los años se ampliará y pasará, en opinión de Galán Cortés, por cuatro etapas en el desarrollo de éste.

La primera de ellas es conocida como de *consentimiento voluntario*. El consentimiento debe ser voluntario en todos los casos y esta voluntariedad es

---

<sup>579</sup> Faden, R. R. y Beauchamp, T. L. (1986), *A history and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, Pág. 123 [“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages.”]

<sup>580</sup> La sentencia fue absolutoria para el médico a pesar de haber realizado una operación contra la voluntad del paciente porque la reclamación estaba dirigida contra el Hospital, por responsabilidad por daños. En este caso, el médico utilizaba las instalaciones hospitalarias para llevar a cabo su actividad médica.

<sup>581</sup> Con esta sentencia, la opinión del Juez Cardozo y el caso *Schloendorff*; han pasado a la Historia de la Medicina y del Derecho por ser la primera sentencia judicial que fundamenta su decisión en el reconocimiento expreso a que, la expresión del consentimiento por parte del paciente, es una manifestación de su derecho a la libre determinación. Es el nacimiento del término autodeterminación.

esencial en el proceso. En realidad se trata de una reacción contra los crímenes del Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y los campos de concentración nazis e implementado en el Código de investigaciones de Nuremberg: “*el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial*”<sup>582</sup>. “Esto significa que la persona involucrada debe tener capacidad legal de dar el consentimiento, debe estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección, sin la intervención de ningún elemento de presión, fraude, engaño, coacción o compulsión”<sup>583</sup>.

La segunda etapa o de *consentimiento informado*, propiamente dicho, nace a partir del caso *Salgo versus Lelan Tranford Jr. University Borrard of Trastees*. A partir de este caso, se impone realmente la teoría del consentimiento informado. En la sentencia el juez Bray, del Tribunal de Apelaciones de California, confirmó la condena de dos médicos, un cirujano y un radiólogo, por no haber informado al paciente de los riesgos de una arteriosclerosis severa que padecía. En los fundamentos jurídicos, el juez Bray decía: “...un médico viola sus obligaciones hacia su paciente y se expone a ser demandado si le oculta cualquier hecho que pueda ser necesario y relevante para fundamentar un consentimiento inteligente del mismo al tratamiento propuesto. Asimismo, el médico no puede minimizar los riesgo conocidos de un procedimiento u operación para inducir al consentimiento de su paciente”. Según informa, debe hacerse una revelación completa de los datos aunque puedan explicarse los mismos al paciente, con una cierta dosis de discreción<sup>584</sup>.

---

<sup>582</sup> En 1931, el Ministerio de Sanidad alemán, promulgó unas normas muy estrictas dirigidas a la experimentación con seres humanos manifestando que el consentimiento debe ser emitido por el propio sujeto de modo claro e indubitable. Estas normas no llegaron a llevarse a la práctica. Tras los hechos acaecidos durante la II Guerra Mundial en los campos de concentración alemanes, fue cuando se vió la importancia del consentimiento. Es a partir de los juicios celebrados en Nuremberg y de la elaboración del Código del mismo nombre, cuando se establece una lista de principios, entre ellos el dedicado al consentimiento informado del sujeto humano, utilizando la expresión *voluntary consent*. [Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 165-166; Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 26]

<sup>583</sup> Couceiro Vidal, A. (1991), La información al paciente, *Jano*, Vol. XLI, Pág. 81

<sup>584</sup> Galán Cortes, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 26; Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 167

En definitiva, daba un vuelco total al sistema tradicional de ocultar en lo posible la gravedad al paciente para dirigir su consentimiento. Dos casos relevantes, marcarán el fin de este período. Son los casos *Natansson versus Kline*<sup>585</sup> (1960) y *Berkey versus Anderson*<sup>586</sup> (1962)<sup>587</sup>.

Una tercera etapa posterior es conocida como *consentimiento válido* y aparece a partir del caso *Culver* (1982) en cuya sentencia se dice: “La obtención del consentimiento informado puede ser formalmente correcta y además se puede valorar adecuadamente la capacidad del paciente, pero el consentimiento otorgado puede ser no válido porque interfieran en la decisión diversos mecanismos psíquicos de defensa”.<sup>588</sup>

---

<sup>585</sup> En este caso, se discutió la importancia de los límites de la información emitida. Fue una reclamación por *malpractice* ya que, la paciente, a pesar de haber dado consentimiento para someterse a cobaltoterapia tras una mastectomía radical, no había sido informada de la naturaleza y complicaciones de la misma. La exposición a la terapia le produjo quemaduras en el pecho, piel y cartílagos. La sentencia fue condenatoria ya que, el médico, debería haber informado de todo aquello que fuera razonable para el paciente y que considerara oportuno de ser informado si se encontrara en las mismas circunstancias. Es lo que se llamó el *criterio de la práctica profesional*.

<sup>586</sup> Sentencia del tribunal de Los Ángeles de 1969 en la que se declara que, la información que ha de darse es la que necesita una *persona razonable* para poder tomar una decisión con pleno conocimiento de causa. Se trataba de un paciente al que, por agravamiento de la lesión cervical que padecía, el doctor Anderson realizó una exploración neurológica y posteriormente una mielografía. La información que dio al paciente, sobre esta segunda prueba, fue insuficiente ya que no le indicó que debería ser anestesiado, que sería doloroso y que podría quedarle impotencia funcional de la pierna.

<sup>587</sup> Otros casos cuyas sentencias se basaron en el *criterio de la persona razonable*, fueron los casos *Canterbury versus Spencer*; *Cobbs versus Grant* y *Wilkinson versus Vesey* (todos ellos en 1992). El primero de ellos –pieza importante– analiza como el deber y el contenido de la información no deben quedar al libre arbitrio del médico sino la información que un hipotético paciente razonable desearía conocer para que éste pueda efectuar una elección inteligente. Queda con ella consolidado el *criterio de persona razonable* y en referencia a los términos utilizados por los jueces en sus sentencias, referido a la expresión *reasonable person* al definir el tipo de información a facilitar. En el segundo caso, el juez entendió que, sopesar los riesgos de una intervención, frente a las esperanzas y temores subjetivos e individuales del paciente, no es la competencia de un experto. Esa evaluación y decisión es un juicio no médico que sólo tiene reservado el paciente. En el tercer caso, mantenía igualmente que la decisión de que se llevara cabo un procedimiento con terapia requería una valoración de los valores del paciente, evaluación que no es exclusivamente competencia médica sino del propio paciente. [Faden, R. y Beauchamp, T. L. (1986), *Op. cit.*, Págs.132 y ss.]

<sup>588</sup> Galán Cortés, J. C. (1999), *Art. Cit.*, Págs. 5-12



Consecuentemente al introducir una duda en la validez del consentimiento de naturaleza difícil de contrastar por actores no especialistas, el paciente, e incluso el médico que necesariamente no es un especialista, establecía una cierta tutela legal. Para Faden y Beauchamp, “el problema central de la intencionalidad en el ámbito del consentimiento informado es llegar a conocer que deseos son condiciones necesarias para que una acción sea intencional y que requisitos deben cumplirse para que el consentimiento sea válido”<sup>589</sup>.

Esta tercera etapa se situaría entre los años 1975 y 1989, con un importante debate ético y una mayor implicación social de la comunidad científica sobre la dimensión moral y la responsabilidad referida a su ámbito de actuación.

El último caso relevante que podríamos citar tras el caso *Canterbury*, es el caso *Truman versus Thomas* (1980) ya que su sentencia marca, de alguna forma, el final de la evolución de la doctrina de la *common law* en relación con el consentimiento informado. La sentencia condenatoria por negligencia profesional, en concreto por *malpractice*, surge tras una demanda por no haber informado correctamente de los riesgos que corría una paciente al negarse a que se realizara una citología vaginal periódica –como método de *screening*– para diagnóstico preventivo. Es la primera vez que se condena por no cumplir con la obligación de informar de los riesgos que implica tanto el hacer como el no hacer<sup>590</sup>.

La cuarta y última etapa, por lo menos hasta el momento, se denomina del *consentimiento auténtico*, que si bien se entiende como la decisión del paciente,

---

<sup>589</sup> Faden, R R. y Beauchamp, T. L. (1986), *Op. cit.*, Pág. 244 [“*Wanting, Willing, and Acting Intentionally*. For a theory of informed consent, a central problem about intentionality is whether special kinds of wants or desires are necessary conditions of intentional action.”]

<sup>590</sup> Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Págs. 63-64

no es la decisión voluntaria, sino auténtica, o sea que se encuentra plenamente de acuerdo con el sistema de valores del individuo»<sup>591</sup>.

Pero, como manifiesta Couceiro<sup>592</sup>, “la autenticidad de un acto viene dada por la coherencia del mismo con el sistema interno de valores que tiene el sujeto. Cuando el enfermo realiza una elección que va en contra del sistema de valores y actitudes propio de su vida, hay razones de peso para afirmar que ese consentimiento no es auténtico”.

Se puede situar su inicio, en la década de los noventa, cuando se observa una «intensificación e institucionalización del discurso ético, sobre todo en el campo de la investigación y de la educación científica». En este contexto se entiende la conocida sentencia del Juez Hooft de Argentina, respaldando la decisión de un paciente a no permitir la amputación de una de sus piernas, – decisión que acarrió su muerte– en la que establecía que el no respetar la negativa, habría sido una violación de su esfera de libertad personal, de su intimidad y de su privacidad, y por lo tanto, una grave ofensa a su dignidad humana<sup>593</sup>.

En opinión de Ruiz Vadillo, “...lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su infinita dignidad, y que esta información sea auténtica, humana, en el sentido de acompañarla el calor debido a algo tan trascendente como son las decisiones en

---

<sup>591</sup> Galán Cortés, J. (2001), *Op. cit.*, Pág. 27

<sup>592</sup> Couceiro Vidal, A. (1991), *Art. cit.*, Pág. 81

<sup>593</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 3, Mar del Plata, setiembre 18 de 1995.- "En una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el *right of privacy* de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad...".

las que puede estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica”<sup>594</sup>.

En Europa las “*Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre*”, que vieron la luz en Alemania en 1931, permitían las experimentaciones de tipo terapéutico en los pacientes sin el consentimiento de los mismos, y prohibía la experimentación en menores de 18 años y en moribundos, al considerar que no estaban capacitados para otorgar dicho consentimiento por entender falta de capacidad para ello<sup>595</sup>.

En el Reino Unido, el *Medical Research Council*, publicaba en 1948, los resultados del primer ensayo clínico en humanos, que demostraba la efectividad de la estreptomina en el tratamiento de la tuberculosis iniciándose así, la era del ensayo clínico moderno. Este acontecimiento y la aprobación del Código de Nuremberg, van a marcar el inicio de la ética y su relación con el mundo de la investigación clínica en humanos<sup>596</sup>.

La extensión de los litigios por vulneración del derecho al consentimiento informado, que se multiplicaron a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, tanto en EE. UU. como en países europeos –Alemania o Francia–, si bien generaban jurisprudencia, también se convirtieron en la primera causa de procesos judiciales contra facultativos.

Teniendo en cuenta todo ello, el “*Manual de ética del Colegio de Médicos Americano*” establece, en 1984, las bases sobre las que los facultativos considerarán el consentimiento informado: “... consiste en la explicación, a un

---

<sup>594</sup> Ruiz Vadillo, E. (1996), *La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales*, Madrid, Instituto de Fomento Sanitario [En Fraga Mandián, A. y Lamas Meilán, M. M. (1999), *Op. cit.*, Pág. 19]

<sup>595</sup> Galán Cortés, J. C. (1999), *Art. cit.*, Pág. 6

<sup>596</sup> Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Págs. 73 y ss.

paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de sus enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente<sup>597</sup>.

Por otra parte ya en 1994, la *Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa*, como resultado de unas Jornadas Europeas sobre los derechos de los pacientes celebrada en Ámsterdam en marzo de 1994, reunida bajo convocatoria de la Organización Mundial de la Salud, con la pretensión de ser un instrumento para el desarrollo de los derechos de éstos, estableció –entre otros– los siguientes puntos<sup>598</sup>:

- La información sólo puede ocultarse a los pacientes excepcionalmente cuando existan buenas razones para pensar que esta información les causará graves daños sin ningún efecto positivo.
- El consentimiento del paciente es requisito previo para cualquier intervención médica.
- Un paciente tiene el derecho de rechazar o interrumpir una intervención médica. Las consecuencias del rechazo o de la interrupción, deben ser cuidadosamente explicadas al paciente.

---

<sup>597</sup> Simon Lorda, P. y Concheiro Carro, L. (1993), El consentimiento informado: teoría y práctica (I), *Med. Cli.*, núm. 100, Págs. 659-663

<sup>598</sup> Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa. EUR/ICP/HLE 121, Disponible en [http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam\\_derpac\\_ing.pdf](http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam_derpac_ing.pdf) (Traducción personal)

- Cuando un paciente sea incapaz de expresar su voluntad y la intervención médica sea urgente, se presumirá el consentimiento del paciente, a menos que sea obvio, por una declaración de voluntades anticipadas previa, que en dicha situación el consentimiento sería denegado.

- Cuando el consentimiento de un representante legal sea necesario y la intervención quirúrgica sea urgente, dicha intervención podrá realizarse si no ha sido posible obtener a tiempo el consentimiento del representante.

- Cuando sea necesario el consentimiento de un representante legal, los pacientes (menores o adultos) deben ser consultados en el proceso de la toma de decisión de la forma más adecuada a su capacidad.

- Si un representante legal no quiere dar el consentimiento y el médico u otro profesional es de la opinión que la intervención beneficia al paciente, la decisión debe someterse a tribunales o a alguna forma de arbitraje.

- En todas las demás situaciones donde el paciente no puede dar consentimiento y además no exista representante legal o representante designado por el paciente para este propósito, deben tomarse medidas adecuadas para un proceso de toma de decisiones diferente, teniendo en cuenta todos los datos conocidos, con la mayor extensión posible o, que puedan presumirse sobre los deseos del paciente.

- El consentimiento del paciente se necesita para la conservación y uso de todas las partes del cuerpo humano. El consentimiento se presumirá cuando éstas, sean utilizadas en el proceso de diagnóstico, tratamiento y cuidado del paciente.

- El consentimiento informado del paciente es necesario para su participación en docencia clínica.

- El consentimiento del paciente es requisito previo para la participación en la investigación científica. Todos los protocolos deben estar sometidos a procedimientos de revisión éticos adecuados. Dicha investigación no debe llevarse a cabo con aquellas personas incapaces de expresar su voluntad a menos que se haya conseguido el consentimiento de su representante legal y que la investigación sea en interés del paciente.

Como una excepción a que la investigación sea en interés del paciente, una persona incapacitada puede participar en investigaciones observacionales que no beneficien directamente a su salud, mientras no ponga objeción, que el riesgo sea mínimo y que la investigación tenga un valor médico relevante y no existan métodos alternativos ni haya otros sujetos disponibles para participar en la investigación.

Según Simón, la acogida de esta Declaración, no obtuvo la acogida esperada, probablemente porque la firma del conocido como Convenio de Oviedo, el 4 de abril de 1997, eclipsó esta y otras declaraciones de derechos de los pacientes<sup>599</sup>.

De todas formas la jurisprudencia de los diversos países priorizan, en ocasiones, unos supuesto de derecho sobre otros, de manera que parece se trata más de conformar un marco jurídico que abarque las múltiples posibilidades que se dan en las relaciones médicos-pacientes, que de establecer una normativa concreta que sirva en todos los casos. Estamos en un criterio en el que prima la

---

<sup>599</sup> Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 72

condición humana, los derechos de la persona sobre otras consideraciones. O sea que los límites priorizados son los de los derechos del paciente<sup>600</sup>.

Esta posición no es totalmente compartida en algunos supuestos, especialmente cuando intervienen tutores o representantes legales. Es de sobra conocido el caso de los Testigos de Jehová y sus tutores, normalmente los padres, que no consienten ciertas actuaciones médicas por razones religiosas. Por lo general, en caso de conflicto entre médico y tutor, el juez, en su decisión, se pronuncia por los derechos del menor a la vida y la salud<sup>601</sup>.

En este caso colisionan dos derechos y prevalece, de acuerdo con el artículo 216 del Código Civil<sup>602</sup>, el derecho del menor: “Art. 216.- Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158<sup>603</sup> de este Código podrán ser acordadas también por el

---

<sup>600</sup> Galán Cortes, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 29

<sup>601</sup> En opinión de Romeo Casabona, “en estos casos las personas afectadas ponen en peligro su vida o ponen fin directamente a ellas en aras del ejercicio de su protesta reivindicativa o de mantenerse fieles a los postulados de su credo. En suma, están dando prioridad al derecho de expresión o de libertad religiosa o de conciencia frente a su derecho a la vida, al rechazar una intervención médica que puede ser vital. Para estas personas, en tales situaciones extremas, tiene mas valor aquellos que ésta, que la vida, que están dispuestos a sacrificar en favor de sus objetivos o de sus creencias”. [Romeo Casabona, C. M. (1995c), Los testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre, *Jano*, Vol. XLVIII, núm. 1114, Pág. 63]

<sup>602</sup> Redactado por la Ley 13/1983, del 24 de octubre (BOE núm. 256, de 26 de octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela. El párrafo segundo fue introducido por la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero (BOE núm 15, de 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor.

<sup>603</sup> CE.- Artículo 158.

El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.- Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.- Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.- Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

Juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

La jurisprudencia internacional en la materia, entiende de forma prácticamente unánime que el cuerpo facultativo debe informar veraz, completa y claramente al paciente sobre su estado de salud, los riesgos del tratamiento de las intervenciones y recabar su consentimiento, no sólo de una forma global sino en cada uno de los pasos importantes del procedimiento sanador al ser esta una obligación prestacional, en la relación contractual existente entre el médico y el paciente, y así reconocida en los ordenamientos jurídicos<sup>604</sup>.

Tanto la jurisprudencia italiana como la francesa sostienen que la información al paciente es un factor esencial en la responsabilidad del médico y que esta responsabilidad es una obligación de orden general.

Para Galán Cortés, “El contenido del contrato de servicios médicos no puede agotarse con una simple y mecánica observación del aspecto técnico de la *lex artis*, sino que la prestación debe verse presidida por una actuación concordante con los principios de corrección y buena fe (art. 7.1 del Código Civil<sup>605</sup>). Se puede así considerar incumplidor a quien, siendo, en principio, aparentemente diligente en la ejecución del aspecto principal de su deber

---

4.- En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Redacción según la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, (BOE núm. 296 de 11 de diciembre) de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y del Código Civil, sobre sustracción de menores.

<sup>604</sup> CC.- Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

<sup>605</sup> CC.- Artículo 7.1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.



prestacional, incumple los deberes de corrección y buena fe. El incumplimiento de estos deberes configura una presunción de culpa, que se traduce en una imputación de responsabilidad no condicionada, al análisis de la diligencia empleada en la ejecución del aspecto técnico *per se* de su prestación, en tal forma que la responsabilidad civil en que incurrirá el profesional que incumplió los mentados deberes de corrección y buena fe es de carácter objetivo”<sup>606</sup>.

El consentimiento informado es, pues, no sólo un derecho del paciente sino también una exigencia ético-jurídica ineludible para el facultativo<sup>607</sup>, y sólo la voluntad de cada persona es su propio árbitro ante la decisión de aceptar una intervención médica, aún cuando negarse a ésta pueda ocasionar una muerte segura. Como manifiesta Romeo Casabona, “esta exigencia se deriva también de que el médico no puede asumir él solo la responsabilidad de una intervención, sino que la debe hacer compartir con el paciente, iniciando a éste en las posibilidades y riesgos que entraña el tratamiento, interrogándole sobre su voluntad de soportar dichos riesgos, y por tanto, la intervención”<sup>608</sup>.

En palabras de De Lorenzo y Sánchez Caro<sup>609</sup>, “El consentimiento es por tanto, la justificación misma de la legitimidad del acto médico, basado en el derecho del paciente a su autonomía o autodeterminación”.

---

<sup>606</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 30.

<sup>607</sup> Galán Cortés, J. C. (1999), La responsabilidad médica y el consentimiento informado, *Rev. Med. Uruguay*, núm. 15, Pás. 5-12

<sup>608</sup> Romeo Casabona, C. M. (2002), “El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente. Aspectos jurídicos”, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Barcelona, Fundació Victor Grifols y Lucas, Pág. 66

<sup>609</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Pág. 66

### 3.1.6.- Regulación legal.

A partir de la década de los 40 del siglo pasado, tras conocerse las atrocidades cometidas durante la II Guerra Mundial, la protección de los derechos de los ciudadanos y más especialmente la de los pacientes ha sido y sigue siendo una preocupación de todos los implicados en ello. Así, el derecho a la autonomía del paciente se recoge expresamente en Convenios internacionales que, tras haber sido firmados y ratificados por España, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96 CE)<sup>610</sup>. También debe ser tenido en cuenta en su interpretación al tratarse, como ya hemos comprobado, de un derecho fundamental, derechos fundamentales que se regulan en nuestra Carta Magna en los artículos 10, 15 y 16.

Las normas internacionales a las que haremos referencia, son, como ya hemos visto: el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 del Consejo de Europa, y la Carta Europea de Derechos Humanos.

Como ya indicamos en el apartado 1.4.1, el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972 –artículo 148.4– regulaba los derechos de los pacientes en régimen de internamiento. En opinión de Quintana, era una “muy embrionaria declaración de los derechos de los pacientes”<sup>611</sup>.

Más tarde, en 1978, por Decreto 2082/78 de 25 de agosto del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social<sup>612</sup>, se garantizarán una serie de derechos de los

---

<sup>610</sup> CE.- Artículo 96: 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

<sup>611</sup> Quintana, O. (1994a), El consentimiento informado para mejora de la asistencia, editorial de *El Médico*, Pág. 9

<sup>612</sup> Tortosa Simancas, J. (1982), *Op. cit.*, Págs. 39 y 285 y ss.

pacientes, usuarios de Centros Sanitarios, de carácter obligatorio y por lo tanto con naturaleza jurídica que eran una verdadera Carta de Derechos y Deberes de los pacientes<sup>613</sup>. Pero, apenas tuvo aplicación ya que además de no difundirse entre los pacientes y usuarios de los centros, el TS<sup>614</sup> declaró nulo el decreto por falta de forma al haberse omitido el dictamen preceptivo del Consejo de Estado<sup>615</sup>.

Como último antecedente, es importante citar el *V Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud* de 1 de octubre de 1984<sup>616</sup>, documento a través del cual se implantó en todo el territorio nacional, la Primera Carta de Derechos y Deberes del Paciente, que, en su punto cuarto, hacía referencia al derecho a la información. La Ley 14/1986, General de Sanidad, será la que dé a este documento, el valor de instrumento básico en el reconocimiento de sus derechos<sup>617</sup> y obligaciones<sup>618</sup>.

---

<sup>613</sup> Martínez Aguado, L. C. (1997), Análisis de los derechos y deberes de los pacientes, *Todo Hospital*, núm. 142, Pág. 33

<sup>614</sup> STS de 29 de abril de 1982 (Sala de lo Contencioso) y de 10 de diciembre de 1982.

<sup>615</sup> Romeo Casabona, C. M. (1992), *Op. cit.*, Pág. 181-182

<sup>616</sup> V Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria. (1984), Madrid, Instituto Nacional de la Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo, Pág. 19

<sup>617</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.- Artículo Diez: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.
2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.
4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
5. A que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))
6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:
  - a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, el origen de los derechos fundamentales del paciente, arranca del artículo 17.1 de la Constitución Española<sup>619</sup>. En este contexto se dan dos excepciones: las derivadas de la protección a la Salud Pública (regulado por Ley Orgánica de Medidas Especiales

---

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones; en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))

9. Negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))

10. A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a el allegada recibirá su informe de alta. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

<sup>618</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.- Artículo Once: Serán obligaciones de los ciudadanos con las Instituciones y organismos del sistema sanitario:

1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios.

2. Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las Instituciones sanitarias.

3. Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales.

4. Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la dirección del correspondiente centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta. ([Apartado derogado por Ley 41/2002](#))

<sup>619</sup> CE.- Art. 17.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.

en materia de Salud Pública de 14 de abril de 1986). Si un paciente constituye un peligro para la Salud Pública, puede ser retenido contra su voluntad y someterlo a cuarentena. Y la segunda se refiere al internamiento, por la fuerza, de un enfermo mental según el artículo 763 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Criminal<sup>620</sup>.

---

<sup>620</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 7, de 8 de enero) Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

Una de las más importantes normas aprobadas en relación con este tema, fue la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, en la que se establecía, en su artículo 2º, los derechos básicos de los consumidores y usuarios, aunque desde un criterio muy general. Pero significó un avance en dichos derechos, aún cuando los servicios médicos de tratamiento y asistencia eran difícilmente encajables.

El artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, derogado por la ya tan citada Ley 41/2002, ya establecía el derecho del paciente a elegir o rechazar, el tratamiento –entre las posibilidades que se le ofrecían–, con las excepciones de que, la no intervención supusiera un riesgo para la salud pública, se constataste su incapacidad para decidir o cuando la urgencia no permitiera demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

Este artículo, fue derogado por la Ley 41/2002, y sustituido con el contenido de los artículos 4 y siguientes. Estos artículos constituyen hoy el marco legislativo central del derecho a la información y al consentimiento informado en nuestro ordenamiento, y de ellos pueden extraerse tres consideraciones acerca del deber de información.

La primera que “los pacientes y los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos”<sup>621</sup>, reconociéndoles unos derechos en cuanto a *Información no clínica*.

---

<sup>621</sup> Artículo 12. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y artículo 10.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El art. 12.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, recoge que “Los Servicios de Salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos.

Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

La segunda consideración nos sitúa en el derecho a la información pero, en este caso, a una *Información asistencial*. Es así que en su artículo 4.1 reconoce que “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información que, como regla general, se proporcionará verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

La tercera consideración hace referencia a la exigencia de contar con un *Consentimiento informado*. La ley, en su artículo 8.1, recoge que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información asistencial, haya valorado las opciones propias del caso” pero, entendiendo que pueden darse situaciones en las que no sólo puede estar afectado el derecho del paciente sino que, su decisión, puede menoscabar otros bienes o derechos personales o colectivos, en su artículo 9.2, aclara que “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización,

---

Dentro de esta información no clínica, también puede ser mencionada la información para la elección de médico y centro, regulada en el artículo 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, según el cual “los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de la Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes”.

consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él<sup>622</sup>.

Para esta no exigencia de contar con el consentimiento del paciente, el primer caso –riesgo para la salud pública–, se fundamenta en la ya citada Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, de 14 de abril de 1986.

En el caso de incapacidad del paciente para tomar decisiones, es necesario distinguir entre incapacidad legal, sobre la que sólo puede pronunciarse el juez, y la incapacidad manifiesta, o sea que se refiere a quién sin ser declarado legalmente incapaz está, a causa de tener alteradas o disminuidas sus facultades intelectuales, emocionales, volitivas o perceptivas, incapacitado para tomar decisiones. En otro orden de valores, se considera también incapacitados para tomar decisiones a los menores, por lo que, en su caso, será su tutor legal quién autorice o no las intervenciones y tratamientos correspondientes.

En el tercer caso, se establece la facultad del médico a intervenir siempre y cuando una demora para conseguir el consentimiento informado pudiera significar un grave peligro para su vida. Aunque se recomienda intentar conseguir dicho consentimiento de un familiar del paciente. Pero siempre cabe la posibilidad que la voluntad del paciente pueda ser expresada anticipadamente, que formule las directivas que crea conveniente para casos extremos o en los que no pudiera, por las razones que fueren, expresar su voluntad.

---

<sup>622</sup> El artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha refundido en dos causas los supuestos de no exigencia del consentimiento informado que, con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se regulaban, en tres causas, en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad.



Desde luego no sólo son derechos los que establece la Ley General de Sanidad, ya que, en el artículo 11 plantea una serie de deberes que, en su casi totalidad, son más de tipo funcional que otra cosa<sup>623</sup>.

El 1 de enero de 2000 entra en vigor en España el “*Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa*”, firmado en abril de 1997 en Oviedo<sup>624</sup>. En su preámbulo hace una declaración de principios que dice: “Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es la de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; Conscientes de los rápidos avances de la biología y la medicina, Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad; Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina; Afirmando que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras; Subrayando la necesidad de una cooperación internacional para que toda la Humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la biología y la medicina; Reconociendo la importancia de promover un debate público sobre las cuestiones planteadas por la aplicación de la biología y la medicina y sobre las respuestas que deba darse a las mismas; Deseosos de recordar a cada miembro del cuerpo social sus derechos y

---

<sup>623</sup> Ley General de Sanidad.- Art. 11.- Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario: 1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios.

2. Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las instituciones sanitarias.

3. Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales.

4. Este apartado, fue derogado por la ley 41/2002 y estaba referido a la obligación de firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento.

<sup>624</sup> Publicado en el BOE núm. 251, de 20 de Octubre de 1997

responsabilidades; Tomando en consideración los trabajos de la Asamblea Parlamentaria en este ámbito, comprendida la Recomendación 1160 (1991) sobre la elaboración de un Convenio de Bioética; Decididos a adoptar las medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, para garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona” que ha informado posteriores documentos de este tipo.

Pero, el artículo más importante para el tema de este trabajo es el 5º, que contempla: “Regla general. Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.

En los siguientes capítulos, el Convenio, se refiere a los pacientes que no tienen capacidad de decisión, menores, enfermos mentales, etc. y los supuestos de urgencia más arriba citados. Es importante el artículo 10 por cuanto introduce el derecho a ser informado el paciente pero también a renunciar tal derecho<sup>625</sup>.

En esta misma línea se sitúa, también, el artículo 3º de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>626</sup>, en la que dentro del ámbito del

---

<sup>625</sup> Convenio de Oviedo.- Artículo 10. Vida privada y derecho a la información. 1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud. 2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada. 3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2.

<sup>626</sup> En opinión de Rodríguez Barribón, “el alcance normativo que se desprende de la Carta (...) no queda limitado al de una mera Declaración como las que le han precedido; antes al contrario, se aleja de aquellas formulaciones (...) convirtiéndose en un auténtico factor de promoción de los derechos fundamentales de la Unión Europea”. [Rodríguez Barrigón, J. M. (2005), *Unión europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: La cuestión abierta de la adhesión*, *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol XXIII, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, Pág. 102]

Derecho a la integridad física y psíquica, dispone en su punto segundo que en el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la Ley<sup>627</sup>.

También hemos de referirnos a los artículos 10<sup>628</sup> y 15<sup>629</sup> de la Constitución Española reconociendo la dignidad de la persona y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. La comprensión de estos preceptos exige interpretarlos a la luz de los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España y fundamentalmente, en esta materia, a la luz del Convenio de Oviedo, tal como establece en su artículo 5, reseñado anteriormente. Como consecuencia del reconocimiento que ambos postulados recogen –Constitución y Convenio de Oviedo–, la Ley 41/2002, en su artículo 2.1, que comienza precisamente por destacar el fundamento ético del consentimiento informado, viene a disponer lo siguiente: “La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> Plaza Penadés, J. (2002), El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, *Revista de derecho patrimonial*, Monografía núm. 7, Cizar (Navarra), Aranzadi, Págs. 89 y ss.

<sup>628</sup> CE.- Artículo 10: 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>629</sup> CE.- Artículo 15: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

<sup>630</sup> Su promulgación se recomendó como necesaria con la finalidad de establecer pautas claras que unificaran los elementos, cantidades y formas de la información, respondiendo a esta finalidad la Propuesta de regulación de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica surgida del dictamen final del grupo de expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo. [En Junceda Moreno, J. et al. (2005), *Op. cit.*, Pág. 64]

Respecto al artículo 16.1 de la Constitución, introduce un elemento que ya se ha mencionado y es susceptible de problemas de interpretación: el derecho a la libertad de conciencia y religión. Aunque el problema de hecho sólo surge en los casos en que o bien el paciente está incapacitado psíquicamente o es menor de edad.

Tampoco podemos obviar que, como en todo contrato, el consentimiento de los contratantes es el elemento esencial para su válida constitución y así está recogido en el artículo 1261.1 del Código Civil<sup>631</sup> que, aunque no refiere directamente al derecho a la información en el ámbito sanitario, también se aplica a la relación contractual existente entre el médico y el paciente.

Según Alonso Olea<sup>632</sup>, el término se ha consagrado en la Carta 2000/CE 364/01, de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, en su artículo 3.1.2, prescribe respecto a la integridad de la persona que: “1º Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2 En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley...”.

Las normativas legales sobre consentimiento informado se han incluido en las leyes, decretos y directrices de las Comunidades Autónomas que sin muchas discrepancias, siguen los criterios establecidos en las normativas españolas y europeas<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> Código Civil.- Art. 1261.1: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca. 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca.

<sup>632</sup> Alonso Olea, M. (2001), *Art. cit.*, Pág. 8

<sup>633</sup> Con anterioridad a la aprobación de la Ley básica 41/2002, varias comunidades autónomas habían legislado la materia. La primera en hacerlo fue Cataluña, a través de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, del Parlament de Catalunya, También en Galicia (la Ley 3/2001, de 28 de mayo), y Navarra (Ley foral 11/2002, de 6 de mayo). Con posterioridad a la aprobación de esta

### 3.1.7.- Factores humanos que intervienen en la relación médico-paciente

Como ha manifestado Gracia, en las últimas dos décadas, la forma de relacionarse el médico con el paciente, ha cambiado más que a lo largo de muchos siglos<sup>634</sup>. En estos momentos, la comunicación entre médico y paciente depende, en parte, de la especialidad del médico. Un médico de familia establece una relación prácticamente por vida con el paciente, que sigue cuando está sano y se fundamenta en un mutuo conocimiento que se desarrolla a través de los años, aunque en los últimos tiempos la figura del médico de familia queda difuminada ante la masificación de la medicina ambulatoria. En cambio, la relación del médico especialista con el paciente se desarrolla a otro nivel y en otras condiciones.

Cierto es, como se ha comentado, que la relación médico-paciente ha cambiado en los últimos años, pasando de una relación vertical en la que el médico, una vez informado de los problemas del paciente decidía, a una relación de respeto por ambos roles, en el que los derechos de decisión del paciente priman sobre las decisiones puramente facultativas<sup>635</sup>.

A este nuevo planteamiento se ha objetado que el médico es quien mejor conoce cómo cuidar al paciente y cuáles son los mejores tratamientos, por lo que las mejores decisiones las debe tomar él. Consultar al paciente sólo provoca confusión, especialmente en el paciente que, en el mejor de los casos, entiende poco o mal lo que le explica el médico. En realidad el problema no es quién puede tomar la decisión más adecuada, sino quién tiene derecho a decidir sobre

---

Ley básica, en Valencia se ha aprobado también la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente y en Extremadura, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente.

<sup>634</sup> Gracia, D. (1988a), Los cambios en la relación médico-enfermo, *Med. Cli.*, núm. 93, Págs. 100-102

<sup>635</sup> Lázaro, J. y Gracia, D. (2006), *Art. cit.*, Pág. 12

una persona: él mismo o un extraño. No se trata de un problema profesional, de conocimiento, sino humano, o sea ético<sup>636</sup>.

Desde luego, a un planteamiento conceptual siempre se le enfrenta su opuesto y así han aparecidos autonomistas extremos que defienden la autonomía total del paciente, que el médico está a las órdenes del primero y sólo debe hacer lo que aquel le indica. Lo cual no deja de ser absurdo pues el paciente –excepto que sea a su vez médico– no está preparador para tomar decisiones técnicas ni impartir órdenes que el médico, en uso de sus también derechos, no está quizás dispuesto a obedecer.

En definitiva, que la relación médico-paciente debe regirse por una relación de respeto entre ambos, información del facultativo al paciente y de confianza del paciente en las propuestas del médico.

En opinión de Quintana Trías, “Un paciente bien informado es un paciente que tiene unas expectativas acordes con la realidad. Es la mejor forma de prevenir la insatisfacción. Una de las causas más habituales de insatisfacción de los pacientes con la asistencia sanitaria es haberse creado unas expectativas poco acordes con la realidad. El paciente con una patología severa, que no tiene tratamiento curativo, se sentirá frustrado si no se restablece completamente aunque se le haya dado una asistencia excelente. La única forma de que esté satisfecho con la asistencia que recibe, dando por supuesto que es la adecuada, es que conozca toda la información en relación con su enfermedad. De esta forma adecuará sus expectativas a la realidad”<sup>637</sup>.

---

<sup>636</sup> Sáinz Rojo, A. (1997), Como lograr una óptima relación médico paciente. El consentimiento informado, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 25, Pág. 61-62

<sup>637</sup> Quintana Trías, O. (1996), “Bioética y Consentimiento Informado”, en *Materiales de Bioética y Derecho*, Casado, M. ed., Barcelona, Cedecs, Pág.161

El cambio que se ha producido en esta relación médico-paciente está en consonancia con el cambio de valores de cada individuo y de la sociedad moderna en conjunto. Y para conocer los valores del individuo hay que preguntárselos. El individuo, en nuestro marco social, tiene unos derechos que, según la doctrina y especialmente la percepción social, están por encima, en algunos casos, de la propia sociedad. Pero los derechos de los unos colisionan, frecuentemente, con los derechos de los otros y especialmente los derechos que se consideran como inherentes a los profesionales.

Tres son los factores humanos que intervienen en la relación médico-paciente. En primer lugar el propio *paciente* que tiene sus planteamientos, en muchos casos matizados o exagerados por sus circunstancias, la enfermedad que le genera ansiedad. A pesar de todos sus derechos, con mucha frecuencia el paciente se niega a tomar decisiones y las deja en manos del médico. No significa que renuncie a dichos derechos, sino que delega en quién es, por su profesión, un especialista.

Por otra parte está el *médico* que se resiste a conceder demasiada autonomía al paciente porque entiende que este hecho merma su autoridad ya que, en opinión de Quintana Trías, “Además, hacer partícipe al paciente en las decisiones implica informarlos debidamente de los pormenores de la enfermedad, de su diagnóstico, de las alternativas del tratamiento y del pronóstico. Este tipo de información exige conocimiento, no sólo científico, que es importante, sino también de comunicación. Hay que saber transmitir, en lenguaje sencillo, inteligible para el paciente, una información que debe tener en cuenta las probabilidades de que suceda lo previsto. La medicina es una ciencia en la que todos los sucesos se expresan en cálculo de probabilidades. No hay nada seguro.

En definitiva se trata de un triple problema de conocimiento, aptitud para transmitir información y actitud de empatizar y compartir con el paciente”<sup>638</sup>.

Y, por último, especialmente en las sociedades mediterráneas hay que tener en cuenta a la *familia* que, de una manera u otra, mediatiza el principio de autonomía, interviniendo en la toma de decisiones. Y la mediatiza, por ejemplo, ocultando información, tergiversándola, interpretándola en función de sus particulares puntos de vista o conceptos sociales, etc.<sup>639</sup>.

La información que se suministra a un paciente, a la largo del proceso de una enfermedad, es un proceso lento y gradual. En el transcurso del cual la relación se afirma y entra en un proceso de mutua confianza. El consentimiento informado se convierte en un dialogo entre el médico y el paciente, en el que el primero informa al segundo y le forma en los síntomas, causas y efectos de su enfermedad. Y si éste no lo entiende, se lo aclara de modo y manera que tenga todos los datos necesarios para tomar su decisión.

Se trata de un proceso que se desarrolla en el tiempo y que muchas de sus implicaciones no pueden, incluso no deben, ponerse por escrito ya que por una parte es imposible y por otra no dejarían de romper de algún modo la confianza que se ha creado y que es necesaria. El documento debe contener la garantía del médico, de que su paciente ha sido perfectamente informado, y la del paciente que consiente en el tratamiento o la intervención. Se trata pues no de una información, que ésta ha sido anterior, sino de un documento de compromiso que vale tanto para el paciente, que explicita su consentimiento concreto a su tratamiento y como defensa para el médico de que ha informado al paciente y este ha decidido consecuentemente.

---

<sup>638</sup> Quintana Trías, O. (1996), *Op. cit.*, Pág. 162.

<sup>639</sup> Sáinz Rojo, A. (1997), *Art. cit.*, Pág. 65



Hay que tener en cuenta que la mayoría de conflictos que plantean en los tribunales los pacientes, son por falta de información o de insuficiencia de comprensión de la misma por el paciente. Como manifiesta Ruiz Vadillo, “la información es necesaria y constituye la plataforma imprescindible sobre la que puede y debe construirse el consentimiento”<sup>640</sup>.

En opinión de Guerrero Zaplana, “La relación innegable que se establece entre la exigencia del consentimiento informado con la dignidad de la persona, a la que ya nos hemos referido, hace que deba entenderse que la exigencia de información debe ser totalmente individualizada y acomodada a las circunstancias de cada paciente, y ello pues las necesidades de información pueden ser muy distintas aún en relación a pacientes con la misma patología. Qué duda cabe de que hay pacientes que preferirían que se les informe poco sobre el tratamiento al que van a someterse o sobre los riesgos que se pueden producir y prefieren mantener un cierto desconocimiento como garantía de su tranquilidad personal; otros prefieren una información exhaustiva tanto sobre el tratamiento como sobre las alternativas de las que dispone la ciencia; otros prefieren renunciar a la información y autorizar al médico la práctica de las actuaciones que considere convenientes mientras que otros preferirán que las decisiones las tomen personas de su confianza previamente señaladas. Precisamente el respeto a la dignidad de la persona es lo que aconseja que se permita que en cada caso la información y el consentimiento se presten del modo que resulte más acorde a las condiciones propias del paciente, que es el titular fundamental del derecho a la información”<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> Ruiz Vadillo, E. (1997), Prólogo a *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios* de J. C. Galán Cortés, *Op. cit.*, Pág. 12

<sup>641</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 46

### 3.2.- Presupuestos del Consentimiento Informado

#### 3.2.1.- Sujetos titulares del derecho a la información en el ámbito sanitario

Parece evidente que es el paciente el principal titular de este derecho o bien jurídico y por lo tanto, quien debe recibir la información y autorizar las intervenciones –sujeto del consentimiento– que, sobre su propio cuerpo, deban llevarse a cabo, siempre y cuando tenga suficiente capacidad de juicio y su discernimiento se lo permita. Pero, también es cierto, que como reseña Alonso Olea<sup>642</sup>, debemos distinguir entre el sujeto receptor –el paciente– y el sujeto emisor –el médico– de la información puesto que del consentimiento, como decimos, siempre será sujeto el paciente.

##### i. Sujeto emisor

El sujeto obligado a facilitar información, según el artículo 4.3<sup>643</sup> de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, es el médico, responsable del paciente<sup>644</sup>. El problema de esa obligación, podría generarse en el caso de ser varios los profesionales que tienen a su cargo al paciente<sup>645</sup>. En esas situaciones, la doctrina

---

<sup>642</sup> Alonso Olea, M. (2001), *Art. cit.*, Págs. 8-11

<sup>643</sup> Ley 41/2002.- Artículo 4.3: El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

<sup>644</sup> Ley 41/2002.- Artículo 3º: Las definiciones legales: A efectos de esta Ley se entiende por: Médico responsable: el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

<sup>645</sup> Como manifiesta Rivera Fernández, “La actuación médica ofrece hoy una complejidad extraordinaria. Cada día es mas frecuente la realización del trabajo médico realizado en equipo, donde el diagnóstico o el tratamiento se hacen depender de una decisión plural asumida por varios facultativos. Esta nueva realidad, especialmente manifestada en la Cirugía, dificulta extraordinariamente, cuando acaece el daño, la determinación de la causa precisa y, dentro de ella, la posible concurrencia de comportamientos culposos. De alguna forma, la participación de una pluralidad de sujetos en la realización del acto médico, hace que la responsabilidad se diluya y sea difícilmente individualizable”. [Rivera Fernández, M. (1997), *Op. cit.*, Pág. 76]

defiende que debe ser el que tenga una mayor implicación en relación con el proceso asistencial al que está sometido el paciente o, el que deba realizar la intervención requerida<sup>646</sup>.

Es en esa línea, en la que se manifiesta la ley al recoger en su artículo 4 que, “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

En este punto se produce una divergencia entre las varias legislaciones – centrales y autonómicas– ya que la redacción del artículo 3º que define la figura del médico responsable<sup>647</sup>, parece indicar que es a éste, o sea al médico que atiende al paciente, a quien le corresponde la función de informar al paciente. Sin

---

<sup>646</sup> Emaldi Cirión, A et al. (2000), *Op. cit.*, Págs. 47-52

<sup>647</sup> En el Documento Final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, al que haremos referencia en otro apartado, ya en el Punto 4.2 se hacía referencia al derecho de los pacientes a tener un médico responsable de su diagnóstico, control y tratamiento en el hospital. Además, reseñaban que “La actual organización de los hospitales no favorece la aplicación de este derecho. La cada vez mayor fragmentación en unidades y subunidades hace que a los pacientes les asista una cierta desolación cuando son ingresados en los hospitales, ya que en la mayoría de los casos carecen de un referente médico único que les dé una información global y les conduzca a lo largo de su estancia en el centro”. [Consulta el 6 de noviembre de 2000], Disponible en <http://www.diariomedico.com/asesor/hnoclinica.html>

embargo en legislaciones autonómicas se contempla la figura del médico informador, como dos sujetos distintos. Entendemos que es más conveniente que coincidan las dos figuras, tal y como parece establecer la Ley 41/2002, en la figura del médico que atiende al paciente por ser quién más confianza tiene con dicho enfermo, y se supone, mejor conoce el caso. Por otra parte aumenta la confianza y la comunicación entre los dos. Igualmente, en ese mismo sentido, se declara el TS en sentencia de 26 de septiembre de 2000, al manifestar que la información, “es de cargo directo y personal del facultativo que va a realizar la intervención”<sup>648</sup>.

Como ya hemos referido, en opinión de Guerrero Zaplana, “La atribución al «médico responsable» de la responsabilidad en la facilitación de la información resulta especialmente importante en los supuestos, cada vez más frecuentes, de asistencias interdisciplinarias o en equipo, en las que intervienen médicos de varias especialidades pero en las que será necesario señalar a uno de ellos como el encargado de canalizar la información hacia el paciente y su familia. Parece de lo más acertado tratar de centralizar en un solo médico (el «médico responsable») toda la información que se pueda precisar a lo largo de un proceso terapéutico; actuar de ese modo garantiza al paciente y a la familia que se pueda mantener abierta una línea constante de comunicación entre una y otra parte de la relación asistencial”<sup>649</sup>.

Pero en realidad la ley no circunscribe solamente en el médico responsable el deber de informar, sino que lo amplía: “Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”<sup>650</sup>. Da la sensación que la Ley se inclina porque, en cada paso del proceso, cuando

---

<sup>648</sup> STS de 26 de septiembre de 2000 (Sala de lo Civil)

<sup>649</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág.77

<sup>650</sup> Ley 41/20002. Art. 4.3 Párrafo segundo

intervienen especialistas o sea un equipo interdisciplinar<sup>651</sup>, sean éstos los que informen al paciente de lo que se está realizando en su beneficio. Y habla de profesionales de la salud, no necesariamente médicos, expresión utilizada también por el Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica<sup>652</sup>, al que hemos hecho referencia anteriormente.

Lo que ocurre es que la información está muy relacionada con el consentimiento. Se informa también para recabar el consentimiento. El consentimiento, por ejemplo, para una inyección, una radiografía, etc., porque todos los procesos en el tratamiento pueden ser potencialmente peligrosos. La información y el consecuente consentimiento es un deber pero también una protección de los profesionales de la medicina<sup>653</sup>.

Desde luego, sería muy engorroso recabar para cada una de las actuaciones menores la firma de un protocolo de consentimiento informado. La Ley 41/2002 parece que, en su artículo 4.1, acepta que la información se realice de una forma verbal sin que sea imprescindible proporcionarla por escrito ni escriturar el consentimiento para estas actuaciones menores. Pero si bien esto puede agilizar la burocracia también puede plantear problemas con el paciente, que pueden exigir un documento por escrito que clarifique, en caso de problemas, todo lo que ha ocurrido. Por supuesto que este problema se agudiza en los Centros de Atención Primaria con visitas relámpago, pero el

---

<sup>651</sup> Como manifiesta Luis González Morán, “Por equipo médico debe entenderse una agrupación o asociación de médicos de diferentes especialidades con la finalidad de dividir el trabajo aportando cada uno su competencia profesional en orden a la atención y asistencia del enfermo,...” (1990), *La responsabilidad civil del médico*. Barcelona, Bosch. Pág. 142 [En Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. (1995), *Op. Cit.*, Pág. 67

<sup>652</sup> Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. Documento final. En Madrid el 26 de noviembre de 1997. Apartado 3.6 párrafo 2º: Otros profesionales sanitarios, tales como los profesionales de enfermería pueden y deben participar en el proceso de información clínica del paciente, aunque dentro del ámbito de su función propia en el proceso de atención”, [Consulta realizada el 15 de octubre de 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/documentos/expertos.htm>

<sup>653</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), *Art. cit.*, Págs. 13-14

consentimiento informado está más pensado para las enfermedades de larga duración, graves o las intervenciones quirúrgicas, que para los casos leves<sup>654</sup>.

En cualquier caso queda claro que el sujeto responsable de facilitar la información es el médico –profesionales que intervienen en el proceso– y su información debe ser clara y suficiente para que el paciente tome una decisión. Una falta de información, una información equivocada o que induzca al error, una información insuficiente, puede ser motivo de sanción y responsabilidad civil y/o penal.

## ii. Sujeto receptor

El sujeto receptor, titular del derecho a la información, al mismo tiempo titular del consentimiento para llevar a cabo la actuación del médico, es el paciente. En esa línea nos informa la ley 41/2002, al recoger en su artículo 5 que “1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda

---

<sup>654</sup> Sáinz, A. y Quintana, O. (1994), Guía sobre la información al paciente y la obtención del consentimiento, *Rev. Calidad Asistencial*, núm. 2, Págs. 72-74

perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

Como manifiestan Sánchez Caro y Abellán<sup>655</sup>, la ley es muy clara cuando dice que es el paciente el titular del derecho aunque admita la posibilidad de que sean informadas también las personas vinculadas a él ya que, es de destacar que inmediatamente después de otorgarle el derecho a la información, la Ley incluye a la familia, sea de hecho o derecho, pero eso sí, con la autorización del paciente, que de esta manera refuerza su titularidad del derecho. Puede, pues, autorizar o no a que se informe a sus allegados.

Y más aún se refuerza esta titularidad cuando en el apartado 2º exige que se informe al paciente incluso en casos de incapacidad o, tener mermadas sus facultades de comprensión, aún cuando hay que informar también a su representante legal en este caso sin solicitar el permiso del paciente. En el apartado 3º deja al criterio del médico, determinar si el paciente es capaz de comprender o no lo que se le informa.

Tanto en este apartado como en el siguiente (4º), se le dan al médico muchas competencias sobre la conveniencia o no de informar al paciente en los casos en los que dicho facultativo opine que aquel, puede o no entender la información o que ésta, puede ser perjudicial para el paciente. En cualquier caso siempre debe informar a sus allegados.

Pero siendo el titular del derecho a la información el paciente, no siempre puede ejercer, por imperativos legales, este derecho. El derecho al consentimiento informado está estrechamente vinculado a la capacidad del sujeto a comprender la información y ejercer el derecho. En opinión de Sancho

---

<sup>655</sup> Sánchez-Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Op. cit.*, Pág. 21

Gargallo<sup>656</sup>, “En principio, el consentimiento debe ser prestado por el paciente siempre y cuando tenga capacidad suficiente. Esta capacidad no es propiamente la capacidad civil, sino la capacidad natural. Esto es, no vendrá determinada por la mayoría de edad y la ausencia de una incapacitación judicial, sino que habrá que atender a si en la realidad, el paciente está en condiciones de decidir libremente sobre un aspecto de su personalidad, que puede afectar a algunos de los derechos que le son inherentes (vida, integridad física, libertad, ...) como es someterse a una actuación médica”. Tampoco olvida la ley los supuestos en que el titular del derecho no tiene esta capacidad natural, y en su artículo 9.3 enumera los supuestos en que el consentimiento debe prestarse por representación. Por ello, dos son los criterios que se utilizar para determinar la capacidad de un individuo, que por otra parte son criterios ya tradicionales: el cognitivo, que establece la inteligencia y nivel de discernimiento de sus actos en el momento en que debe ser informado y decidir; y el criterio volitivo, es decir que el sujeto tenga la libre voluntad, sin condicionamientos externos y de terceros, para elegir entre las diversas posibilidades que se le ofrecen.

En los dos casos posibles, incapacidad física o psíquica intervienen los familiares, tutores<sup>657</sup> o personas vinculadas con el paciente, aunque, como se ha dicho, éste debe ser informado en la medida que sus capacidades lo admitan.

Los supuestos en que terceros, por representación, deben dar el consentimiento vienen explicitados en el artículo 9º de la Ley 41/2002<sup>658</sup>.

---

<sup>656</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), *Art. cit.*, Pág. 20

<sup>657</sup> Según el artículo 234 del Código Civil, modificado por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, las personas que puede ejercer de tutor son:

1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3º A los padres.

4º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

<sup>658</sup> Ley 41/2002.- Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.



En primer lugar se deja claro que el derecho a ser informado puede ser rechazado por el paciente, aunque éste debe, de una forma explícita, renunciar al mismo, por medio de un documento que cubra todas las responsabilidades y que esta renuncia no elimina su derecho, y parece ser que obligación a la vez, de dar su consentimiento previo a la operación. O sea que puede renunciar a sus derechos pero no a sus deberes, cuestión ésta, a la que haremos referencia mas adelante.

Pero en su apartado 2º, el artículo referenciado también deja claro que los médicos podrán, en determinado casos, que ya han sido comentados, intervenir

- 
1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.
  2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:
    - a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
    - b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.
  3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
    - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
    - b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
    - c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.
  4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.
  5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

sin el consentimiento del paciente: en casos de salud pública, en casos de urgencia y riesgo para la salud del enfermo y en los que no sea posible obtener, del mismo o de sus allegados, el consentimiento<sup>659</sup>.

Quizás el punto más conflictivo del artículo es el 3º c). El citado apartado se refiere a quién otorga el consentimiento por representación. Y establece tres supuestos: incapacidad legal, incapacidad funcional a juicio del médico y minoría de edad. Y en este tercer supuesto establece un límite de edad: “En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación”<sup>660</sup>.

En el primer caso no hay problema pero en el segundo cabe plantear si a los dieciséis años –mayoría de edad sanitaria– se puede tener la suficiente capacidad de entender la información que recibe –en casos complicados–, y si tiene discernimiento suficiente para tomar una decisión. Desde luego, si está emancipado, se trata de una decisión judicial que está fuera de discusión, por lo menos en la práctica. Pero, si no se produce este hecho, es dudoso que a dicha edad se pueda tomar una decisión que afecte, de una forma u otra, la salud del paciente. Bien es cierto que el mismo apartado dice: “en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”, dentro de la filosofía general de informar a los allegados, que se repite a todo lo

---

<sup>659</sup> Nos remitimos al apartado 3.1.2 de este mismo capítulo.

<sup>660</sup> Como recogen Junceda Moreno, J et al, “A diferencia de lo que sucede con el consentimiento, en la regulación del derecho a la información contenida en los artículos 4 a 6 de la Ley 41/2002, no se contiene en ellos ninguna referencia al paciente menor de edad. Es en el artículo 9.3 de la Ley, donde se regula el llamado «consentimiento por representación» donde se establece la necesidad de recabar el consentimiento de los menores emancipados y los menores con dieciséis años cumplidos”. Ello nos permite distinguir entre el paciente menor de edad (no emancipados menores de dieciséis años) y el paciente menor maduro (menor emancipado o mayor de dieciséis años)”. [(2005), *Op. cit.*, Pág. 51]

largo de los artículos correspondientes de la Ley, pero parece que, claramente, el artículo concede la decisión al adolescente.

Según Guerrero Zaplana, “Puede parecer prematuro que a partir de los 16 años sea el menor de edad (el llamado menor maduro) el que tenga el libre gobierno sobre las decisiones en materia de su salud y que pueda decidir en cuestiones de tan extraordinaria trascendencia con la única limitación de que se informe a sus padres, sólo en caso de actuación de grave riesgo, y que la opinión de aquellos sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Hay supuestos de intervenciones quirúrgicas o actuaciones de alto riesgo vital en las que la decisión de someterse a uno u otro tratamiento son de una extraordinaria importancia y pudiera no ser razonable que, como parece, la última palabra deba recaer sólo sobre la voluntad de una persona que simplemente haya cumplido los 16 años”<sup>661</sup>.

Cierto es que el artículo 5º de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor<sup>662</sup>, dice en su apartado 1º. 1, que los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Y el artículo 9 de esa misma ley que “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social” pero, también es cierto que no llega a tanto como considerar mayor de edad al adolescente para que tome decisiones por su cuenta, como sí hace la ley 41/2002, que estamos comentando. Sería lógico seguir los dictados de la Ley de Protección Jurídico del Menor en esta cuestión, pero la anteriormente citada Ley llega más lejos por lo que, si el paciente mayor de dieciséis años y el menor emancipado pueden prestar válidamente su

---

<sup>661</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Págs.82-83

<sup>662</sup> Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero)

consentimiento informado, sin necesidad de ratificación por su representante legal, ellos deben ser los destinatarios de la información asistencial.

### 3.2.2.- Contenido y extensión del consentimiento

La ley básica 41/2002, en el artículo 8º, apartado 1º, determina claramente el contenido de la información que debe suministrarse al paciente. Y así, señala que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

Es decir, toda la actuación en el ámbito de la salud debe ser objeto de información para otorgar el consentimiento del paciente. Lo cual viene a incidir en lo ordenado en los artículos anteriores ya comentados, y también, en la dificultad de la información en las continuas actividades de cuidado que recibe un paciente. Pero en este aspecto, la ley lo deja claro: toda actuación, sin matizar si es importante o no. Como manifiesta Romeo Casabona, “previo al consentimiento, el facultativo tiene el deber de informar sobre los pormenores del tratamiento. La información es un requisito previo para la validez del mismo”<sup>663</sup>.

El artículo 10, por su parte, especifica la información esencial que debe recibir el paciente: las consecuencias más importantes de la intervención, los riesgos para el paciente y sus *circunstancias personales y profesionales*, los riesgos probables en condiciones normales y las contraindicaciones<sup>664</sup>.

---

<sup>663</sup> Romeo Casabona, C. M. (1990), *Op. cit.*, Pág. 47

<sup>664</sup> Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

En opinión de Galán Cortés, “El enfermo debe recibir del médico la información necesaria para estar en condiciones de adoptar la decisión que juzgue más oportuna, con un conocimiento exacto de la situación en que se encuentra, sin que baste la autorización formal para una determinada intervención, si no va precedida de la cumplida y adecuada información. El paciente debe saber lo que consiste (*nihil volitum quem praecognitum*, nada es querido si antes no es conocido), esto es, el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que en modo alguno significa que el médico desarrolle una lección magistral, para la que obviamente el enfermo no se encuentra, *a priori*, preparado”<sup>665</sup>.

Por su parte, Simón<sup>666</sup> y en referencia a la jurisprudencia, señala que “En cualquier caso, como resumen puede decirse que: 1) Hay que informar de las consecuencias seguras de los procedimientos. 2) Hay que informar de los riesgos típicos, inherentes, previsibles e inevitables, de los procedimientos, pero no de los mínimos o accesorios. 3) Hay que personalizar en cada caso la información, especialmente sobre los riesgos, y adaptarla tanto en sus contenidos como en la manera de exponerla a las peculiaridades de cada caso y de cada paciente. En cualquier caso, la información debe de ser suministrada de forma comprensible. 4) En los procedimientos no curativos, la extensión de la información debe de ser mayor que en la de los curativos. 5) En las situaciones de urgencia o peligrosidad, la obligación de información es menor, aunque sólo con un carácter

---

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

<sup>665</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Págs. 177-178

<sup>666</sup> Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 247

diferido; una vez pasado el peligro la obligación de información adquiere su dimensión habitual”<sup>667</sup>.

Por supuesto, el principal problema no es la información, sino si ésta, es suficiente. Es imposible, en la práctica, determinar cuál puede ser el grado de información suficiente para que los derechos de ambos sujetos –médico y paciente– puedan ser protegidos en absoluto. Por una parte el médico puede, desde su perspectiva, considerar que la información facilitada es más que suficiente, pero sin embargo la mayor parte de los casos litigiosos se basan, principalmente, en que el paciente aduce falta de información o información no suficiente, aunque hayan sido informados, lo cual ha obligado al TS ha establecer doctrina sobre este supuesto<sup>668</sup>.

---

<sup>667</sup> Como aclaración entre Medicina curativa y medicina satisfactiva, nos remitimos a lo manifestado por Ricardo De Lorenzo y Montero y Javier Sánchez Caro, en relación con la STS de 25 de abril de 1994: “La distinción aparece en nuestra jurisprudencia, a propósito de la extensión de la información: Si las anteriores obligaciones médicas (sujeción a la *lex artis*, información, continuidad de los cuidados, información terapéutica) pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -actividad sexual- en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya solo como los supuestos de medicina curativa la utilización de los medios idóneos a tan fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis, que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención. La doctrina de esta sentencia ha sido con posterioridad seguida por otras resoluciones tanto del propio Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales. Entre los supuestos de medicina voluntaria pueden incluirse la cirugía estética, transexual y operaciones esterilizadoras, así como el tratamiento capilar”. [(2000), *Op. cit.*, Págs.79-80]

<sup>668</sup> El Convenio de Oviedo recoge que debe facilitarse al paciente una información adecuada y, en la misma línea, se explicita en el Código de Ética y Deontología Médica, indicando a los profesionales que, se les requiere que la información sea suficiente y ponderada.

Así, el TS ha manifestado que: “Como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”<sup>669</sup>.

Esta sentencia fue absolutoria de responsabilidad porque el daño causado –se trataba de un paciente que quedó impotente–, fue por un efecto que no aparecía en los anuarios y su incidencia era de uno a tres por ciento. Dicho de otra manera, la sentencia respalda que sólo es necesario informar de los riesgos típicos no de los atípicos. Está claro, pues, que el problema se traslada a determinar cuáles son los riesgos típicos y cuáles los atípicos.

En opinión de Romeo Casabona, la delimitación entre riesgos típicos y atípicos, “estará en función de un porcentaje de frecuencia, a fijar en cada caso concreto y que ha de ser manejando con criterios flexibles y adaptables. Por debajo de esas cifras (que se establecerán pericialmente) las complicaciones que se produzcan son atípicas, y en consecuencia, imprevisibles. Ello implica la no exigencia de la adopción de medidas preventivas para evitar su producción (lo que no impide su utilización conjugando las variables de que complicación sería grave y las medidas de prevención fáciles de adoptar y sin riesgos secundarios). La distinción entre riesgos típicos y atípicos adquiere también relevancia en la extensión y contenido del deber de informar el médico a su paciente”<sup>670</sup>.

Esta posición se da también en el derecho comparado encontrando que, por parte del Tribunal Uruguayo de Apelaciones, se manifestaba que “Los

---

<sup>669</sup> STS de 28 de diciembre de 1999 (Sala de lo Civil)

<sup>670</sup> Romeo Casabona, C. M. (1990), *Op. cit.*, Pág. 92

riesgos que deben revelarse son los normalmente previsibles y los típicos de la intervención de que se trata, con la consecuencia de que no existiría el deber de informar respecto de riesgos atípicos, excepcionales, accidentales (...), posición que se estima preferible a la información sobre todo riesgo (...) En este marco, responsabilizar al médico por la no información previa de un posible riesgo sobre el que las estadísticas internacionales no realizan especial precisión y en el ámbito nacional no existe precedente alguno, importa, en definitiva, postular que el médico debe responder por todos los riesgos (no importando sus características) que no se hubieran informado”<sup>671</sup>.

Pero también hay otras opiniones y es el caso de la STS de 12 de enero de 2001 en que, se entiende que “... poco importa la frecuencia a efectos de información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma”<sup>672</sup>.

Por ello, es necesario ir a la jurisprudencia para intentar establecer un método de interpretación.

La Audiencia Provincial de Barcelona, reconoce que “... hoy no se concibe la medicina sin el consentimiento informado del paciente, si bien el deber de informar tiene sus excepciones. Así, no es preciso informar de modo expreso sobre riesgos que deberían ser conocidos por todos o que el paciente en concreto ya conoce o, incluso, cuando una completa información puede ir en perjuicio de los intereses del propio enfermo (piénsese en el caso de personas especialmente aprensivas o con alteraciones emocionales), y por supuesto, en

---

<sup>671</sup> Tribunal Uruguayo de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno. Sentencia de 13 de septiembre de 2000

<sup>672</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Sala de lo Civil)



situaciones de urgencia, incapacidad o riesgo para la salud pública, en que decae la necesidad de obtener el previo consentimiento”<sup>673</sup>.

La doctrina también se pronuncia sobre este punto: determinar cuáles pueden ser los riesgos típicos o atípicos y formula una serie de consideraciones para establecer un modelo de información completa:

- Consecuencias o efectos que con seguridad se deben producir a resultas de la intervención o tratamiento de que se trate: Esta información debe producirse aún en el caso de que se tratara de riesgos mínimos o de insignificante trascendencia y ellos pues son de acaecimiento seguro.

- Riesgos frecuentes que suelen producirse o que pueden esperarse en condiciones normales y con arreglo a la experiencia y al estado normal de la ciencia.

- Riesgos que, si bien son infrecuente o excepcionales y derivados del tratamiento en cuestión, tienen la consideración de muy graves.

- También los riesgos personalizados, es decir, aquellos que derivan de las circunstancias propias del paciente (estado previo de salud, edad, profesión o antecedentes médicos o personales). Los riesgos personalizados deben informarse tanto se trate de consecuencias seguras, riesgos frecuentes o riesgos excepcionales pero muy graves.

- Las cuatro clases de riesgo anteriores deberán informarse también, pero derivados del supuesto de que se decidiera la no intervención o tratamiento de que se trate.

---

<sup>673</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de enero de 1998

- Por último, debe informarse de los procedimientos alternativos que tenga la intervención o tratamiento de que se trate pero con mención, respecto del procedimiento alternativo, de los riesgos que se pueden derivar<sup>674</sup>.

Lo cual está lejos de la sentencia del TS citada y parece que, dicha doctrina, ha sido formulada más desde una perspectiva únicamente jurídica que médica, ya que los facultativos aducirían, seguramente, una imposibilidad material para una información, y su consecuente documentación por escrito, de todo lo planteado aquí. Esta colisión, hasta cierto punto colisión, entre los planteamientos jurídicos y los puramente médicos, se han dado a lo largo de toda la historia del consentimiento informado y se dan en la actualidad.

También es importante considerar los llamados consentimientos implícitos<sup>675</sup> o, lo que viene a ser lo mismo, la extensión del consentimiento o del hallazgo médico, tres formas de denominar una misma cuestión con la que, los médicos, con cierta frecuencia pueden encontrarse. El supuesto es que, en una intervención, para la que se ha obtenido el preceptivo consentimiento, el equipo que opera se encuentre con complicaciones o consecuencias no previstas y que no están explicitadas, a veces ni siquiera contempladas por lo que falta la información previa, en el documento otorgado. La actuación correcta es difícil de establecer, ya que depende de factores causales que suelen resolverse por el principio que el médico debe hacer lo posible para el bien de su paciente. Desde luego, si es posible habría que consultar con los parientes o allegados. No podemos olvidar que, si la actuación no reporta ningún beneficio al paciente –

---

<sup>674</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 91-92

<sup>675</sup> Hay situaciones en que claramente el consentimiento es implícito como sucede en los casos en que un paciente acude al servicio de urgencia en demanda de asistencia. El consentimiento para las actuaciones que se llevan a cabo en ese Servicio, el derecho a ser atendido de urgencia, implica el derecho a la información pero no necesariamente la exigencia de entrega de un documento –consentimiento informado– que el paciente deba firmar. La exigencia radica en el deber de información que, en este caso, suele ser verbal.

necesidad terapéutica<sup>676</sup> y la urgencia no obliga a llevarla a cabo, no cabría realizarla sin el previo consentimiento del paciente<sup>677</sup>.

También la jurisprudencia ha emitido su opinión en estos casos, y así, la sentencia de 24 de mayo de 1995, confirma la condena de responsabilidad civil del médico que practicó una ligadura de trompas, que por razones médicas consideró convenientes, tras obtener el consentimiento del marido, pero sin el de la paciente, en el transcurso del parto. La sentencia manifiesta que: “el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser la concurrencia de las repetidas circunstancias”<sup>678</sup>. Esas circunstancias, eran recogidas en la Ley General de Sanidad, vigente en aquel momento, pero si acudimos a la Ley Básica –ley 41/2002– que regula actualmente el derecho a la información y el consentimiento informado, siguen siendo las mismas.

### 3.2.3.- Formas y Modo de la transmisión del derecho

Un aspecto importante a tener en cuenta en el consentimiento informado, es la forma en que éste debe quedar materializado. Sobre ello se manifestó el TS<sup>679</sup> al determinar que la Administración, está obligada a proporcionar a los facultativos, protocolos informativos normalizados, para recabar el consentimiento informado de los pacientes.

Los documentos más utilizados son los plasmados en papel, conocidos como formularios escritos del consentimiento y sobre los que hablaremos, con mas extensión, en el apartado 4.5 de este trabajo. Pero, hay otras formas de llevar

---

<sup>676</sup> Art. 5.3 de la Ley 41/2002

<sup>677</sup> Art. 9.2 de la Ley 41/2002

<sup>678</sup> STS de 24 de mayo de 1995 (Sala de lo Civil)

<sup>679</sup> STS de 7 de marzo de 2000 (Sala de lo Civil)

a cabo este consentimiento que también se han utilizado. Nos referimos a grabaciones en cinta, videos, etc.<sup>680</sup>.

Como nos recuerda Sancho Gargallo<sup>681</sup>, el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, exigía el consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención aunque, como ya hemos visto, la práctica médica y el sentido común, nos muestra que hay actuaciones que, por su urgencia o por su liviandad, no precisan la emisión del mismo por escrito.

La ley 41/2002, por el contrario, nos advierte sobre la posibilidad de que, la forma de consentimiento pueda ser oral o escrita. Este último supuesto se prestará obligatoriamente en: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en todas aquellas intervenciones, tratamientos o procedimientos que incluyan riesgos<sup>682</sup>.

Pero esto, no quiere necesariamente decir que en estos casos, con más riesgos, esté prohibida o no tenga fuerza de contrato, la autorización verbal. Ese es el sentido en el que informa el TS al decir que "...la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la

---

<sup>680</sup> Simón Lorda, P. (1992), *Art. cit.*, Pág. 174

<sup>681</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), *Art. cit.*, Págs. 13-14

<sup>682</sup> Ley 41/2002.- Art. 8. 2: El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)”<sup>683</sup>. Sencillamente, la forma escrita tiene un valor *ad probationem* ya que el cumplimiento de la obligación de informar previa, es presupuesto básico del consentimiento informado.

También ocurre que, el apartado 3º del artículo 8º, establece que el consentimiento debe darse en todas y cada una de las sucesivas etapas del procedimiento de curación, de las actuaciones, que no puede entenderse con carácter general: “3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

Lo cual nos lleva al formulario de consentimiento y la extensión o características que debería tener para que pudiera incluir no sólo la información sino también los diversos consentimientos –o a los varios formularios que serían necesarios–, u optar por un método más sencillo o esquemático, de forma que sirviera como guía tanto para el paciente como para el médico, pero no como un contrato pormenorizado<sup>684</sup>.

La información básica requerida para que el paciente pueda dar su consentimiento con fundamento es, como ya se ha dicho: A.- Explicar la intervención, sus riesgos, consecuencias y necesidad para el paciente. B.- Los riesgos concurrentes con las circunstancias personales o profesionales del paciente. C.- Riesgos de la intervención en condiciones normales, en consonancia

---

<sup>683</sup> STS de 3 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso)

<sup>684</sup> En Abril de 1973, fueron recibidas en 70 hospitales de la red INSALUD, instrucciones concretas sobre como, cuando y porqué, debían de utilizarse los protocolos de Consentimiento Informado Específicos: Recomendaciones de la Unidad de Política de Calidad del INSALUD a los Hospitales de la Red Asistencial. Instrucciones sobre Protocolos de Consentimiento Informado de 5 de Abril de 1993.

a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. D.- Contraindicaciones.

Así, está recogido en la amplia jurisprudencia del TS, y sirva como muestra la –ya citada– STS de 25 de abril de 1994, al manifestar que “...informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse, y finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado”<sup>685</sup>.

Aún con más detalle, se manifiesta este Tribunal en su sentencia de 2 de julio de 2002<sup>686</sup>, al decir que “Los apartados 5 y 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 de 25 de abril, establecen el derecho del usuario de los servicios sanitarios públicos (y de los privados, ap.15) a que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier información (excepto los casos que menciona). Y en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que

---

<sup>685</sup> STS de 25 de abril de 1994

<sup>686</sup> STS de 2 de julio de 2002

se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa, o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa”.<sup>687</sup>

El documento deberá presentar un contenido similar al elaborado por los distintos servicios del Complejo Hospitalario de Cáceres<sup>688</sup>, siguiendo las directrices recogidas en los Acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud<sup>689</sup>.

Estas instrucciones reseñaban como datos a tener en cuenta, los siguientes:

a) Datos personales del paciente; b) Nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene necesariamente que ser el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente; c) Nombre del procedimiento que se vaya a realizar, con explicación breve y sencilla del objetivo del procedimiento, en qué consiste el mismo y la forma en que se va a llevar a cabo; d) Descripción de las consecuencias seguras de la intervención, que deban considerarse relevantes o de importancia, como por ejemplo, la pérdida de un miembro; e) Descripción de los riesgos típicos del procedimiento. Se entiende por tales aquéllos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y el estado actual de la ciencia. Se incluyen también aquéllos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves; f) Descripción de los riesgos personalizados. Deben entenderse por éstos lo que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes y hacen referencia al estado previo de salud, a la edad, a la profesión, a las creencias, valores y

---

<sup>687</sup> “En la cirugía satisfactiva (eliminadora de una función o de carácter estético) se considera especialmente importante la información exhaustiva previa que se suministre a los pacientes en este tipo de actos médicos en los que no existe ni puede existir la urgencia o la necesidad en el planteamiento de la intervención”. [En Solans Barri, T. (1998), *Consentimiento Informado*, Madrid, Tecnimedia Editorial, Pág. 59]

<sup>688</sup> Nos remitimos al apartado 4.5 Como modelos, se acompañan en el Anexo, formularios utilizados en el Complejo Hospitalario de Cáceres por diferentes Servicios quirúrgicos.

<sup>689</sup> Adoptado en la Sesión Plenaria de 6 de noviembre de 1995, nos remitimos al apartado 4.5.1

actitudes de los pacientes o, a cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza; g) A criterio del facultativo puede incluirse la información que haga referencia a las molestias probables del procedimiento y sus consecuencias; h) Declaración del paciente de haber recibido información acerca de los extremos indicados en los apartados anteriores, así como de alternativas diferentes al procedimiento, con *pros y contras*, de forma que el paciente participe, si así lo desea, en la elección de la más adecuada, y que dicha elección tenga en cuenta sus preferencias; i) Manifestación del paciente acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido información sobre las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento informado, sin expresión de causa, así como la expresión de su consentimiento para someterse al procedimiento; j) Fecha y firmas del médico que informa y del paciente; k) Apartado para el consentimiento a través del representante legal en caso de incapacidad del paciente y l) Apartado para la revocación del consentimiento, que deberá figurar en el propio documento.

Hay dos opiniones respecto a los formularios: una extensiva y otra restrictiva<sup>690</sup>. En el primer caso la información puede llegar a ser tan exhaustiva que sea, en la práctica, incomprensible para el paciente, por desarrollar amplios conocimientos médicos que no aportan nada a la información que necesita el paciente para decidir, y sí son meras defensas frente a la responsabilidad del médico en una posible demanda posterior. En el segundo caso, tampoco sirve de mucho un formulario que se limite a establecer generalidades sin aportar la información que necesita verdaderamente el paciente.

Pero, además de tener en cuenta las recomendaciones del Consejo Interterritorial, siguiendo a Guerrero Zaplana, no debemos obviar que “... en la

---

<sup>690</sup> Otras tendencias doctrinales, encuadran estos modelos en modelo puntual y modelo global o modelo puntual y modelo progresivo, modelos a los que haremos referencia en el apartado 4.5 de este capítulo.



redacción de formularios, que siempre serán precisos para la constancia documental del consentimiento, hay que adoptar determinadas precauciones para que lleguen a cumplir la finalidad para la que están destinados; será necesario que se utilicen frases cortas, con abundantes puntos y aparte; palabras sencillas, evitando en la medida de lo posible los tecnicismos, y sustituir estos por su descripción con palabras comunes. Si es posible, conviene utilizar dibujos y gráficos utilizando una estructura de texto que resulte a la vez atractiva y clarificadora...<sup>691</sup>. En definitiva, lo más sencillo y fácil de interpretar posible, usando palabras cortas que son las que se emplean normalmente en el lenguaje coloquial<sup>692</sup>.

Pero sí pueden indicarse dos puntos esenciales en el documento, dos apartados que son los más interesantes para el paciente y que, en la mayoría de los casos, influirán mayoritariamente en su decisión, y al tiempo es el mayor problema que tiene el médico al exponer la situación<sup>693</sup>.

El primero es la información sobre los riesgos que conlleva el tratamiento o la intervención. Por parte del médico, la selección de los riesgos para comunicárselos al paciente, es una decisión difícil. Si los reduce al mínimo puede encontrarse con una demanda y si opta por extenderse al máximo, puede proporcionar una lista interminable que no sirva al paciente para tomar una decisión y sí al médico para defenderse y cubrir sus responsabilidades. Por otra parte los riesgos deben ser personalizados, ya que la medicina no es una ciencia exacta, y las intervenciones dependen de las reacciones de cada uno de los pacientes, su edad, condición, etc.

---

<sup>691</sup> Guerrero Zaplana, J, (2004), *Op. cit.*, Pág 101

<sup>692</sup> Simón Lorda, D.; Simón Lorda, P.; Rodríguez López, A. y Concheiro Carro, L. (1992), El consentimiento informado en Psiquiatría: un formulario escrito de consentimiento para terapia electroconvulsiva (TEC) o electroshock, *Anales de Psiquiatría*, Vol 8, núm. 7, Madrid, Págs. 9-16

<sup>693</sup> Junta de la Sociedad Española de Calidad Asistencia. (1994), Conclusiones de la reunión de la S.E.C.A. sobre: Recomendaciones ante la introducción del consentimiento informado en hospitales, *Rev. Calidad Asistencial*, Núm. 2, Págs. 75-76

Como reconoce Quintana Trías, “Encontrar un equilibrio entre todos estos criterios no es sencillo y mucho menos una regla válida para todos los casos. Una solución pragmática es optar por no mencionar los riesgos por escrito y limitarse a decir que se han comentado los riesgos típicos con el paciente. Se entiende por riesgos típicos los que se asocian frecuentemente con la intervención o que aún siendo raros son, o muy graves, o van contra el objetivo propio de la intervención”<sup>694</sup>.

El segundo factor son las alternativas que pueden ofrecerse. Partimos de la base que, en la práctica, todas las intervenciones tienen alternativas. La primera de ellas es realizar o no la intervención. Pasa algo parecido como con la información sobre riesgos. Presentar todas las alternativas a una intervención o tratamiento, podría suponer un largo y farragoso documento que difícilmente sería entendible por un paciente. Por lo general se indica en el formulario que se le han planteado al enfermo las alternativas y las consecuencias de cada una de ellas. O sea que se utiliza la posibilidad de la información verbal. Suele, en estos formularios, añadirse un texto en el que se indica que el paciente ha recibido esta información, se muestra satisfecho con ella y que si desea alguna información adicional puede preguntarla.

Si el objetivo del Consentimiento Informado, es que el paciente conozca la información suficiente que le permita tomar la mejor decisión posible de acuerdo, como ya hemos dicho, con sus valores, esta información es básicamente verbal, otra cosa es que en caso de conflicto sea suficiente lo escrito.

---

<sup>694</sup> Quintana Trías, O. (1996), *Op. cit.*, Pág. 166

### 3.2.4 Supuestos especiales al deber de solicitar el Consentimiento Informado

La Ley Básica de Autonomía del Paciente<sup>695</sup> recoge en el artículo 8 –sujeción en el ámbito de la salud–, la obligación de prestar el consentimiento ante cualquier tratamiento. También lo hace en relación con supuestos especiales, y así en el artículo 9.4, se refiere a unos supuestos específicos al decir que “la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”<sup>696</sup>.

Para estos casos, y otros a los que también haremos referencia, se han aprobado diversas normas que regulan la obtención del consentimiento. Entre ellas, hemos de referirnos a la Ley 30/1979, de 27 de octubre<sup>697</sup>, sobre extracción y trasplante de órganos, en su desarrollo por el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre<sup>698</sup>; al Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre<sup>699</sup>, por el que se regulan los centros sanitarios acreditados y los dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo; a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre reproducción asistida humana<sup>700</sup>; a la Ley 42/1988, de 28 de

---

<sup>695</sup> Ley 14/2002 de 14 de noviembre (BOE núm. 274) Ya citado

<sup>696</sup> Junceda Moreno, J. et al. (2005), *Op. cit.*, Pág. 81 y ss.

<sup>697</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE núm. 266, de 6 de noviembre)

<sup>698</sup> Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (BOE núm 3, de 4 de enero de 2000)

<sup>699</sup> Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.(BOE núm. 281, de 24 de noviembre)

<sup>700</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282, de 24 de diciembre; corrección de errores en BOE núm. 284, de 26 de noviembre de 1988). [Modificada por la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos afectados: 20 y 24; Sentencia 116/1999, de 17 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional. Artículo afectado: 20] Esta norma, modificada por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de

diciembre<sup>701</sup>, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos en su desarrollo por el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo<sup>702</sup>, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos, y al Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero<sup>703</sup>, por el que se establecen los requisitos para la realización de Ensayos Clínicos.

i. Interrupción voluntaria del embarazo.

El Real Decreto 2409/1986 exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada, salvo en los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante en que podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 9/1985<sup>704</sup>, reseñando que<sup>705</sup>, los profesionales sanitarios deberán informar a las solicitantes de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar

---

Reproducción Asistida, está sujeta a reforma en la actualidad. Artículos afectados: 4 y 11: Conforme a la Disposición derogatoria única del actual Proyecto de Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, la Ley 35/1998 está derogada (BOE núm. 280, de 22 de noviembre). Vigente hasta el 28 de mayo de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

<sup>701</sup> Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre) Derogada por la Ley 14/2007, de 3 de julio.

<sup>702</sup> Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (BOE núm. 72, de 23 de marzo)

<sup>703</sup> Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de febrero)

<sup>704</sup> Ley Orgánica 9/1985, de 5 de Julio, que reforma el artículo 417 bis del Código Penal (BOE núm. 166, de 12 de julio)

<sup>705</sup> Real Decreto 2409/1986.- Artículo 9. Los profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle.

Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que pueden practicarse.

La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro facultativo.

En todo caso se garantizará a la interesada el secreto de la consulta.

que puedan ayudarle y de las exigencias o requisitos que, en su caso, sean exigibles para la práctica del aborto o que no resulta posible su realización<sup>706</sup>.

El TC, en su sentencia 53/1985, se manifiesta sobre la relevancia de las consecuencias de la norma penal, aludiendo en concreto a la objeción de conciencia, al procedimiento a través del cual pueda prestar el consentimiento la mujer menor de edad o sometida a tutela y a la inclusión del aborto dentro del régimen de la Seguridad Social destacando la especial relevancia de estas cuestiones, como también la de todas aquellas derivadas del derecho de la mujer a disponer de la necesaria información, no sólo de carácter médico –lo que constituye un requisito del consentimiento válido–, sino también de índole social, en relación con la decisión que ha de adoptar<sup>707</sup>.

## ii. Práctica de Ensayos Clínicos.

Durante muchos años, como recoge Roldán Garrido<sup>708</sup>, el desarrollo de las ciencias biomédicas, se basó en la observación clínica. Hasta la Segunda Guerra Mundial, no se tuvieron en cuenta las condiciones en que se llevaban a cabo los experimentos con seres humanos. Finalizada ésta, al hacerse público los horrores cometidos en los campos de concentración por los médicos nazis, y como consecuencia de los juicios celebrados en la ciudad de Nuremberg en el año 1947, surge el Código de Nuremberg que, como manifiesta Romeo Casabona<sup>709</sup>, es un importante precedente de las Cartas de Derechos y Deberes de los pacientes.

Años mas tarde, en la XVIII Asamblea Médica Mundial, celebrada en Helsinki en el año 1964, se establecerán unas recomendaciones dirigidas a los

---

<sup>706</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Pág. 115

<sup>707</sup> STC 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo)

<sup>708</sup> Roldán Garrido, B, y Perea Pérez, B. (1996), *Op. cit.*, Pág. 39

<sup>709</sup> Romeo Casabona, C. M. (2002), *Op. cit.*, Pág. 68

médicos participantes en proyectos de investigación biomédica con seres humanos.

En la actualidad, como transposición a los ordenamientos nacionales de la Directiva 2005/28<sup>710</sup>, en nuestro ámbito nacional, el Real Decreto 223/2004<sup>711</sup> es el que regula estas actividades recogiendo específicamente, en su artículo 7º, todo lo concerniente al Consentimiento Informado<sup>712</sup>. En el caso de mujeres

---

<sup>710</sup> Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos (DOCE L 91/13, de 9 de abril)

<sup>711</sup> Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de febrero)

<sup>712</sup> Real Decreto 223/2004.- Art. 7. Del consentimiento informado.

1. La obtención del consentimiento informado debe tener en cuenta los aspectos indicados en las recomendaciones europeas al respecto y que se recogen en las instrucciones para la realización de ensayos clínicos en España o, en su caso, en las directrices de la Unión Europea.

2. El sujeto del ensayo deberá otorgar su consentimiento después de haber entendido, mediante una entrevista previa con el investigador o un miembro del equipo de investigación, los objetivos del ensayo, sus riesgos e inconvenientes, así como las condiciones en las que se llevará a cabo, y después de haber sido informado de su derecho a retirarse del ensayo en cualquier momento sin que ello le ocasione perjuicio alguno. El consentimiento se documentará mediante una hoja de información para el sujeto y el documento de consentimiento. La hoja de información contendrá únicamente información relevante, expresada en términos claros y comprensibles para los sujetos, y estará redactada en la lengua propia del sujeto.

3. Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo.

a) Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1. Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga 12 o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo.

2. El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de entendimiento.

3. El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida.

4. El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores.

b) Si el sujeto es un adulto sin capacidad para otorgar su consentimiento informado:

1. Deberá obtenerse el consentimiento informado de su representante legal, tras haber sido informado sobre los posibles riesgos, incomodidades y beneficios del ensayo. El consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del sujeto y podrá ser retirado en cualquier momento sin perjuicio para éste.

gestantes o en período de lactancia, sólo se podrán realizar ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para ellas cuando el Comité Ético de Investigación Clínica concluya que no suponen ningún riesgo previsible para su salud ni para la del feto o niño y en el de menores, y en sujetos incapacitados podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto, sólo si cumplen ciertos requisitos<sup>713</sup>.

---

2. Cuando las condiciones del sujeto lo permitan, este deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo, después de haber recibido toda la información pertinente adaptada a su nivel de entendimiento. En este caso, el investigador deberá tener en cuenta la voluntad de la persona incapaz de retirarse del ensayo.

4. Cuando el ensayo clínico tenga un interés específico para la población en la que se realiza la investigación y lo justifiquen razones de necesidad en la administración del medicamento en investigación, podrá someterse a un sujeto a un ensayo clínico sin obtener el consentimiento previo en los siguientes casos:

a) Si existe un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del sujeto, se carece de una alternativa terapéutica apropiada en la práctica clínica y no es posible obtener su consentimiento o el de su representante legal. En este caso, siempre que las circunstancias lo permitan, se consultará previamente a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Si el sujeto no es capaz para tomar decisiones debido a su estado físico o psíquico y carece de representante legal. En este caso, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En ambos casos, esta eventualidad y la forma en que se procederá debe hallarse prevista en la documentación del ensayo aprobada por el Comité Ético de Investigación Clínica, y el sujeto o su representante legal será informado en cuanto sea posible y deberá otorgar su consentimiento para continuar en el ensayo si procediera.

5. El sujeto participante en un ensayo clínico, o su representante legal, podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para el sujeto participante responsabilidad ni perjuicio alguno.

<sup>713</sup> Real Decreto 223/2004.- Art. 6. De los ensayos clínicos sin beneficio directo para la salud de los sujetos. 1. En los ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para la salud de los sujetos participantes, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

2. En menores y en sujetos incapacitados podrán realizarse ensayos sin beneficio potencial directo para el sujeto únicamente si, además de tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 4 y 5, el Comité Ético de Investigación Clínica considera que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que se adoptan las medidas necesarias para garantizar que el riesgo sea mínimo.

b) Que las intervenciones a que van a ser sometidos los sujetos del ensayo son equiparables a las que corresponden a la práctica médica habitual en función de su situación médica, psicológica o social.

c) Que del ensayo se pueden obtener conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla.

d) Que estos conocimientos no pueden ser obtenidos de otro modo.

e) Que existen garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 7.

3. En mujeres gestantes o en período de lactancia, sólo se podrán realizar ensayos clínicos sin beneficio potencial directo para ellas cuando el Comité Ético de Investigación Clínica concluya

iii. Prácticas de técnicas de reproducción humana asistida.

Reguladas por la Ley 35/1988<sup>714</sup>, sobre técnicas de reproducción asistida, sólo se autoriza –artículo 2<sup>715</sup>– para utilizar las técnicas en mujeres mayores de edad y con plena capacidad de obrar (de suerte que no es posible en menores o incapaces), que gocen de buen estado de salud y que hayan solicitado y prestado su consentimiento a la utilización de las técnicas libre, consciente, expresamente y por escrito, exigiendo, no sólo información sino asesoramiento sobre los distintos aspectos e indicaciones posibles.

La información debe hacerse extensiva a las implicaciones, resultados y riesgos previsibles para la solicitante, y para la descendencia y durante el embarazo, y de los riesgos derivados de la edad inadecuada, lo que será extensivo a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas, reflejándose en un documento escrito uniforme<sup>716</sup>.

---

que no suponen ningún riesgo previsible para su salud ni para la del feto o niño, y que se obtendrán conocimientos útiles y relevantes sobre el embarazo o la lactancia.

<sup>714</sup> Ley 35/1988, vigente hasta el 28 de mayo de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo).

<sup>715</sup> Ley 35/1988.- Art. 2 1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:

a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.

2. Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella.

4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

5. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

<sup>716</sup> Roldán Garrido, B. y Perea Pérez, B. (1996), *Op. cit.*, Pág. 41



Esta norma contempla un supuesto especial no olvidando la situación de la mujer casada –artículo 6.3– precisándose además, en estos casos, el consentimiento del marido, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

#### iv. Otras actividades médicas

Los progresos científico-técnicos de los últimos años en el campo de la Medicina y de la Biología han dado lugar a actividades médicas que ha habido que regular para garantizar, con ello, los derechos de los sujetos afectados por dichas actividades. La jurisprudencia reconoce la obligación de la exigencia del consentimiento informado tanto en los casos de medicina curativa como de medicina satisfactiva o voluntaria –con carácter previo a cualquier intervención o actuación médica– pero el alcance de la información que debe suministrarse al paciente es mucho mayor en el caso de la medicina satisfactiva, al objeto de que, por el interesado, se esté en mejores condiciones de calibrar si le conviene o no someterse a dicha actuación, al no ser estrictamente necesaria para su salud<sup>717</sup>.

Sería difícil, hacer una exposición exhaustiva de las mismas, así como de los regímenes legales a que están sujetas, por ello, nos referiremos a algunas de ellas en forma muy somera y en atención a que, afectando al interés propio del solicitante de la actividad, comportan como todo acto médico un posible riesgo y por lo tanto requieren una conformidad de los interesados.

---

<sup>717</sup> STS de 4 de abril de 2000 (Sala de lo Contencioso)

✓ Extracción y trasplante de órganos

Regulado por la ley 30/1979, de 27 de octubre, y por el Real Decreto 2070/1999, la Ley distingue entre la obtención de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, de los procedentes de donantes vivos. Respecto a los primeros, la extracción puede realizarse con fines terapéuticos o científicos en el caso de que éstos no hubieran manifestado su oposición expresa. Por ello, la ley introdujo el criterio de muerte cerebral y estableció una presunción *iurus tantum* de donación de sus órganos, para la extracción de órganos de donantes fallecidos, algo verdaderamente avanzado entre los países de nuestro entorno, siendo igualmente preciso, que la persona no haya dejado constancia expresa de su oposición, que podrá referirse a todo tipo de órganos o sólo a alguno.

La Ley de Trasplantes de 1979, fue considerada en su día como una de las más progresistas, que quería a toda costa conseguir el desarrollo de las técnicas de trasplante de órganos en España y al servicio de ello se articuló cada resolución, recogiendo la decisión del Consejo de Europa de 1978 sobre “Armonización de Leyes de los Estados Miembros sobre la Extracción, Injertos y Trasplantes de sustancias humanas”.

El consentimiento, en palabras de Romeo Casabona<sup>718</sup> –para la cesión en vida de una parte corporal propia en beneficio de la salud o la vida de un tercero, en cuanto acto de disposición sobre el propio cuerpo–, será otorgado por el donante, por escrito, ante el Juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, después de haber sido informado por el médico que va a realizar la extracción y por otro médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción<sup>719</sup>.

---

<sup>718</sup> Romeo Casabona, C. M. (2002), *Op. cit.*, Págs. 109-110

<sup>719</sup> Roldán Garrido, B. y Perea Pérez, B. (1996), *Op. cit.*, Pág. 40-41

En opinión de Alventosa y Durán, “Se ha discutido por la doctrina si existe un verdadero derecho sobre las partes separables u órganos del cuerpo humano. Parece evidente que mientras los órganos forman parte del cuerpo, están integrando el soporte biológico de la vida humana de tal modo que una lesión contra ellos supondría una vulneración del derecho a la integridad física”<sup>720</sup>.

El cuerpo humano no es susceptible de tráfico económico y jurídico, pero dado que el principio de solidaridad con los demás hombres exige en algunos casos la cesión de estos órganos ha sido necesario regular la disponibilidad de los mismos para que no transgredan los principios constitucionales de respeto a la dignidad humana.

La obtención de órganos de donantes vivos para su ulterior implantación en otra persona requiere, por parte del donante, que sea mayor de edad y goce de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado, de forma que no puede realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o por cualquier otra causa no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre, consciente y desinteresado. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad ni aún con el consentimiento de los padres o tutores.

Por su parte, el receptor o, sus representantes legales, debe ser también informado de los riesgos y beneficios que la intervención supone, así como de los estudios que sean técnicamente apropiados al tipo de trasplante de que se trata en cada caso. El documento del consentimiento, tendrá que ser firmado por el médico que informó al receptor y por éste o por sus representantes legales.

---

<sup>720</sup> Alventosa del Rio, J. y Durán y Lalaguna, P. (1997), “Bioética y legislación española”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 217

✓ Utilización de embriones y fetos humanos

La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, exigía –artículo 2– que los donantes fueran los progenitores y otorgasen, por escrito, su consentimiento previo, libre, expresa y conscientemente. Si eran menores no emancipados o estaban incapacitados, además, el consentimiento de sus representantes legales. Derogada esta ley, en la Ley 14/2006, se regulan los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados –art. 1–, reconociendo como usuarios de estas técnicas, a toda mujer mayor de 18 años que haya consentido libre, consciente y expresamente, por escrito, a ello –art. 6-. Pero va mas alla, y así, en el caso de que ésta, estuviera casada –no separada ni legalmente ni de hecho–, precisaría además el consentimiento de su marido, en las mismas condiciones.

La información debe proporcionarla precisamente el médico que haya de realizar la intervención y se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico o físico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener en su vida personal, familiar o profesional y a los beneficios que con el implante vaya a obtener el receptor.

El Reglamento añade que a la obtención del consentimiento debe preceder información de las consecuencias de la decisión y prohíbe la obtención de tejidos de personas que, por deficiencias físicas, enfermedad mental u otra causa, no puedan otorgar su consentimiento.

El consentimiento debe formalizarse por escrito, y en ningún caso, puede efectuarse la obtención sin la firma previa del documento del consentimiento informado. También el consentimiento informado del receptor debe constar

documentalmente, firmado por el médico que efectúe el implante, por el que informó al receptor o por este mismo o sus representantes<sup>721</sup>.

✓ Otras actividades sujetas a la obligación del consentimiento informado son las que afectan a la hemodonación de sangre y de otros productos derivados de ésta<sup>722</sup>; la realización de autopsias con fines de investigación; Esterilización de adultos capaces y de deficiente mentales; medicina estética o el caso de internamientos en centros psiquiátricos.

### 3.2.5 Información terapéutica de seguridad y estado de necesidad terapéutica

La Ley 41/2002, como ya hemos visto, proclama el derecho del paciente a que se le dé en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento pero, como nos recuerda “no restringe la información a un momento preciso, sino que la concibe como un derecho que se satisface continuamente, a lo largo de todo el tratamiento. De ahí que el médico deba, también con deber jurídicamente exigible, informar de manera amplia al paciente sobre todo su proceso, es decir, la enfermedad que padece, los hábitos de vida que debe adoptar, el régimen dietético y de cuidados, la forma e intensidad en que la enfermedad o el tratamiento van a afectar a sus actividades, etc.”<sup>723</sup>. A este aspecto de la información se le denomina información terapéutica.

Varias sentencias han reconocido que la misma, forma parte de la *lex artis* como un acto clínico más, y por ello una obligación de los deberes de cuidado a

---

<sup>721</sup> De Lorenzo y Montero, R. (2000), *Manual de documentos sobre Consentimiento Informado en Urología*. (2000), Asociación Española de Urología, Madrid, Editores Médicos, Pág. 35

<sup>722</sup> Nos remitimos al apartado 3.1.2: Límites del consentimiento informado.

<sup>723</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Pág. 68

que está sujeto el médico. Su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad y llegar a considerarse como negligencia o imprudencia y así lo ha reconocido, con toda claridad la jurisprudencia del TS. Así en su sentencia de 22 de noviembre de 1991, manifiesta que “Constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica, y en general al personal sanitario, el que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad o, por la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario o, por éste individualmente si ejerce su profesión de modo libre<sup>724</sup> .

La información terapéutica es un proceso fundamentalmente verbal, a diferencia del consentimiento informado, que es fundamentalmente escrito.

La cuestión mas importante en relación con la información terapéutica, es determinar hasta que nivel de información se debe llegar o si existen supuestos en los que se puede prescindir, total o parcialmente, de dar información<sup>725</sup> .

Recogido en el artículo 5.4 de la ley básica<sup>726</sup>, el derecho a la información sanitaria de los pacientes, puede limitarse por la existencia de un estado de necesidad terapéutica. En estos casos, la ley permite al médico llevar a cabo su actuación profesional, sin informar previamente al paciente, cuando por razones

---

<sup>724</sup> STS de 22 de noviembre de 1991 (Sala de lo Contencioso) y STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1995 (Sala de lo Social)

<sup>725</sup> Como manifiesta Jornet, con el tiempo ha ido evolucionando la relación médico-paciente pero, durante siglos, predominó la idea de no informar al paciente cuando la enfermedad era incurable para no plantearle incertidumbres. Se pensaba que era lo mejor para el paciente. [Jornet, J. (1991), *Op. cit.*, Pág. 93]

<sup>726</sup> Ley 41/2002.- Art. 5.4.- El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetiva el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las persona vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

objetivas el conocimiento de su propia situación, pueda perjudicar gravemente a su salud.

Debe darse una situación de necesidad derivada de un riesgo inmediato y grave pero, como requisito necesario, debe acreditarse ese estado de necesidad terapéutica. Otro requisito ineludible es la obligación de dejar constancia en la historia clínica, pues, como reconoce la ley, es una facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar previamente al paciente pero, sólo en el caso de que éste, considere que la información puede perjudicar su salud de manera grave. Además, obliga al profesional a comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

Estas situaciones no dejan de ser bastante difíciles de valorar a la hora de enfrentarse con una reclamación ante los tribunales de justicia y ha planteado disquisiciones entre la doctrina planteando posibilidades distintas como son la mentira blanca o la ocultación de la verdad como medida humanitaria, fórmula muy utilizada en las Unidades de Cuidados Paliativos<sup>727</sup>.

### 3.3. Excepciones a la necesidad del Consentimiento Informado

La ley 41/2002, básica de la autonomía del paciente, recoge, como regla general, la necesidad del consentimiento libre y voluntario del paciente<sup>728</sup>, una vez recibida la información prevista en el artículo 4 de la misma, pero también determina unos límites a esa obligación facultando al médico a actuar en defensa de la salud del propio paciente o de terceros. Estos casos, enumerados por la ley

---

<sup>727</sup> Benítez del Rosario, M. A. y Asensio Fraile, A. (2002), Cuidados Paliativos. La comunicación con el paciente con enfermedad en fase terminal, *Atención Primaria*, Vol 30, Núm. 7, Págs. 463-466

<sup>728</sup> Ley 41/2002.- Artículo 8.1

y recogidos en el artículo 9.2<sup>729</sup> y 5.4<sup>730</sup>, ya fueron extensamente tratados en el apartado 3.1.2 y 3.2.5 a los que nos remitimos.

Pero, además de los casos citados, también encontramos situaciones recogidas en la ley básica o en otras leyes que, regulando actividades concretas, entienden de la no necesidad del mismo. Es el derecho a no saber manifestado por el propio paciente o las excepciones reseñadas en normas específicas.

### 3.3.1. El derecho a no saber

Como manifiestan Sánchez Caro y Abellán, “la renuncia a ser informado expresa o tácitamente, mediante hechos concluyentes, ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina como un supuesto de excepción o límite efectivo al deber de información del médico”<sup>731</sup>.

El Convenio de Oviedo dispone que toda persona tiene derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud, pero que, no obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona de no ser informada.<sup>732</sup> Este derecho, aclaraba, va de la mano con el derecho a no saber, ya que los pacientes pueden tener sus propias razones para desear no conocer ciertos aspectos de su salud y debe respetarse su decisión. En la misma línea se manifiesta la ley 41/2002 que,

---

<sup>729</sup> Ley 41/2002.- Artículo 9.2: Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

<sup>730</sup> Ley 41/2002.- Artículo 5.4, ya reseñado.

<sup>731</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Op. cit.*, Pág. 23

<sup>732</sup> Convenio de Oviedo (Convenio Europeo relativo a los derechos humanos y a la biomedicina firmado en Oviedo el 4 de Abril de 1997): Art. 10.2



en su artículo 4.1<sup>733</sup>, párrafo 2º, declara que toda persona, tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada.

En opinión de Sancho Gargallo, “El derecho a ser informado con carácter previo a la intervención conlleva también el derecho a no serlo, esto es a no conocer con detalle el diagnóstico y los efectos y riesgos del tratamiento o intervención. Aunque necesariamente deberá prestar su consentimiento, en este caso «desinformado», a la intervención”.<sup>734</sup> Deberá dejarse constancia expresa y documentada –mejor por escrito a efectos probatorios– en la Historia Clínica<sup>735</sup>.

Lógicamente, ese derecho a no ser informado, tampoco es absoluto y está sujeto a las limitaciones ya dichas en cuanto a no poder atentar contra su propia salud o la de terceros. Es el caso de padecer enfermedades contagiosas o transmisibles (tuberculosis, sífilis, Sida, etc.). En estos casos, el médico está obligado a informar al paciente y/o a las autoridades sanitarias.

También la jurisprudencia del TS lo ha reconocido así, y en sentencia de 23 de julio de 2003 sentó doctrina en el sentido de recordar que “el deber de informar tiene excepciones: 1-. cuando los riesgos son conocidos por el paciente. 2-. cuando pueda perjudicar al mismo paciente o, 3-. cuando se dan situaciones de urgencia”, aunque en el primero de los casos –cuando los riesgos son conocidos por el paciente–, con criterios restrictivos. Pensamos que, al no estar recogido este supuesto en la ley 41/2002, en virtud del principio de legalidad y

---

<sup>733</sup> Ley 41/2002.- Art. 4.1: Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

<sup>734</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), *Art. cit.*, Pág. 17

<sup>735</sup> Artículo 9.1. párrafo 3: Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

para garantizar la seguridad jurídica del médico, éste debería informar o no –si es el deseo del paciente– solicitando el consentimiento expreso correspondiente.

### 3.3.2. Excepciones por ley

Como ya hemos visto, la ley 41/2002, reconoce al paciente –artículo 4.1- su derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma pero, este derecho está sujeto a los supuestos exceptuados por la Ley.

No vamos a referirnos aquí a los casos de incapacitación legal, psíquica o física porque el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, ya que, en estos casos el derecho corresponderá a sus familiares o allegados por representación. Tampoco a los casos en que por existir riesgo grave para la salud del propio paciente, de terceros o por urgencia, no sea posible conseguir su autorización, situaciones ya recogidas con anterioridad. Haremos referencia a esos casos que, recogidos en otras Leyes, están referidos a supuestos en los que el consentimiento informado o no es preciso o, no es suficiente o no se puede actuar ni aún teniendo el consentimiento del afectado<sup>736</sup>.

Hay situaciones que obligan, a adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de los enfermos o de personas que estén o hayan estado en contacto con éstos o con el medio ambiente inmediato, presentando indicios que hagan suponer al médico, la existencia de peligro para la salud de la población y especialmente en los casos de riesgos de carácter transmisible<sup>737</sup>. Es obligación de éste ponerlo en comunicación de las autoridades sanitarias competentes, que adoptarán las medidas pertinentes incluidas las de

---

<sup>736</sup> Emaldi Cirion, A. et al. (2000), *Op. cit.*, Págs. 54-59

<sup>737</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril)

internamientos o restricción de la libertad en beneficio de la salud de la colectividad. También el caso de internamiento no voluntario de enfermos con trastornos psíquicos, necesitándose en este caso de autorización judicial<sup>738</sup>.

Otro supuesto es el de la autorización por los órganos judiciales de consentir el tratamiento al que el paciente y/o familiares o allegados han manifestado su negativa a recibirlo. Nos referimos a las transfusiones de sangre

---

<sup>738</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero)

Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del [artículo 757 de la presente Ley](#).

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el [artículo 758 de la presente Ley](#).

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

(Testigos de Jehová) o a la alimentación de presos en caso de huelgas de hambre. Ambos supuestos ya han sido comentados en este trabajo y a ellos nos remitimos<sup>739</sup>.

Por último, hemos de referirnos a tipos de injusto recogidos en el Código Penal<sup>740</sup>. Así, el artículo 156, establece que “el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos<sup>741</sup>, efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa o, el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

También el Código Penal regula los casos de homicidio y lesiones, aún en el caso de contar con el consentimiento del afectado. Así, el artículo 143 recoge que, se castiga al que causare o cooperare activamente con actos directos la

---

<sup>739</sup> Nos remitimos al apartado 3.1.2

<sup>740</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre)

<sup>741</sup> Regulado por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, y por el Real Decreto 2070/1999, distingue entre la obtención de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, de los procedentes de donantes vivos. Respecto a los primeros, la extracción puede realizarse con fines terapéuticos o científicos en el caso de que éstos no hubieran manifestado su oposición expresa. Es así que, para la extracción de órganos de donantes fallecidos es preciso, que la persona no haya dejado constancia expresa de su oposición, que podrá referirse a todo tipo de órganos o solo a alguno.

muerte de otro por petición expresa, seria o inequívoca de éste –homicidio– no olvidando el supuesto en que el afectado sufra una enfermedad grave o padecimientos permanentes o difíciles de sobrellevar, como sería el caso de una eutanasia activa, situaciones ambas que penaliza en los grados en éste reconocidos.

En relación con el aborto, el artículo 144 determina que “El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o, para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño”. El aborto imprudente también está castigado pero, en este caso sólo para el médico, no para la embarazada.

Por último, el artículo 155 referido a las lesiones establece que “si ha mediado el consentimiento válida, libre, y consciente espontánea y expresamente emitido del ofendido, la pena es la inferior en uno o dos grados, sin que sea válido a estos efectos el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”.

En cualquiera de estos actos, no sólo el contar o no con el consentimiento del paciente o afectado, legitima el tratamiento del médico sino que debe, además, ir acompañado de otros predicamentos que hacen que la actuación sea válida.

### 3.4. Revocación del Consentimiento Informado

La revocación del consentimiento informado, aparece regulada en el artículo 8.5<sup>742</sup> de la Ley 41/2002. Ya, en el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (Convenio de Oviedo) se recogía, en el artículo 5, que “En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”. También en el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre el Consentimiento Informado (ya citado) se recomendaba que, en todo documento de consentimiento informado, constara un apartado para la revocación del consentimiento.

Pero, como ya comentamos anteriormente, aunque el paciente, libre y autónomo para decidir si someterse o no a un tratamiento, opte por no continuar con el mismo –es un derecho personalísimo–, no goza de un derecho absoluto ya que, aún respetando su decisión, el médico, está sujeto a unas obligaciones éticas, jurídicas, deontológicas y legales que le imponen unos deberes no sujetos a ese derecho del paciente. El médico, está obligado a advertir al enfermo o a sus familiares de los riesgos que la revocación del consentimiento y el consiguiente abandono del tratamiento suponen, e incluso asegurar la continuidad de los cuidados durante el tiempo que medie entre la revocación del consentimiento y la instauración del nuevo tratamiento por otro facultativo<sup>743</sup>.

También está limitada a los casos recogidos en la ley, y tantas veces tratados (riesgo para el paciente, riesgos para terceros o en caso de urgencia) o restringido en el caso de personas con trastornos psíquicos, menores o incapaces.

---

<sup>742</sup> Ley 41/2002.- Artículo 8.5: El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

<sup>743</sup> Junceda Moreno, J. et al. (2005), *Op. cit.*, Pág. 81

En el ámbito de la sanidad pública, para el paciente, la negativa de recibir tratamiento –o la de no continuar con él– supone la petición del alta voluntaria<sup>744</sup> y la renuncia a determinadas prestaciones<sup>745</sup>.

### 3.5. Tratamiento legislativo y jurisprudencial del Consentimiento Informado

Ya hemos cumplidamente visto, como la ley exige que el médico, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, facilite al paciente, toda la información disponible sobre la misma –salvando los supuestos exceptuados por la Ley– para que éste pueda libre y voluntariamente, decidir entre las opciones que le presentan, la mejor opción o el tratamiento mas adecuado para la resolución de su problema de salud porque, como manifiesta Rivera<sup>746</sup>, “poco sentido tendría otorgar un consentimiento a un acto médico, si éste no va precedido de la necesaria información al paciente sobre su proceso.

---

<sup>744</sup> Ley 41/2002.- Artículo 21: 1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

<sup>745</sup> Ley General de la Seguridad Social. (BOE núm de 29 de junio). Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 29 de Junio).- Artículo 132. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio.

1. El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido:

a. Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.

b. Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.

2. También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

<sup>746</sup> Rivera Fernández, M. (1997), *Op. cit.*, Pág. 49

Siguiendo a Molas, “Toda persona tiene derecho a la libertad de autodeterminación personal, es decir, a gozar de la autonomía individual para actuar de acuerdo con su propia voluntad y elegir sus propias opciones de vida, sin otras limitaciones que las establecidas por la Constitución o las leyes. Todo aquello que no está prohibido, está permitido. Asegurar este principio es la finalidad misma del constitucionalismo. (...) La Constitución garantiza que los españoles puedan actuar libremente, excepto para hacer aquello que esté expresamente prohibido. El derecho a la autodeterminación personal ampara y modula el ejercicio de la misma, que consiste no sólo en poder hacer todo aquello que está permitido, sino en especial poder realizar todo aquello que no está prohibido”<sup>747</sup>.

El extraordinario despliegue tecnológico y científico que se ha producido en las últimas décadas en las ciencias médicas, ha producido un mayor riesgo que, unido a las constantes y crecientes demandas sociales en este ámbito, ha provocado una paulatina e imparable judicialización de la actividad médica lo que ha originado que, en la relación médico-paciente haya entrado un tercer sujeto, protagonista necesario para dirimir los problemas surgidos: el juez. En opinión de Rivera Fernández<sup>748</sup>, “las causas que han contribuido al actual fenómeno de la litigiosidad en el mundo sanitario, son muy diversas: la existencia de una sociedad más informada y convencida de sus derechos, (...) la evolución del acto médico, de individual a colectivo; (...) y, en fin, la relevancia de los bienes jurídicos en juego: la vida, la integridad física y la salud, todos ellos fundamento de derechos fundamentales ...”.

La jurisprudencia del TS, de acuerdo con lo recogido en el FJ 1º de su sentencia de 12 de enero de 2001, refiere claramente el derecho que asiste a todo paciente a decidir por si mismo y así, refiere que “El consentimiento informado

---

<sup>747</sup> Molas, I. (1998), *Op. cit.*, Pág. 307

<sup>748</sup> Rivera Fernández, M. (1997), *Op. cit.*, Pág. 13



constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derechos 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”<sup>749</sup>.

Pero, como ya hemos dicho y en cualquier caso, así lo recoge explícitamente la ley, queda claro que el sujeto responsable de facilitar la información es el médico –o profesionales que intervienen en el proceso– y su información debe ser clara y suficiente para que el paciente tome una decisión. Una falta de información, una información equivocada, una información que induzca al error o, una información insuficiente, puede ser motivo de sanción y responsabilidad civil y/o penal.

El incumplimiento de este deber de informar, conlleva para el médico, unas responsabilidades que estarán vinculadas tanto a la información inadecuada como a la carencia de ésta o la del incumplimiento de la obligación de obtención del consentimiento informado del paciente –o sus representantes si fuera el caso– debiendo ser éste, en los casos que determina la ley, expresado por escrito.

Como curiosidad, y de ello nos informa Jornet, para evitar reclamaciones judiciales, en Francia, se ha creado la figura del mediador, “la persona a la que se consulta antes de que el afectado inicie un litigio”. Según Jornet, sería una buena medida si ambas partes –médico y paciente– depositaran su confianza en él y confiaran en su imparcialidad. Sería una figura similar a lo que en nuestro país

---

<sup>749</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Sala de lo Civil)

representa el Defensor del paciente pero con mayor efectividad y rapidez en la solución de las reclamaciones<sup>750</sup>.

### 3.5.1.- Marco normativo del Consentimiento Informado

El derecho a la información sanitaria, incluido como uno de los derechos del paciente, han sido objeto de numerosas consideraciones tanto por la doctrina y la jurisprudencia como por las normativas nacional e internacional, y en el ámbito sanitario actual se identifica con el conocido como *consentimiento Informado*.

En el marco normativo internacional fue de gran relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966<sup>751</sup>.

En el ámbito nacional, está integrado tanto por la Carta Magna – Constitución de 1978– como por los Convenios Internacionales que España ha firmado y ratificado, tal como se recoge en el artículo 96 de la misma, entre los que se encuentran el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, que implica la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes: “entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas ...”, del Consejo de Europa<sup>752</sup> y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>753</sup>.

---

<sup>750</sup> Jornet, J. (1995), *La jurisdicción social I: ¿Una solución para las demandas de los pacientes?*, Barcelona, Áncora, Pág. 118

<sup>751</sup> A todos ellos nos hemos referido en el apartado 1.4 de este trabajo.

<sup>752</sup> Convenio de Oviedo. En vigor en España desde el 1 de enero del 2000.

Diversas disposiciones anteriores a la CE de 1978, ya formulaban algunos derechos específicos de los pacientes<sup>754</sup>, pero no fue hasta la Ley General de Sanidad, cuando aparece enunciado, en el artículo 10.6, el consentimiento informado como derecho subjetivo de éstos y lo establece para todo el territorio nacional. Como manifiestan Fraga y Lamas, “el consentimiento es uno de los ejes más importantes sobre los que gira la actividad médica, y su ausencia determina responsabilidad que, aunque puede ser de distinta intensidad: civil, penal o disciplinaria, no por ello deja de ser responsabilidad”<sup>755</sup>.

Con la ley 41/2002, de autonomía del paciente, se configura el derecho de los pacientes a la información con un desarrollo más exhaustivo y cercano a la realidad actual de lo que lo hacía la Ley General de Sanidad. Es, en su artículo 8, en el que se recoge que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias”, es decir, hablado, deliberado, y sólo con la obligación expresa y precisa del consentimiento informado escrito en los casos que la propia ley determina, debiendo ser registrado, como garantía de su cumplimiento, de forma adecuada en la historia clínica.

Al ser esta Ley 41/2002, una ley básica, amparada por los artículos 149.1.1 y 16 de la CE, las Comunidades Autónomas, han ido desarrollando, en sus ámbitos de actuación, el contenido de la misma según el artículo 83 de la Carta Magna.

A ésta, tendríamos que añadir, ese abanico de normas a las que ya nos hemos referido en el apartado 3.2 y que regulan este derecho a la información

---

<sup>753</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Hecha en Niza el 7 de Diciembre de 2000.

<sup>754</sup> Ver apartado 1.4.1 y 4.4.2

<sup>755</sup> Fraga Mandián, A. y Lamas Meilán, M. M. (1999), *Op. cit.*, Pág. 15

con particularidades concretas en cada caso. Entre ellas estarían las leyes sobre extracción y trasplante de órganos, sobre reproducción asistida humana, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o la norma que establece los requisitos para la realización de Ensayos Clínicos.

### 3.5.2. Ausencia o defecto en el cumplimiento del deber de informar

Previo a ver el tratamiento que se le da en el ámbito civil o penal, ante la multitud de litigios que sobre este derecho se presentan ante los órganos judiciales, pensamos mas adecuado, delimitar su revisión a situaciones concretas, y por ello, nos referiremos a los dos supuestos mas relevantes en relación con el derecho a la información y que pueden acarrear responsabilidades para el médico. Son la falta o insuficiencia de información y la ausencia o defecto del consentimiento.

En el primero de los supuestos –falta o insuficiencia de información–, hemos de acudir a la ley y a la jurisprudencia para delimitar que entienden éstas en cuanto a cantidad de información a facilitar al paciente.

La ley nos habla de un contenido mínimo y de un contenido básico. Para Abel Lluch<sup>756</sup>, el contenido básico de información, es el que debe recibir el paciente antes de prestar su consentimiento –artículo 10.1<sup>757</sup>– en los supuestos en

---

<sup>756</sup> Abel Lluch, X. (2004), “El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en *El juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Pág. 82

<sup>757</sup> Ley 41/2002.- Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

que su exigencia es por escrito –artículo 8.2<sup>758</sup>–, y el contenido mínimo de información, “es el referente inexcusable que debe proporcionar el médico en observancia de su deber *ex lege* de informar al paciente”<sup>759</sup>.

Sobre ello, en varias sentencias, se ha manifestado el TS al indicar que, “Como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia”<sup>760</sup>.

Pero también hay otras respuestas y es el caso de la STS de 12 de enero de 2001 en que (FJ 3º), declara que “... poco importa la frecuencia a efectos de información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma”<sup>761</sup>.

Así, el contenido mínimo<sup>762</sup> informa sobre la cantidad –el *quantum*– de información necesaria para cumplir con la obligación de informar y el contenido básico, concreta la información específica que debe darse al paciente a efectos

---

<sup>758</sup> Ley 41/2002.- Artículo 8. Consentimiento informado.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

<sup>759</sup> Ley 41/2002.- Artículo 4.1, párrafo 3º. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

<sup>760</sup> STS 28 de diciembre de 1999 (Sala de lo Civil)

<sup>761</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Sala de lo Civil)

<sup>762</sup> La información previa y mínima es lo que constituye el elemento integrante de la *lex artis ad hoc*, reiteradamente recogido por la jurisprudencia.

del consentimiento informado en los casos establecidos por la ley y sujetos a la forma escrita.

En el caso de ausencia o defecto del consentimiento, también la ley determina cuando debe existir la obligación de solicitar del paciente, un consentimiento expreso y por escrito. El artículo 8.2, ya señalado, establece esa obligación en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores que, como manifiesta Sancho Gargallo<sup>763</sup>, pueden dar lugar a responsabilidad por los daños que pudieran producirse.

### 3.5.3. La responsabilidad del deber de informar en la jurisdicción Civil

Que hoy no se cuestiona la existencia de responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión, es algo que nadie pone en duda y tanto es así que desde tiempos muy remotos<sup>764</sup>, la actuación inadecuada de un profesional de la medicina era motivo de responsabilidad<sup>765</sup>.

La doctrina entiende que una prestación médica se rige por los principios de todo contrato en el que, el elemento clave para su válida constitución, es el consentimiento de los contratantes dado de forma voluntaria y consciente<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> Sancho Gargallo, I. (2004), Art. cit., Pág. 15

<sup>764</sup> El primero que se ocupó de legislar sobre ciertas prácticas de la medicina, fue el babilónico rey Hamurabi. De su existencia nos ha quedado constancia al descubrirse, en las ruinas de la ciudad de Susa (Irán, 1902), el conocido como *Código de Hammurabi* (1790-1750 a.C.), columna cilíndrica de dorita, grabada, que se conserva en el Museo del Louvre. Son muy importantes las referencias recogidas sobre aspectos como diagnóstico, honorarios por servicios prestados o penas para el médico que cometiese lesiones corporales o matase a algún paciente ya fuese libre o esclavo, pudiendo incluso llegar a perder un ojo si por error lesionaba a cualquiera de sus pacientes. [En *La ley mas antigua. Textos legales sumerios*, (2000), edic. y trad. por Manuel Molina, Madrid, Trotta, Págs. 17 a 19 y 33; LARA, F. (1982), *Código de Hammurabi*, Madrid, Editora Nacional]

<sup>765</sup> Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. (1995), *Op. Cit.*, Pág. 179

<sup>766</sup> Código Civil.- Artículo 1.261: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º. Consentimiento de los contratantes. 2º. Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º. Causa de la obligación que se establezca.

Pero, si hemos de partir de que, para que pueda apreciarse una responsabilidad civil, debe haber entre ambas partes, una relación contractual, ya sea expresa o no, y que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento del médico y el deber de información de éste, será necesario aclarar que tipo de relación contractual une a las partes involucradas en el mismo.

Mucho se ha escrito sobre ello pero, la mayor parte de la doctrina, lo entiende como una relación atípica contractual intermedia entre el contrato de arrendamiento de servicios y el de arrendamiento de obras aunque, disquisiciones aparte, el contrato es muy *sui generis* dado que, el ámbito en que se lleva a cabo –sanitario– es tanto, el de la sanidad pública como la privada complementado además con la posibilidad y el derecho del paciente, a la libre elección de médico lo que, da lugar a una serie de derechos y obligaciones por ambas partes.

Como manifiestan De Lorenzo y Bascones, “La demanda se basará, bien en la responsabilidad contractual (artículo 1.101<sup>767</sup> del Código Civil) por incumplimiento negligente del contrato de servicios, bien en la responsabilidad extracontractual (artículo 1.902<sup>768</sup> del Código Civil), en el caso de que la relación con el paciente no se base en el contrato...”<sup>769</sup>.

En opinión de Ragel, “Cuando media un contrato, se califica como contrato de servicios, definido en el art. 1.544 del Cc, como aquel contrato en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. (...) La responsabilidad será extracontractual cuando el prestador del servicio médico realiza su misión sin estar previamente ligado por lazos contractuales con

---

<sup>767</sup> Código Civil.- Artículo 1.101: Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

<sup>768</sup> Código Civil.- Artículo 1.902: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

<sup>769</sup> De Lorenzo, R. y Bascones, A. (1996), *El Consentimiento Informado en Odontología*, Madrid, Editores Médicos, Pág. 85

el perjudicado, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad que deriva de la actividad médica realizada en los centros hospitalarios incardinados en la Seguridad Social (sentencias del TS de 24 de noviembre de 1989, 30 de enero de 1990 y 12 de febrero de 2000), por más que entre el profesional médico y la Administración pública exista una previa relación jurídica laboral o funcional”<sup>770</sup>.

La jurisprudencia, se ha manifestado al respecto, y así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid –Sección 19–, de 14 de Septiembre de 1998, con mención de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, estudia la distinción entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, diferenciando entre medicina curativa y medicina satisfactiva. En su FJ 7º, expone que “Al efecto, conviene tener en cuenta que ya esta Sala por Sentencia de 25 de Abril de 1994 se pronunció distinguiendo en un caso semejante de operación de vasectomía, la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, cuando se trata de curar o mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir”.

Continua recordando que “Mantiene, en este orden, refiriéndose al primer aspecto, que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, la jurisprudencia en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, insuficientes para la curación de determinadas enfermedades, y finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina

---

<sup>770</sup> Ragel Sánchez, L. F. (2001), Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: La perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. 18 – 2000, Madrid, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Pág. 231



actual (lo que hace que algunos de ellos, aún resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado, el de la curación del paciente, que, en muchos casos, ni puede, ni podría nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. Resumidamente esta obligación de medios comprende: a) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto; b) la información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad, y c) la continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono.

Y aclara que<sup>771</sup>, “En cuanto al segundo aspecto la meritada sentencia expresa que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, y en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico,

---

<sup>771</sup> A ambos tipos de medicina, nos hemos referido en el apartado 3.2.2. En opinión de López y García de la Serrana, en la medicina satisfactiva o de resultados, el contrato es un arrendamiento de obra, en el que el médico, independientemente de la obligación de realizar la prestación usando todos los medios exigidos por la *Lex Artis*, sí adquiere el compromiso de alcanzar un resultado concreto, querido y deseado por el paciente que acude al profesional para tal fin.

no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica, la actividad sexual, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente, que no paciente, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, para continuar señalando que sin entrar por ser un tema doctrinal estricto en la legitimidad de esta categoría híbrida de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, no cabe duda que el resultado en el segundo aspecto examinado actúa como una auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que, por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible”.

Para López y García de la Serrana<sup>772</sup>, “En conclusión, y pese a todas las matizaciones que existen y que al respecto puedan indicarse, podemos afirmar que la relación entre el médico y el paciente tiene una naturaleza contractual que en la medicina curativa o de medios se acerca a la figura del arrendamiento de servicios, en el que el médico no adquiere la obligación de conseguir un resultado concreto, sino tan solo de prestar su asistencia al amparo de los principios de la *Lex Artis*; (...) por lo que sólo puede exigirse al facultativo la prestación de medios para la deseable curación del paciente”.

El Código Penal, en su artículo 109.2 informa al afectado de la posibilidad de acudir a la vía civil, para exigir responsabilidades ante un hecho que se haya tipificado como delito o falta civil, comprendiendo esta responsabilidad, la restitución, la reparación del daño e indemnización por los perjuicios materiales y morales ocasionados (artículo 110). Por su parte, el artículo 1.101 del Código Civil, al que ya nos hemos referido, determina la sujeción a indemnización en los casos de incumplimiento de obligaciones que dieran lugar a dolo o negligencia<sup>773</sup>.

Esto así, el no informar o no hacerlo debidamente, y como recoge la STS de 25 de Abril de 1994, las actuaciones negligentes del médico cuando éste lleva a cabo su labor sin contar con el consentimiento del paciente, genera un incumplimiento de las obligaciones médicas que, da lugar a la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

---

<sup>772</sup> López y García de la Serrana, J. (2007), *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*, [Consulta el 30 Abril 2007], Disponible en [http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento\\_informado.html](http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento_informado.html)

<sup>773</sup> Código Civil.- Artículo 1.104.- La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

La tendencia general es que la falta de información o la información deficiente, con un daño objetivo producido en los servicios sanitarios públicos suele conllevar resarcimiento económico (SSTS 13 de abril de 1989; 23 de abril de 1992; 24 de mayo de 1995; 16 de diciembre de 1997 y otras), y a ellas se han referido en multitud de ocasiones las sentencias de otros órganos jurisdiccionales (SAP de Palma de Mallorca de 4 de octubre de 1996; STSJ del País Vasco de 24 de junio de 1999, entre otras).

#### 3.5.4.- La responsabilidad del deber de informar en la Jurisdicción penal

Los litigios sobre la ausencia o defecto de información, se presentan cuando se ocasiona un daño como resultado de un riesgo o de una contraindicación de las que no se informó. En estos supuestos, es el juez penal el que entiende del caso, competencia que, en opinión de Ruiz Vadillo, debería extenderse al conocimiento de la responsabilidad civil por razones de economía procesal con el beneficio adicional que supone que, en un solo proceso, puedan resolverse todas las pretensiones originadas por la actuación del profesional médico.<sup>774</sup>

Como manifiesta López Barja de Quiroga, “La aceptación de la relevancia del consentimiento afecta profundamente tanto al derecho penal como al derecho procesal penal, cuyas normas deben ser interpretadas teniendo en consideración las implicaciones que esto conlleva y asumiendo los efectos que de ello se derivan. El ámbito de las actuaciones médicas no sólo no puede ser una excepción sino que, por el contrario, constituye un claro supuesto paradigmático en el que el consentimiento despliega toda su importancia”<sup>775</sup>.

---

<sup>774</sup> Ruiz Vadillo, E. (1997), *La responsabilidad médica. La perspectiva constitucional del problema*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 22 de mayo de 2007], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso4/4congre-19.htm>

<sup>775</sup> López Barja de Quiroga, J. (1999), *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson, Pág. 24-25

Ya hemos reseñado que para que una intervención, se considere correcta, debe cumplir tres requisitos: Que esté indicada, que se ajuste a los criterios de la *lex artis*<sup>776</sup> y que cuente con el consentimiento del paciente, expreso si puede consentir o, presunto en el caso de los menores e incapaces.

Ante cualquier actuación médica, pueden darse dos situaciones en que no exista el consentimiento informado por escrito: que se trate de los casos enumerados por la ley o que no se haya obtenido.

En el primer caso, no necesidad de éste, la obligación de informar sigue existiendo, y en estos casos, cuando existen procesos judiciales abiertos, es la Historia Clínica la que sirve, fundamentalmente, de prueba del cumplimiento de ésta obligación. Es el caso de una sentencia de la Audiencia Nacional,<sup>777</sup> en la que desestimó una reclamación de responsabilidad patrimonial basada en la falta de consentimiento informado escrito, al apreciar que, a pesar de no constar el documento, del conjunto de datos existentes en la historia clínica del paciente, se entendía que, tanto éste como sus familiares, habían sido cumplidamente informados.

En el segundo supuesto, no haberse obtenido, se entiende que el médico ha actuado por su cuenta ya sea en contra de la opinión del paciente o sin contar con su autorización (de éste o de sus representantes) siempre, claro está, que no se trate de uno de los supuestos exceptuados de la obligación de recabar el consentimiento<sup>778</sup>.

---

<sup>776</sup> A la *lex artis ad hoc*, nos hemos referido en el apartado 3.1.3

<sup>777</sup> SAN de 14 de abril de 1999 (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo)

<sup>778</sup> Ley 41/2002.- Artículo 9.2, ya reseñado en el apartado 3.3

Tanto en uno como en otro supuesto, al paciente, por parte del médico, se le habrá instaurado un tratamiento en contra de su voluntad y por lo tanto, no se habrá respetado su derecho a decidir, es decir, se habrá vulnerado su libertad.

Si ello es así, como recoge el Código Penal, la ausencia del consentimiento informado, habría dado lugar a una conducta constitutiva de un delito de coacciones, aparte de que esa conducta pueda ser una conducta imprudente para el médico. Si el sujeto obligado a proporcionar la información, según el artículo 4.3<sup>779</sup>, es el médico, como manifiestan Martínez Pereda y De Lorenzo<sup>780</sup>, el sujeto activo de la infracción es el profesional, es decir, el médico ya que, podría, como manifiestan Fraga y Lamas, producirse “un ataque a la libertad personal del paciente”<sup>781</sup>.

Como nos recuerda Romeo Casabona<sup>782</sup>, los elementos del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudente son la infracción del deber de cuidado, el resultado material o peligro concreto en los delitos imprudentes de resultado y relación de causalidad en éstos e imputación objetiva del resultado.

También lo ha reconocido, con toda claridad, la jurisprudencia del TS entendiéndolo que, su incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad y llegar a considerarse como negligencia o imprudencia. Es el caso de la sentencia de 22 de noviembre de 1991, manifestando que “Constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica, y en general al personal sanitario, el que adviertan claramente a sus pacientes (...) de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad o, por la persona

---

<sup>779</sup> Ley 41/2002.- Artículo 4.3: El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

<sup>780</sup> Martínez Pereda, J. M. y De Lorenzo, R. (1997), *Los médicos y el nuevo Código Penal*, Madrid, Editores Médicos, Pág. 30

<sup>781</sup> Fraga Mandián, A. y Lamas Meilán, M. M. (1999), *Op. cit.*, Pág. 72

<sup>782</sup> Romeo Casabona, C. M. (2005), *Op. cit.*, Pág. 3

jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario o, por éste individualmente si ejerce su profesión de modo libre<sup>783</sup>.

En cuanto a la apreciación de la relación de causalidad, como manifiesta Galán Cortes<sup>784</sup>, el paciente al desconocer el riesgo no puede sustraerse al mismo, por lo que pierde la oportunidad de evitarlo, no optando por otro tratamiento, por otra opción o, incluso rechazando la propuesta.

### 3.5.5.- La responsabilidad del deber de información ante la Jurisprudencia

En un sentido amplio, que es el que nos interesa, es posible definir la jurisprudencia como la doctrina legal creada por los jueces y tribunales en su constante aplicación del derecho. El Código Civil<sup>785</sup> establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

---

<sup>783</sup> STS de 22 de noviembre de 1991 (Sala de lo Contencioso) y STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1995 (Sala de lo Social)

<sup>784</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 223

<sup>785</sup> Código Civil Español: Artículo 1

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

No la incluye entre las fuentes del Derecho porque las sentencias, al decidir litigios, deciden sobre casos concretos y no crean, por consiguiente, verdaderas normas jurídicas que puedan situarse en un plano de igualdad con las normas legales ni con las consuetudinarias. No obstante, sí que es cierto que la jurisprudencia se aproxima a las fuentes del Derecho, al otorgarle ese carácter informador y de complemento del ordenamiento jurídico.

En la misma línea se pronuncian De Lorenzo y Sánchez Caro al manifestar que “En sentido técnico, solo es jurisprudencia la elaborada por nuestro Tribunal Supremo, sin perjuicio de la que corresponde al Tribunal Constitucional en su ámbito específico”<sup>786</sup>.

Nosotros, nos referiremos también, a otras resoluciones judiciales dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia o por las Audiencias Provinciales y/o Nacional puesto que, muchas de ellas o, están referenciadas en las del Tribunal Supremo o han sido ratificadas por éste.

En relación con la obligación del médico del deber de informar, es muy prolífico y abundante el número de decisiones emitidas por los tribunales. Es el caso de la STS (Sala 1ª) de 26 de septiembre de 2000. La citada sentencia establece como fundamento para llegar a dicha resolución, que “Con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos, de la intervención, en lugar de la paciente, como declaró la S. 23-4-92, ya que se trata de omisiones culposas por las que se debe responder, derivadas de la necesidad de que la información ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible”. La sentencia manifiesta que se ha vulnerado el derecho de autodeterminación del paciente que se produce como consecuencia del incumplimiento del médico de su deber de información.

---

<sup>786</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Pág. 94



En el mismo sentido se declaran en la STSJ de Navarra de 6 de Septiembre de 2002 e, igualmente la ya citada STS de 23 de Abril de 1992, por las que se condena por estimar que “no se advirtió de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas, para que decidiera”, entendiéndose además que, la intervención que le fue realizada “no era ineludible y necesaria, siendo posibles otros tratamientos alternativos, evitándose así el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó”. Porque, los médicos, con su actitud y falta de información al paciente, asumieron competencias que no le eran propias, cuales eran la autonomía, para decidir sobre el tipo de tratamiento o intervención quirúrgica “Éstas son actividades y omisiones culposas, que llevan a la Sala de Apelación a sostener fundadamente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible”.

Pero no toda falta de información conlleva una indemnización ya que, así lo recoge la STS, Sala 1ª, de 23 de julio de 2.003 al declarar que “si bien el consentimiento informado es el eje de la actividad médica, su ausencia sólo genera responsabilidad cuando el paciente ha sufrido algún tipo de perjuicio”.

En otros aspectos, la jurisprudencia ha entendido que la obligación del médico del deber de informar, ya se considere dentro de la *lex artis* o como uno de los deberes contractuales como principio de la buena fe contractual (artículo 7.1 y 1.258 Código Civil), genera, en ambos casos, una responsabilidad y considera este deber como requisito previo para la validez del consentimiento.

Al médico se le exige una obligación de medios, no de resultados, ya que está obligado a procurar la salud utilizando para ello los medios mas idóneos de los que pueda disponer pero no conlleva ineludiblemente el resultado curación. Como dice Martínez Calcerrada, “el médico se obliga exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con la repetida *lex artis ad hoc*, o sea, a desenvolver su acto médico con la diligencia adecuada sin

que por lo tanto garantice o se comprometa el resultado de la misma, efecto terapéutico o la curación del paciente”<sup>787</sup>.

Así, está recogido en la amplia jurisprudencia del TS, y sirva como muestra la –ya citada– STS de 25 de abril de 1994 la que, aprovechando un caso de vasectomía sirve a este tribunal para exponer su criterio en relación con la obligación de medios que corresponde al médico, estructurando sus deberes en la forma que se expone a continuación “... y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado”<sup>788</sup>.

---

<sup>787</sup> Martínez-Calcerrada, L. (1999), *Op. cit.*, Pág. 301

<sup>788</sup> STS de 25 de abril de 1994 (Sala de lo Civil)

## **Capítulo cuarto: DIMENSIONES DEL CONSENTIMIENTO EN LA RELACIÓN SANITARIA**

### 4.1. Información sanitaria y clasificación de la misma

Una vez establecido qué es el consentimiento informado, sus supuestos, límites y ámbitos, es necesario fijar cuáles son las características de la información que debe recibir el paciente. Sin información el paciente no puede, lógicamente decidir ni consentir. En otras palabras, si el paciente no es informado se vulnera uno de los dos principios morales básicos de la ética médica: el principio de autonomía, ya que sin aquella el enfermo no es autónomo para decidir.

Establecer un sistema de información es esencial en la relación médico-paciente, y en opinión de Guerrero Zaplana<sup>789</sup>, “...el consentimiento debe ir precedido de una primera fase de información al paciente y que las relaciones entre información y consentimiento son de tal naturaleza que no se puede concebir una sin la otra: el médico (y el enfermero y el resto de los profesionales sanitarios) exige de los pacientes la prestación del consentimiento pero los pacientes, previamente, deben exigir que se les facilite la correspondiente información para que el consentimiento prestado sea válido y eficaz. La íntima relación entre ambas instituciones (consentimiento e información) se manifiesta ya desde el momento en que la Ley no habla sólo de consentimientos sino que califica este consentimiento y habla de «consentimiento informado» como muestra de la necesidad de que el consentimiento debe cumplir la exigencia de haber recibido la previa información”.

---

<sup>789</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 74

Y este concepto de autonomía del paciente, está tan incurso en nuestra reglamentación jurídica que, el Capítulo IV de la Ley 41/2002, se titula: “El respeto de la autonomía del paciente”. Este derecho a la información aparece no sólo en la legislación estatal, sino también en todas y cada una de las legislaciones autonómicas.

Así, y a modo de ejemplo, tenemos que: La Ley Cántabra 7/2002<sup>790</sup>, dice en su artículo 39: “1.- El paciente tiene derecho a ser informado de los resultados de las pruebas diagnosticas y terapéuticas”. Por su parte, la Ley de Castilla-La Mancha 8/2000<sup>791</sup>, en su artículo 4.1.d) recoge que los pacientes tienen derecho “a recibir en términos comprensibles información adecuada, continuada, verbal y escrita sobre su proceso, tanto la persona enferma como, en su caso, sus familiares o personas allegadas, si aquélla fuese menor de edad, estuviese inconsciente o incapacitada mentalmente, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”.

La Ley de las Islas Baleares 5/2003<sup>792</sup> reconoce que: “El paciente tiene derecho a que se le facilite en términos comprensibles información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluidos el diagnóstico, el pronóstico y la opciones de tratamiento...” o la Ley Extremeña 3/2005<sup>793</sup>, que establece en su artículo 4º, “1. Los pacientes (...) tienen derecho, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, a recibir toda la información disponible sobre la misma. 2. La información deberá hacer referencia a todas las actuaciones asistenciales, constituyendo parte fundamental de las mismas, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas y abarcará como

---

<sup>790</sup> Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003)

<sup>791</sup> Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001)

<sup>792</sup> Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (BOE núm. 110, de 8 de mayo)

<sup>793</sup> Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente (BOE núm. 185, de 5 de agosto)

mínimo la finalidad y la naturaleza de la actuación, así como sus riesgos y consecuencias”.

La primera y más necesaria información es la llamada: información clínica, definida en el artículo 3º de la ley 41/2002 de la siguiente forma: “Información clínica: todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona o, la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla”. Esta misma Ley, en su Capítulo II, se refiere a “El derecho de información sanitaria”, y en su artículo 4 define el contenido de este derecho<sup>794</sup>.

También la jurisprudencia incide en este derecho, y en la STS de 7 de junio de 1994 manifiesta que, “El tribunal *a quo* destacó que, al menos respecto al riesgo específico de la propia operación quirúrgica practicada, existió información de riesgos previsibles e inevitables a la paciente, y consentimiento de la misma en orden a su asunción., y desde luego, semejante presupuesto fáctico ha quedado incólume al no haber sido combatido por vía casacional adecuada, y esto así, sin necesidad de mayores razonamientos, conduce a entender claudicado el motivo examinado”<sup>795</sup>.

---

<sup>794</sup> Ley 41/2002.- Artículo 4: Derecho a la información asistencial. 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

<sup>795</sup> STS de 7 de junio de 1994 (Sala de lo Civil)

Y más interesante aún es la STS de 11 de mayo de 2001<sup>796</sup>, en la que recoge una gran parte de la legislación española, sentencias y legislación internacional en una especie de catalogo de leyes y declaraciones universales: “Asimismo, se ha expuesto que (...) la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1,1 reconociendo la autonomía de individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias –Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio– en el artículo 9,2 en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación 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, regulado por la Ley General de Sanidad y actualmente también en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (RCL 1999, 2638, 2822) y que ha pasado a ser derecho interno español por su

---

<sup>796</sup> STS de 11 de mayo de 2001 (Sala de lo Civil)

publicación en el BOE forma parte de la actuación sanitaria practicada con seres libres y autónomos”<sup>797</sup>.

En 1996 se creó un Comité de Expertos de Consentimiento Informado en la Comunidad Navarra, que explicitó los requisitos de información necesarios para que ésta cumpliera con su función y basase el consentimiento del paciente. El estudio estableció como objetivos fijar criterios para clarificar los derechos y deberes de los médicos y pacientes, y asimismo, una normativa jurídica válida para las instituciones sanitarias<sup>798</sup>.

Los temas considerados como objeto de estudio fueron: - Información clínica (incluyendo información para el consentimiento informado). - Información para proyectos docentes y de investigación. - Historia clínica. - Información al usuario. - Certificados acreditativos del estado de salud. - Constatación del proceso (informe de alta) e - Información y documentación clínica informatizada.

Y se establecieron tres grupos de trabajo: - Información clínica - Información de la Historia Clínica e - Información no clínica al usuario

El 26 de noviembre de 1977, terminaron los trabajos y se redactó un documento de consenso<sup>799</sup>.

---

<sup>797</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Sala de lo Social)

<sup>798</sup> Comité de Expertos de Consentimiento Informado en la Comunidad Navarra, [Consulta el 15/10/01], Disponible en <http://www.aeds.org/documentos/expertos.htm>

<sup>799</sup> El Comité de Expertos de Consentimiento Informado, se formó el 18 de abril de 1996, aportando cada uno de sus miembros, un trabajo personal de recopilación y estudio de la bibliografía existente sobre el tema, al objeto de elaborar un documento de Consentimiento Informado para Navarra, consensado por los distintos miembros participantes del mismo y que sirviera como soporte y garantía de que la información más relevante sobre un proceso asistencial, era ofrecida por los médicos a los pacientes que acudieran a los Centros sanitarios. Derecho a ser informado y deber de información, [Consulta el 03 Enero 2001], Disponible en <http://www.cfnavarra.es/SALUD/ASISTENCIA.SANITARIA/CONSENTIMIENTO.htm>

i. Información clínica.

Si bien se entiende por información clínica<sup>800</sup> toda la información susceptible de ser interesante para que el paciente pueda otorgar un consentimiento con conocimiento de causa y claridad, cada vez más se identifica la información clínica, tanto desde la perspectiva clínica como la jurídica, con dos supuestos: la información necesaria para que el paciente, como se ha dicho, puede dar su consentimiento informado, y también, como la necesidad de la información clínica para un tratamiento óptimo. O sea lo que se conoce como información terapéutica que es la obligación de informar por necesidades de tratamiento. Sobre ello, se manifestó el Comité de Expertos al reconocer que “Aún cuando la información como presupuesto del consentimiento informado constituye el núcleo esencial de la información clínica, por cuanto la información en el proceso clínico está orientada fundamentalmente a la toma de decisiones en relación con el tratamiento, no debe menospreciarse el valor de la información terapéutica para alcanzar la colaboración necesaria del paciente (o de terceros) en aras al éxito del tratamiento”<sup>801</sup>.

Según Martínez-Pereda<sup>802</sup>, la información clínica, constituye el elemento objetivo de la relación médico paciente en sus variadas facetas de obtención, utilización, archivo, custodia y transmisión. Por ello, tiene un carácter personalizado e individual, pues se refiere a un paciente concreto y constituye el substrato necesario para que el paciente pueda adoptar las decisiones que afecten a su salud con plena autonomía.

---

<sup>800</sup> Ley 41/2002.- Artículo 3: Información clínica.- Todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla.

<sup>801</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra.

<sup>802</sup> Martínez-Pereda, J. M. (2004), La evolución normativa de la información sanitaria en el Derecho Español, Ponencia al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid.



Como norma jurídica la información clínica se contemplaba en los apartados 10.5<sup>803</sup> y 10.6<sup>804</sup> de la Ley General de Sanidad, aunque de forma un tanto inconcreta, que si bien fueron modificados por la Ley 41/2002, no han quedado suficientemente perfilados sus contenidos. Esto, plantea un problema ya que si se emite una norma jurídica que unifique todos los supuestos, los profesionales de la sanidad pueden sentirse apartados de la confección de la norma e invadidos en sus atribuciones ya que, dichos supuestos, venían, hasta ese momento, siendo regulados por los Códigos Deontológicos.

Por ello, el Comité de Expertos, manifestaba que “El problema de la información clínica no es tanto un problema legal, como un problema de cambio de paradigma en las relaciones sanitarias. Y el aprendizaje de esta nueva relación exige cambios de mentalidad en los profesionales que no se consiguen sólo «a golpe de decreto», sino mediante la implantación de medidas educativas, formativas y de participación de los profesionales. Esto es imprescindible para evitar que algunos profesionales interpreten el consentimiento informado como instrumento para una medicina a la defensiva”<sup>805</sup>.

---

<sup>803</sup> Ley General de Sanidad.- Artículo 10: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Derogado por [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#))

<sup>804</sup> Ley General de Sanidad.- Artículo 10: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. (Derogado por [Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica](#))

<sup>805</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra.

En cualquier caso, la jurisprudencia sí ha intervenido y ha establecido características precisas necesarias para dicha información. Según se recoge en la STS de 29 de mayo de 2003, “...la información al paciente (...) ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen. El consentimiento prestado mediante documentos impresos, carentes de todo rasgo informativo adecuado, como son los que quedan referidos, no conforma debida ni correcta información (Sentencias de 28 de abril de 2001 y 26 de septiembre de 2000), siendo exigencia que impone el artículo 10-5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y aunque se permita su práctica en forma verbal, al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, los que aquí se ha omitido y acrecienta la presunción de que se practicó información alguna, pues la conclusión que al efecto sienta la sentencia recurrida de que corrió a cargo de otros profesionales desconocidos, no se compagina y hasta resulta contradictorio con el hecho probado de que la ligadura de trompas fue practicada con ocasión de la cesárea del tercer parto en unidad de acto médico”<sup>806</sup>.

Desde luego la información clínica está estrechamente ligada al consentimiento informado, ya que es un vehículo para ayudar a la toma de decisiones por parte del paciente. Y esto está admitido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. No son dos conceptos separados ni mucho menos independientes, uno y otro son complementarios, aunque la Ley los diferencie.

---

<sup>806</sup> STS de 29 de mayo de 2003 (Sala de lo Civil)

En opinión de Guerrero Zaplana, “Esta diferenciación dentro del articulado de la Ley entre la información y el consentimiento debe entenderse que no puede tener más que efectos puramente estructurales de la norma, pero no puede interpretarse como una separación entre ambas instituciones, información y consentimiento, que están hasta tal punto unidas que no puede entenderse una sin la otra. La información no tendría sentido si no se considerase como ordenada, específicamente, para consentir, de modo que la información no es autónoma en sí misma sino que tiene una relación funcional evidente con la posterior exigencia al paciente de su consentimiento para la actuación médica de que se trate. De modo semejante, aunque en sentido inverso, el consentimiento no tiene entidad en sí mismo sino sobre la base de que debe ir precedido de la correspondiente información, pues sólo de eso modo puede conocerse que el paciente tiene una verdadera representación del alcance y la trascendencia del consentimiento que se presta”<sup>807</sup>.

Entendemos que parte del problema sobre la información clínica deviene de la redacción, desafortunada por supuesto, que tenía el citado artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad. Asignaba el derecho a recibir información, con igual categoría en la práctica, al paciente, sus familiares o allegados cuando queda claro que el titular del derecho es sólo el paciente. Y no sólo esto, sino que el médico tiene la obligación de la confidencialidad, lo cual es difícil de compaginar con la información a “familiares o allegados” sin el permiso de aquel, excepto, por descontado, en caso de incapacidad. Lo cual no implica que la información, que debe ser lo más exhaustiva posible, también debe ser lo más comprensible posible.

Según Galán Cortés, como ya hemos referenciado anteriormente, “El paciente tiene que saber lo que consiente (*nihil volitum quem prae cognitum*, nada es querido si antes no es conocido), esto es, el motivo, la urgencia, el

---

<sup>807</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 75

alcance, la gravedad, los riesgos, las consecuencias, así como los posibles efectos secundarios de la actuación proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento, lo que en modo alguno significa que el médico desarrolle una lección magistral, para la que obviamente el enfermo no se encuentra, *a priori*, preparado”<sup>808</sup>.

Aunque quizás más problemática es cuando se refiere a “información completa y continuada” no sólo oral sino por escrito, lo cual en la práctica diaria es si no imposible casi.

Comprendiendo su dificultad práctica, Ferreirós Marcos<sup>809</sup> da una serie de características de la información clínica: 1.- Hay que informar sobre las consecuencias seguras de los procedimientos. 2.- Hay que informar sobre los riesgos típicos, inherentes, previsibles e inevitables de los procedimientos, pero no de los mínimos o accesorios. 3.- Hay que personalizar, en cada caso, la información, especialmente sobre los riesgos, y adaptarla tanto en sus contenidos como, en la manera de exponerla, a las peculiaridades del paciente. En cualquier caso, la información debe ser suministrada de forma comprensible. 4.- En los procedimientos no curativos, la extensión de la información debe ser mayor que en los de los curativos. 5.- En las situaciones de urgencia o peligrosidad, la obligación de información es menor, aunque sólo con un carácter diferido; una vez pasado el peligro la obligación de información adquiere su dimensión habitual.

Si bien ya hemos expuesto en los apartados 3.2.2 y 3.2.3, los contenidos del documento de consentimiento informado elaborado por los servicios del Complejo Hospitalario de Cáceres, siguiendo las directrices recogidas en los

---

<sup>808</sup> Galán Cortés, J. L. (1997), *Op. cit.*, Pág. 45

<sup>809</sup> Ferreirós Marcos, C. E. (2002), Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado, Madrid, CEJAJ Estudios Jurídicos, Vol. 5, Págs. 563-846 [En Rodríguez López, P. (2004), *Op. cit.*]

Acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 6 de noviembre de 1995, al cual nos adherimos por considerarlo el más completo y representativo de la información necesaria para dicho consentimiento informado, queremos, asimismo, destacar el correspondiente del Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, que incluye los siguientes criterios de información: a) Naturaleza de la intervención: en qué consiste, qué se va hacer. b) Objetivos de la intervención: para qué se hace. c) Beneficios de la intervención: qué mejoría espera obtenerse. d) Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no hacer la intervención. e) Alternativas posibles a la intervención propuesta. f) Explicación breve del motivo que lleva al sanitario a elegir una y no otras. g) Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando lo desee<sup>810</sup>.

Y, respecto a la cantidad de información, este Comité, entiende que debe recoger: a) Consecuencias seguras de la intervención. b) Riesgos típicos de la intervención: aquellos cuya producción deba normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia. c) Riesgos personalizados: aquellos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de las circunstancias personales o profesionales relevantes. d) Contraindicaciones y e) Disponibilidad explícita a ampliar toda la información si el sujeto lo desea.

Y añade, "...según la interpretación doctrinal mayoritaria, incluyendo la jurisprudencia, esta información debe ampliarse al máximo cuando la intervención es «no curativa». El problema es que en la realidad clínica resulta cada vez más difícil diferenciar entre intervenciones «curativas» y «no curativas». Resulta imprescindible que toda la información se redacte en un

---

<sup>810</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, [Consulta el 10 Enero 2001], Disponible en <http://cfnavarra.es/salud/anales/textos/textos6/salud3.html>.

lenguaje asequible y comprensible para el paciente, despojado en lo posible de tecnicismos. Las técnicas de análisis de la legibilidad que se están validando en nuestro país pueden ser un instrumento útil para evaluar qué grado de comprensión de los formularios de consentimiento informado tendrá el ciudadano medio”.

Nosotros entendemos que si bien tanto la jurisprudencia, la doctrina y el Comité inciden mucho sobre la comprensibilidad de la información, el planteamiento es mucho más complicado, porque dado que no hay una persona igual a otra –semejante sí– tampoco hay una comprensión de dicha información que debe facilitarse igual. Nos hallamos ante un triple problema: la Ley, el objeto y el paciente. La Ley está redactada para cubrir necesidades generales, aspectos normativos y globales, se dirige a la *praxis* no al individuo. Los profesionales saben lo que ocurre, y por regla general lo que puede ocurrir, pero el problema está en hacerlo entender al paciente. El paciente puede o no, comprender lo que se le dice, o comprenderlo en parte, con lo cual el principio básico de la ley, y de la ética médica, no se cumple ya que, para otorgar el consentimiento informado, como se ha indicado antes, no basta oír la información sino que debe comprenderse para que tenga validez, por lo menos ética, y sea efectiva.

En opinión de Galán Cortés, “Hay distintos factores o criterios que deben ser considerados a la hora de determinar el contenido del deber de información del médico: unos de carácter subjetivo y otros objetivos. En el primer grupo deben ponderarse, entre otros, el nivel cultural, la edad y la situación personal, familiar, social y profesional del paciente. Dentro de los factores de carácter objetivo, deben evaluarse los siguientes: urgencia del caso, la necesidad de tratamiento, la peligrosidad de la intervención, la novedad del tratamiento, la gravedad de la enfermedad y la posible renuncia del paciente a recibir información. En este sentido, cuanto más urgente es una intervención médica,

menor precisión es exigible en la información médica a suministrar al paciente<sup>811</sup>.

Aunque, y de acuerdo con Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, no todos los procedimientos médicos deberían tener formulario escrito de consentimiento informado, los que así se prevean se pueden agrupar en tres conceptos: a) Aquellos procedimientos que sean invasores requieren el uso de formularios de consentimiento informado. El problema es definir qué se entiende por procedimiento invasor. b) Aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que supongan riesgos e inconvenientes, notorios y previsibles, no inherentes a la actuación clínica (*per se*), que repercutan de manera importante en las actividades de la vida cotidiana. c) Cuanto más dudosa sea la efectividad de un procedimiento diagnóstico o terapéutico más necesario es desarrollar cuidadosos procesos de información y consentimiento, y por tanto, más necesario el uso del soporte escrito.

Lo cual nos parece que si bien es correcto, por otra parte lo complicado es determinar, como dicen, en qué consiste un procedimiento invasor o que se entiende por “*inconvenientes notorios o previsibles*”. E incluso las posibilidades de tal información.

Sobre ello se manifiesta Guerrero Zaplana, al decir que “Como hemos indicado ya varias veces, hay que pensar que la información es muy necesaria a lo largo del proceso terapéutico y asistencial, pero llevar la exigencia de información a límites extremos hace que se puedan producir situaciones indeseables o que tal exigencia termine, en realidad, siendo incumplida por la incompatibilidad con la realidad diaria de los centro asistenciales. La exigencia de información y consentimiento continuados se hace especialmente difícil de

---

<sup>811</sup> Galán Cortés, J. C. (1997), *Op. cit.*, Pág. 49

compatibilizar con la necesidad de que en determinadas circunstancias se debe prestar la asistencia dentro de márgenes muy escaso de tiempo; recuérdese las diversas ocasiones en que se habla en los medios de comunicación de médicos de atención primaria que sólo pueden dedicar unos pocos minutos a cada paciente y ello por deber atender a muchos pacientes en una única jornada de trabajo; parece difícil que, además de atender a cada paciente en los pocos minutos que le correspondan, deba facilitarle la información precisa para obtener su consentimiento previo al tratamiento de que se trate”<sup>812</sup>.

Aunque entendemos que se refiere especialmente a la información por escrito. Lo cual también incide en otro de los aspectos conflictivos de la Ley, la excepciones legales al derecho a recibir información, y consecuentemente, a la obligación de darla. Parte de esta excepción procede de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (Amsterdam, 1994)<sup>813</sup>, promovida por la Organización Mundial de la Salud, que dice: “la información sólo puede ocultarse a los pacientes, excepcionalmente, cuando existan buenas razones para pensar que esta información les causará graves daños sin ningún efecto positivo”.

Respecto a la vertiente únicamente jurídica, Gómez Pavón y López Barja de Quiroga opinan que el tema, en nuestro Derecho, dista de ser claro. A ello han contribuido las divergencias en la doctrina penal española sobre el consentimiento y especialmente en lo referente a la capacidad del sujeto. La opinión mayoritaria entiende que la capacidad del sujeto para el consentimiento no es igual en el ámbito penal que en otros campos del ordenamiento jurídico. La mayoría de la doctrina entiende que es suficiente una capacidad general de comprender y juzgar. Incluso cuando por los tratadistas contrarios a esta

---

<sup>812</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 79

<sup>813</sup> Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, EUR/ICP/HLE 121, Traducción personal, Disponible en [http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam\\_derpac\\_ing.pdf](http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam_derpac_ing.pdf)



solución, que atienden a las condiciones esenciales que el ordenamiento jurídico requiere para otorgarles validez, con cita de determinados ejemplos en delitos contra la propiedad, como el consentimiento del menor en la sustracción de alguna de sus pertenencias, la realidad legislativa lleva a mantener que la capacidad del sujeto que consiente no debe sujetarse a la legislación civil.

Habría que exigir que el sujeto pasivo sea capaz de comprender la trascendencia de la manifestación de la voluntad, en orden a la conservación o mantenimiento del bien jurídico. Es decir, que sea capaz de comprender las consecuencias de su decisión. Pero en los supuestos de «consentimiento» o incluso «acuerdo», implícitamente establecidos por el Código, la solución no es tan sencilla, pues algunos autores acuden al criterio de la mayoría de edad y otros a la mayoría de edad penal<sup>814/815</sup>.

También el Proyecto de Convención sobre los Derechos del Hombre y la Bioética (C.D.B. 1) del Consejo de Europa aprobado en las sesiones de 4-7 de junio de 1996, y en su artículo 5, señala que: “...una intervención en materia de salud puede ser efectuada sólo después que la persona interesada haya prestado el propio consentimiento libre e informado” y añade a continuación, que “esta persona recibe precedentemente una información adecuada para cuanto afecte al fin y a la naturaleza de la intervención así como para cuanto concierna a su consecución y a sus riesgos”<sup>816</sup>.

En las Consideraciones, Conclusiones y Propuestas adoptadas por el Comité Nacional de Bioética en la sesión de 20 de junio de 1992, se establece al respecto que: “...para reconocer la capacidad de un sujeto, parece a este Comité

---

<sup>814</sup> Gómez Pavón, P. (1997), *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, Bosch, Pág.93.

<sup>815</sup> López Barja de Quiroga, J. (1999), *Op. cit.*, Pág. 15

<sup>816</sup> En Martínez Pereda Rodríguez, J. M. (1997), *La Minoría Madura*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, [Consulta el 29 Agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/frames/frame2.htm>

importante el examen de la modalidad con la que dirige el proceso deliberativo: En virtud de tal criterio precisa averiguar si el sujeto se encuentra en situación de comunicar con el médico, con signos exteriores de haber comprendido la información y de encontrarse pronto a decidir, entienda las alternativas y no comprenda la naturaleza (alternativas que deben ser propuestas, sin que pese sobre el mismo el condicionamiento ideológico del operador), de las respuestas dotadas de coherencia y persiste en las conclusiones expresadas”.

La doctrina, por su parte entiende que: “... en este caso, se ha observado que puede hallarse justificación para dejar de proporcionar la totalidad de la información al paciente en el estado de necesidad, en el que es preciso valorar los bienes jurídicos en conflicto: libertad y autodeterminación, que exigirían la información rigurosa, y la vida o integridad corporal, que autorizaría a no proporcionarla. O que estaría justificado prescindir de la información ante el temor fundado de que pudiera provocar una situación de pánico que agravara la salud del paciente o pudiera poner en peligro el éxito de un tratamiento considerado indispensable, porque en estos supuestos se trata de valorar el interés preponderante”<sup>817</sup>.

También, en la misma línea, se recoge en las legislaciones autonómicas. La Ley 3/2005 de Extremadura manifiesta, en su artículo 7: “1. Cuando, en los centros, establecimientos y servicios sanitarios se produzcan casos excepcionales en los que, por razones objetivas, el conocimiento de su situación por parte de una persona pueda perjudicar de manera grave a su salud, el médico asignado podrá actuar profesionalmente sin informar a su representante legal o a personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho y dejar constancia razonada en la historia clínica de la necesidad terapéutica existente. 2. En función de la evolución de dicha necesidad terapéutica el médico podrá informar de forma progresiva, debiendo aportar al paciente información completa en la

---

<sup>817</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Pág. 80

medida en que aquella necesidad desaparezca. 3. De igual forma, en situaciones de urgencia vital o, ausencia de personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, el médico podrá adoptar las decisiones más adecuadas y proporcionadas, para actuar en interés del paciente, dejando asimismo constancia razonada en la historia clínica”.

En definitiva, que es el médico quien decide, en última instancia, si puede proporcionar información al paciente, eso sí según sus criterios profesionales, aunque no se entiende bien como un traumatólogo, por ejemplo, puede decidir sobre el pánico del paciente cuando reciba la información a no ser que en el equipo médico se incluya un psicólogo.

La cuestión planteada, sobre los límites y excepciones a la información, es si el deber de información es absoluto o relativo. En el caso que existan, se relativiza naturalmente dicho deber, y por otra parte, se produce un conflicto de intereses entre el principio de autodeterminación, estrechamente ligado, como se ha indicado, al consentimiento informado, y la vida o integridad de la persona por otra.

Desde luego, bajo la perspectiva de la ética médica, y del Juramento Hipocrático, el primer deber del médico es beneficiar al paciente por lo que en los casos en que la información fuera perjudicial para este, debería prevalecer la ética médica sobre el deber a informar. El problema es cuándo, cómo y quién determina la situación de conflicto, como ya hemos manifestado anteriormente<sup>818</sup>.

El citado Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, establece las siguientes condiciones limitativas del derecho a ser informado y el deber de informar:

---

<sup>818</sup> Nos remitimos al apartado 3.1.2

“a) Situaciones de urgencia: A tenor de lo expuesto en el artículo 10.6. c) de la Ley General de Sanidad y el artículo 8 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, entendemos que el deber de informar, así como la exigencia del consentimiento, ceden sólo en aquéllas situaciones en que la urgencia no permite demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, es decir, cuando el paciente no está en condiciones de recibir la información y/o de prestar su consentimiento ni es posible acudir a sus familiares. Esto rige estrictamente por el período de tiempo en que concurra tal situación, de modo que, tan pronto se haya superado, debe informarse inmediatamente al paciente, según se ha dicho con anterioridad.

b) Pronóstico fatal: El pronóstico, tal como ha señalado la doctrina, lejos de excluir el deber de informar constituye una manifestación importante de este deber. En principio, es un derecho que corresponde a todo enfermo que quiera conocer su verdadero estado de salud. Otra cosa distinta es que este supuesto concurra con una renuncia del destinatario, expresa o tácita.

c) Información claramente perjudicial para la salud del paciente: En este supuesto es ineludible la valoración de los valores en conflicto, para lo cual parece recomendable el asesoramiento del Comité Asistencial de Ética. Este requerimiento es especialmente conveniente cuando la situación descrita concurre con el deseo expresado por el paciente de conocer su verdadero estado de salud. Debe hablarse aquí de necesidad terapéutica.

Al hilo de este supuesto, deben tenerse en cuenta las excepciones del artículo 5 de la LORTAD<sup>819</sup>, así como el artículo 10 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina que, después de establecer en el apartado 2, a modo de regla general, que toda persona tendrá derecho a conocer toda

---

<sup>819</sup> Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE núm. 262, de 31 de octubre)

información obtenida respecto a su salud, prevé en su apartado 3, que de modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado anterior.

d) Renuncia del destinatario: La renuncia a ser informado expresa o tácitamente, mediante hechos concluyentes, ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina como un supuesto de excepción o límite al deber de información.

Recogiendo este criterio, el artículo 10.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina consagra tal excepción o límite al decir que deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada, debiendo quedar este extremo debidamente documentado<sup>820</sup>.

Pero la doctrina no tiene muy claro estos límites ni siquiera el procedimiento. En opinión de Galán Cortés, “En aquellos casos de diagnóstico fatal, no parece razón suficiente tal estado para eliminar el deber de información al paciente, sino que la información que se le suministre deberá hallarse acomodada a las circunstancias concurrentes con la psicología del médico y del paciente, extendiendo esta información a los familiares, salvo que el propio enfermo lo haya prohibido expresamente y haya manifestado claramente su intención de conocer la verdad exacta de su situación<sup>821</sup>”.

Lo cual nos lleva otra vez a un plano psicológico, porque ya no es sólo la más o menos especial psicología del paciente, sino que se incluye la del médico, y ello le convierte en parte integrante de la decisión de facilitar información cuando siempre se ha considerado un derecho del paciente.

---

<sup>820</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, [Consulta el 15 Octubre 2001] Disponible en <http://www.aeds.org/documentos/expertos.htm>

<sup>821</sup> Galán Cortés, J. (1997), *Op. cit.*, Pág. 52.

Por otro lado exige que el paciente haya solicitado de una manera “expresa” y “clara” su voluntad de recibir información hasta el final, cuando, a nuestro entender, sería más lógico que se le informara siempre y cuando no hubiera expresado de modo “expreso” y “claro” su voluntad de no recibir información, que es el sentido general de la Ley.

Y sigue manifestando que “Estamos, obvio es decirlo, ante una cuestión muy resbaladiza, donde será preciso analizar cada caso concreto en función de sus múltiples circunstancias por lo que deberemos de huir de cualquier regla general de conducta al respecto, teniendo siempre presente el principio de ponderación, que justificaría *per se*, en ciertas situaciones muy concretas, el mal llamado por la doctrina angloamericana «privilegio terapéutico del médico», también conocido, en la doctrina germánica, como «principio de asistencia»<sup>822</sup>.

Por otra parte, hay que considerar la llamada información terapéutica<sup>823</sup>: “Íntimamente ligada a la información facilitada a todo paciente para que pueda otorgar el consentimiento informado a una concreta intervención terapéutica, se halla la información que, una vez aceptado el tratamiento y llevado el mismo a efecto, debe dispensársele con el fin de lograr el máximo beneficio de la terapia prescrita, lo que se conoce como información terapéutica o de seguridad, y que puede definirse como aquella información obligada por las necesidades del tratamiento, cuyo fin es instruir al paciente de la conducta que debe seguir en función del mismo, si bien no faltan autores que consideran que tal información no integra, en sentido estricto, una obligación”<sup>824</sup>.

Una de las características de la información terapéutica, por lo general, consiste en que en buena parte es oral, aún cuando no deja de ser obligación del

---

<sup>822</sup> Galán Cortés, J. (1997), *Op. cit.*, Pág. 52

<sup>823</sup> Nos remitimos al apartado 3.2.5

<sup>824</sup> Galán Cortés, J. (2001), *Op. cit.*, Pág. 359

facultativo redactar los aspectos más relevantes de la misma. Es importante tener en cuenta que el médico necesita la información terapéutica en dos aspectos: como parte integrante de la *lex artis ad hoc* y como instrumento necesario e indispensable de todo tratamiento, que si olvida o decide no implementar se encuentra con una infracción de los deberes éticos y prácticos de su profesión.

Blanco Cordero distingue también entre el deber de información terapéutica y el deber de información como sustento del consentimiento informado, que es lo mismo que distinguir entre los dos tipos de información. Entiende que si bien la información que afecta al consentimiento informado directamente incide en el discernimiento necesario del paciente para que pueda tomar una decisión fundamentada y responde al principio de *voluntas aegroti suprema lex*, la información terapéutica está integrada en el marco del tratamiento y pretende obtener la cooperación del paciente en el tratamiento terapéutico respondiendo al principio de *salus aegroti suprema lex*<sup>825</sup>.

Según Galán Cortés, “Se trata, por tanto, de una información que forma parte del tratamiento en sí mismo considerado, al que el paciente normalmente ya habrá consentido con carácter previo, aunque en la práctica surgen, en ocasiones, notables problemas a la hora de delimitar ambas clases de información, con cierta frecuencia imbricadas (...) En suma, esta información terapéutica debe mediar siempre como parte integrante del propio tratamiento médico y de la *lex artis ad hoc*, de tal modo, que su omisión generará análoga responsabilidad a la derivada de la falta de tratamiento o a la de un tratamiento incompleto o defectuoso”<sup>826</sup>.

---

<sup>825</sup> Blanco Cordero, I. (1997), *Responsabilidad del médico por la omisión o el exceso de información terapéutica*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, [Consulta el 29 Agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/frames/frame2.htm>

<sup>826</sup> Galán Cortés, J. (2001), *Op. cit.*, Págs. 360 y 364

## ii. Información de la Historia Clínica

En la ley 41/2002, en su artículo 3, se define la historia clínica como “el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”.

Para Simón, “la historia clínica es la documentación que contiene la información sanitaria relevante referida a una persona o a un grupo de personas que recibe servicios sanitarios. Puede incluir el material para la educación sanitaria del paciente, las formas de pago necesarias, y/o los documentos requeridos para el ingreso involuntario del paciente, instrucciones previas o el alta voluntaria”<sup>827</sup>.

En opinión de Rodríguez López, “La historia clínica tiene como finalidad principal facilitar la atención o asistencia sanitaria del ciudadano. Existen otras finalidades (gestión del sistema sanitario, supervisión o inspección del sistema sanitario, investigación clínica, investigación epidemiológica, judiciales, etc.), en principio subordinadas a la finalidad asistencial indicada. Desde esta perspectiva la historia clínica puede ser concebida como una suerte de biografía sanitaria de un usuario del sistema sanitario. Es un reflejo de la evolución sanitaria y vital del usuario, cuya identidad se plasma y puede ser extraída del conjunto de documentos que reproducen la historia clínica. Como todo relato vital, se trata de un relato pluridimensional y de un relato en común. En consecuencia, no sirve únicamente para identificar al paciente sino que incorpora los caracteres de otros sujetos que son relevantes en la configuración de la identidad clínica de aquél (profesionales sanitarios, familiares, etc.). Asimismo, no se limita a la exposición

---

<sup>827</sup> Simón, P. (2005), *Ética de las organizaciones sanitarias. Nuevos modelos de calidad*, Pablo Simón ed., Madrid, Triacastela, Pág. 113



o descripción de hechos clínicos, y añade también valoraciones, decisiones, juicios clínicos, etc.»<sup>828</sup>.

Para Ayerra Lazcano<sup>829</sup> los principios sobre los que debe basarse una historia clínica, son:” 1.- En primer lugar, el deber de redactar y conservar la historia clínica en interés del paciente, que no constituye una novedad sino que por el contrario ya el propio Código de Ética y Deontología Médica impone a todos los médicos. 2.- Desde el punto de vista del contenido, la historia clínica presenta una complejidad creciente, tanto en atención a sus componentes como a su diversidad; no es una mera narración o exposición de hechos, sino que como documento que refleja las vicisitudes de la relación médico-paciente incluye por lo tanto juicios, documentos, procedimientos e informaciones. En sus orígenes la historia clínica fue una ayuda para la memoria del médico, al constituir una auténtica narración biográfica, así como una elaboración científica muy personal sobre las observaciones y los hallazgos clínicos, que mantenía su coherencia y permitiera un seguimiento eficaz en las sucesivas consultas que el paciente realizara a lo largo del tiempo. La propia evolución de la medicina hace de este instrumento una realidad compleja, no obstante lo cual sigue siendo un documento imprescindible en la asistencia sanitaria, aunque su estructura haya cambiado y sus repercusiones se extiendan, en la actualidad, a ámbitos como el legal, el administrativo o el científico propiamente dicho. 3.- La historia clínica se define a partir de su finalidad. La verdadera fundamentación y la razón de ser de la historia es que se redacta, en primer lugar, en beneficio del paciente. Esta nota caracterizadora aparece, ya expresada, en el Código de Deontología Médica. 4.- No obstante, junto a esta finalidad primera, y respecto de historias clínicas ya redactadas, ambas leyes también le asignan no ya utilidades sino fines científicos y de inspección sanitaria, así como epidemiológicos (en relación con

---

<sup>828</sup> Rodríguez López, P. (2004), *Op. cit.*, Pág. 105

<sup>829</sup> Ayerra Lazcano, J. M. (2003), Regulación general de la historia clínica, *Derecho y Salud*, Vol. 11, núm 1, Págs. 25 y ss.

la diferenciación entre derecho a la información individual y colectiva). 5.- La naturaleza de los datos que la historia clínica contiene justifica las rigurosas garantías que se imponen desde el punto de vista del derecho a la intimidad del paciente, a la confidencialidad y secreto médico. 6.- Finalmente, indicar que la historia clínica no es la única documentación clínica, aunque es la más relevante. El informe de alta y los certificados acreditativos de su estado de salud que tienen derecho a que se les faciliten son otros, por orden de importancia.

Respecto a la Información de la Historia Clínica, el Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra<sup>830</sup>, entiende que deben considerarse los siguientes conceptos, de forma y manera que se estructure un método común:

“La finalidad de la historia clínica: El fin principal de la Historia Clínica es facilitar la asistencia sanitaria del ciudadano, recogiendo toda la información clínica necesaria para asegurar, bajo un criterio médico, el conocimiento veraz, exacto y actualizado de su estado de salud por los sanitarios que le atienden. Esta finalidad es la razón de ser de la Historia Clínica y la única que puede justificar: - Su creación y actualización, - La naturaleza de los datos que puede contener y - Su carácter especialmente sensible en relación con la necesaria protección legal que asegure el carácter confidencial de su contenido, y por tanto, la intimidad de la persona sobre cuya salud hace referencia la información en ella contenida”.

“- El responsable de la creación y actualización de la historia clínica: La competencia de la creación y actualización de la Historia Clínica es del médico que realiza la asistencia sanitaria a la persona, siendo él el único agente que está

---

<sup>830</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, [Consulta el 15 Octubre 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/documentos/expertos.htm>

autorizado para anotar en la HC la recogida y actualización de los datos relativos a la salud que en ella se contienen”.

“- El ámbito, contenido y estructura de la historia clínica: La Historia Clínica debe contener la información asistencial generada durante la atención al paciente en todas y cada una de sus visitas a un determinado centro asistencial o área sanitaria. Los datos que, como mínimo, debe contener la historia clínica han de responder a un conjunto determinado establecido en la propia ley. Los datos de la HC de una persona en un centro o área sanitaria deben disponerse de tal manera que permita: - Su consulta integrada de tal manera que por medio de una búsqueda única puedan recuperarse todos los datos de la HC de un mismo paciente, y ello con independencia de su origen en el tiempo o de la unidad donde se recogieron. - Su consulta coherente y ordenada, para lo cual todas las anotaciones que en ella se realicen deberán contener la fecha, la identificación de la persona que la realiza y la unidad del centro sanitario a la que pertenece. - Su consulta selectiva y diferenciada por episodios asistenciales que constituyen bloques homogéneos de información que contienen la totalidad de los datos que se han generado en una fracción determinada de tiempo, como consecuencia de un determinado modo de asistencia sanitaria y bajo una modalidad asistencial concreta: hospitalización, consulta ambulatoria, urgencias, hospital de día u otras que pudieran establecerse”.

En opinión de Laín Entralgo<sup>831</sup>, la historia clínica es. “...un relato patográfico ...”, y para Galán Cortés<sup>832</sup>, “... la biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente, por lo que ostenta un valor fundamental, no sólo desde el punto de vista clínico, sino también a la hora de juzgar la actuación del profesional sanitario... Se ha llegado a decir que la

---

<sup>831</sup> Laín Entralgo, P. (1998), *La historia clínica*, 3ª edic. facsímil de la 1ª, Madrid, Triacastela, Págs. 29 y 659

<sup>832</sup> Galán Cortés, J. 2001, *Op. cit.*, Págs. 150-151

historia clínica, el consentimiento informado y los protocolos constituyen una «vacuna legal» contra las demandas, estimándose que con estos tres documentos se evitaría el 50 por 100 de los juicios sobre responsabilidad médica”.

Por su parte la legislación es escueta pero clara sobre el contenido de la historia clínica. La ley autonómica extremeña, la define como, un conjunto de documentos en el que se relaciona el desarrollo del proceso, desde la perspectiva médica y sobre la enfermedad que padece, del paciente, desde el primer momento<sup>833</sup>. Los datos que deben incluir son, entre otros: datos de la anamnesis, exploración, tratamiento, evolución y epicrisis o informe de alta final, gráficos, radiografías, análisis de sangre, o sea toda la información imprescindible para el médico<sup>834</sup>.

La legislación autonómica vasca la define como: “La historia clínica es el documento donde se contiene toda la información de utilidad clínica relativa al estado de salud o enfermedad de la población asistida en el hospital”.<sup>835</sup> Y la Ley autonómica gallega dice: “La historia clínica es el conjunto de documentos en

---

<sup>833</sup> Ley 3/2005 de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura: Artículo 31. Definición y tratamiento de la historia clínica.1. La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro sanitario.

2. Al menos en cada centro sanitario, existirá una historia clínica única para cada paciente y en un modelo uniforme, que recogerá los contenidos mínimos fijados en el artículo siguiente, adaptados al nivel asistencial que tengan y la clase de prestación que realicen.

3. Cada centro sanitario archivará la historia clínica de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizados su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información, así como la autenticidad del contenido de las mismas y su plena reproductibilidad futura. En cualquier caso, debe garantizarse que queden registrados todos los cambios e identificados los médicos y los profesionales asistenciales que los han realizado.

4. Los centros sanitarios deben adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para proteger los datos personales recogidos y evitar su destrucción o su pérdida accidental, y también el acceso, alteración, comunicación o cualquier otro procesamiento que no sean autorizados.

<sup>834</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Bascones, A. (1996), *Op. cit.*, Pág. 47

<sup>835</sup> Decreto 272/86, de 25 de noviembre, del Gobierno Vasco. por el que se regula el uso de la Historia Clínica en los Centros Hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

los que se contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier tipo sobre la situación y evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial”<sup>836</sup>.

Como manifiestan Sánchez Caro y Abellán, hay otro aspecto de la historia clínica que no hay que olvidar dada la importancia del mismo y es la evolución que la estructura de ésta, ha tenido en la medicina pública, convirtiéndose en un documento multiprofesional al contener las aportaciones de los distintos profesionales que, por pertenencia a un equipo o por colaboración mediante interconsulta, prestan su atención y cuidados al paciente<sup>837</sup>.

O sea, la historia clínica, por su naturaleza como guión de las secuencias de la patología o patologías de un paciente, se convierte a nuestro entender en el principal documento profesional, en el que se puede seguir el historial del paciente y sirve de referencia a todo el proceso de curación. Y al tiempo es una prueba documental del quehacer de los profesionales de la sanidad, tanto para librarles de cualquier responsabilidad como para demostrar que han incurrido en ella. Una historia clínica insuficiente constituye un indicio de hechos punibles, pero una historia clínica completa puede librar a los facultativos de muchos problemas legales.

No puede dejarse de lado el valor probatorio de la Historia Clínica en los procesos judiciales, ya que son testimonio de los tratamientos, circunstancias en que se han aplicado y también el seguimiento de la enfermedad del paciente. Y sobre este historial clínico deciden, en muchas ocasiones, los jueces sus sentencias. Aunque, desde luego, tanto la presentación de la historia clínica, como su validación por el tribunal correspondiente —especialmente el soporte en

---

<sup>836</sup> Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (BOE núm.158, de 3 de julio)

<sup>837</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Op. cit.*, Pág. 63

que se ha redactado, su caligrafía, si hay partes enmendadas o borradas, la antigüedad de las mismas, etc., o sea cualquier elemento que pudiera suponer una infracción penal— varía con la naturaleza del demandado —sea el médico, la Administración o el paciente— o el procedimiento: penal, civil, administrativo o laboral., y también, las implicaciones del secreto profesional y el derecho a la privacidad del paciente. Lo cual, coordinarlo todo y dar la adecuada actuación de las partes, complica, en grado sumo, todos los procedimientos relacionados con la sanidad<sup>838</sup>.

El TS<sup>839</sup> se manifiesta sobre el tema en la sentencia de 20 de marzo de 1997, al recoger, “Lo que sucedió fue que tampoco pudo practicarse en el período probatorio de la alzada por no haberse remitido el material hospitalario preciso y que se interesó para su efectiva incorporación al pleito durante su transcurso, por lo que una vez y tardíamente recibidas, la Audiencia Provincial acordó, con buen criterio, la práctica de la prueba pericial dicha, como diligencia para mejor proveer, restableciendo la igualdad procesal de los litigantes, que se presenta difícil y a veces impeditiva y obstaculizadora en los procesos como el presente, en los que resulta que se da una mejor posición probatoria de los facultativos y centros hospitalarios, tanto por las dificultades con que tropiezan los particulares afectados a la hora de encontrar peritos especializados y neutrales, como para acceder a la documentación médica necesaria (historia clínica) y así lo advirtió esta Sala en la reciente sentencia de 2 de diciembre de 1996/8938”.

Por otra parte la historia clínica es un documento complementario del consentimiento informado ya que puede demostrar que el paciente a otorgado

---

<sup>838</sup> No podemos olvidar y así lo reseña Pantaleón, que, así lo reconoce la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Administración es responsable de los daños ocasionados por el normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos. [Pantaleón, F. (1995), *Responsabilidad médica y responsabilidad de la administración*, Madrid, Cívitas, Págs. 84-87]

<sup>839</sup> STS de 20 de marzo de 1997 (Sala de lo Civil)

tal consentimiento o no: "...la responsabilidad médica es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico, por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencias del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslaya en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, sin una acreditada valoración previa de aquellos y sin una explicación de los riesgos acumulados que aquellos comportan, para someterlos en suma, a la aceptación del paciente, mediante su consentimiento. En estos casos la responsabilidad del médico queda fuera de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que no acepta el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, como se mantiene respecto de otras posibles infracciones culposas, no obstante, que esta doctrina admita múltiples matices según proporción del resultado”<sup>840</sup>.

En definitiva, pues, la historia clínica, no sólo es necesaria para el fiel seguimiento de la evolución de las patologías del paciente, sino como testimonio válido para cualquier problema judicial con que se enfrenten los actores del proceso sanitario. Bien es cierto que no sólo la historia clínica determinará en todos los casos los resultados, pero entenderemos que si proporcionará una base consistente para las decisiones judiciales.

El derecho al acceso a la historia clínica particular de los pacientes, viene explicitada en el artículo 18, de la ya reiteradamente citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En este

---

<sup>840</sup> STS de 1 de julio de 1997, ya citada (Sala de lo Civil)

artículo, se especifica el acceso del paciente a su historial y las limitaciones que existen en esta accesibilidad, que se concretan, de manera especial, a las anotaciones subjetivas de los facultativos. Y se establece de forma indirecta la confidencialidad de acceso de terceros, también con excepciones de derecho, a dicho historial clínico<sup>841</sup>.

### iii. Información no clínica

Como refiere Abel Lluch<sup>842</sup>, la Ley 41/2002, utiliza, unas veces, el término “información clínica”; otras veces se refiere al término “información sanitaria” y en pocas ocasiones alude a la “información asistencial”. En la mayoría de las ocasiones, el término utilizado es simplemente el de “información” aunque se refiera a ella con distintos adjetivos –verdadera, adecuada, comprensible, previa, suficiente, básica, etc.–. Además de la información, clínica, asistencial y sanitaria, también se recoge el “derecho a la información epidemiológica”.

---

<sup>841</sup> Ley 41/2002.- Artículo 18. Derechos de acceso a la historia clínica. 1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos. 2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada. 3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas. 4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

<sup>842</sup> Abel Lluch, X. (2004), *Op. cit.*, Págs. 34 y ss.



También, por la doctrina y por la jurisprudencia, se alude a la “información terapéutica” lo que nos obliga a realizar una revisión de los que ello puede significar<sup>843</sup>.

El artículo 10 de la Ley General de Sanidad<sup>844</sup> establece los derechos de los usuarios en materia de sanidad: “Todos tienen derecho a: 2. La información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder, y sobre los requisitos necesarios para el uso. 5. Que se les dé, en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre

---

<sup>843</sup> De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. (2000), *Op. cit.*, Págs. 68-69

<sup>844</sup> Ley General de Sanidad.- Artículo Diez: Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.
2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.
3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.
4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.
5. Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
6. Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.
8. Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
9. Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
10. A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.
11. Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.
13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud.
14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.
15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento. 8. Que se les extienda certificado acreditativo de su estado de salud. 11. Recibir un informe de alta”.

Se trata pues de un derecho a la información de los servicios que pueden solicitar de la sanidad española, o sea de aspectos asistenciales.

El problema que se suscita es hasta dónde llega este derecho a la información sanitaria. Porque una cosa es una amplia información que le proporcione unos adecuados conocimientos de sus problemas de salud, y consecuentemente, pueda sobre esta base tomar sus decisiones y otra, muy distinta, sobre aspectos generales de la sanidad como aspectos epidemiológicos, deontológicos o puramente de medicina pública y comunitaria. Estos aspectos, en parte se hallan desarrollados en el Artículo 18<sup>845</sup> de la citada Ley aunque no

---

<sup>845</sup>Ley General de Sanidad.- Artículo Dieciocho: Las Administraciones públicas, a través de sus servicios de salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones:

1. Adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, comprendiendo la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres, y la formación contra la discriminación de las mujeres.
2. La atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la Comunidad.
3. La asistencia sanitaria especializada, que incluye la asistencia domiciliaria, la hospitalización y la rehabilitación.
4. La prestación de los productos terapéuticos precisos, atendiendo a las necesidades diferenciadas de mujeres y hombres.
5. Los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como los programas de prevención de las deficiencias, tanto congénitas como adquiridas.
6. La promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación y tratamiento de residuos líquidos y sólidos; la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire, con especial atención a la contaminación atmosférica; la vigilancia sanitaria y adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda.
7. Los programas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes.
8. La promoción y mejora de la salud mental.
9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

tanto como derechos de los ciudadanos sino como actuaciones de las distintas Administraciones.

Los dos artículos, el 10º y el 18º, de la Ley General de Sanidad concentran los derechos de información no clínica de los usuarios del sistema. Pero hay que dejar claro que el 10º se refiere a derechos subjetivos, o sea aquellos que el paciente puede exigir y reclamar por vías judiciales y el 18º son obligaciones, en algunos casos relativas, de la Administración, difícil, por no decir imposible, de recurrir.

En algunas legislaciones autonómicas, como la Canaria<sup>846</sup> o la Ley 10/2001 de Salud de Extremadura<sup>847</sup>, también se contempla este punto, y así, la Ley 10/2001, garantiza que el usuario tiene, entre otros, derecho a:

1- Información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva. (Artículo 11.1. p).

---

10. El control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas.

11. El control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica, diagnóstica y auxiliar y de aquellos otros que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas.

12. Promoción y mejora de las actividades de veterinaria de salud pública, sobre todo en las áreas de la higiene alimentaria, en mataderos e industrias de su competencia, y en la armonización funcional que exige la prevención y lucha contra la zoonosis.

13. La difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud.

14. La mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio de la organización sanitaria, incluyendo actuaciones formativas dirigidas a garantizar su capacidad para detectar, prevenir y tratar la violencia de género.

15. El fomento de la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, atendiendo a las diferencias entre mujeres y hombres.

16. El control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles.

17. El tratamiento de los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica para permitir el análisis de género, incluyendo, siempre que sea posible, su desagregación por sexo.

[Modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo)]

<sup>846</sup> Ley 11/94, de 26 de julio, de Ordenación sanitaria de Canarias.

<sup>847</sup> Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (Diario Oficial de Extremadura núm. 76, de 3 de julio de 2001)

2- los diferentes derechos que enumera para los usuarios y beneficiarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura (Artículo 11) <sup>848</sup>.

---

<sup>848</sup> Artículo 11.º - Derechos de los ciudadanos respecto al Sistema Sanitario

1.-De conformidad con los derechos reconocidos en la Constitución Española y en la legislación básica estatal, en el Sistema Sanitario Público de Extremadura se garantizan los siguientes derechos:

a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva del Sistema Sanitario Público de Extremadura.

b) Al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que puedan ser discriminados por ninguna causa. Este derecho incluirá el progresivo ofrecimiento de habitación individual en los centros hospitalarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

c) A la información sobre los servicios sanitarios a que pueden acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

d) A disponer de información sobre el coste económico de las prestaciones y servicios recibidos.

e) A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en cualquier institución sanitaria de Extremadura.

f) A ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pudieran ser utilizados en un proyecto docente o de investigación, sin que, en ningún caso, dicha aplicación comporte riesgo adicional para la salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

g) A que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, incluyendo la posibilidad de solicitar el alta voluntaria.

h) A la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico, siendo preciso el consentimiento previo por escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

1) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

2) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

3) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

4) Cuando el usuario haya manifestado expresamente su deseo de no ser informado.

i) A que se les asigne un médico, cuyo nombre se les dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

j) A que se les extienda certificación acreditativa de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria.

k) A la negativa al tratamiento, excepto en los casos señalados en el epígrafe h)1) del presente artículo, debiendo, para ello, dejar constancia de la misma.

l) A participar en las actividades sanitarias a través de los cauces previstos en la normativa básica estatal, en la presente Ley y en cuantas disposiciones la desarrollen.

m) A que quede constancia, por escrito o en soporte técnico adecuado, de todo su proceso. Al finalizar la estancia en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o allegado recibirá su informe de alta.

n) A disponer, en todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios y sociosanitarios, de una carta de derechos y deberes por la que ha de regirse su relación con los mismos.

ñ) A la utilización de los procedimientos de reclamación y sugerencias, así como a recibir respuestas por escrito, siempre de acuerdo con los plazos que reglamentariamente se establezcan.

3.- De igual forma, recoge los deberes<sup>849</sup> de los usuarios y beneficiarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura (Artículo 12).

---

o) A la libre elección de médico, servicio y centro, así como a obtener una segunda opinión médica, en los términos que reglamentariamente se establezcan. En el ámbito de la atención primaria, se entenderá la libre elección a la Unidad Básica Asistencial.

p) A la información sobre los factores, situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva conocidos.

q) Al libre acceso al Defensor de los Usuarios del Sistema Sanitario Público de Extremadura.

2.-Los menores, mayores dependientes, enfermos mentales, los que padecen enfermedades crónicas, terminales y discapacitantes y las personas pertenecientes a grupos de riesgo, tienen derecho a actuaciones y programas sanitarios específicos y preferentes en el Sistema Sanitario Público de Extremadura.

3.-Los enfermos mentales, sin perjuicio de lo señalado en los epígrafes precedentes, tendrán, en especial, los siguientes derechos:

a) Cuando en los ingresos voluntarios desapareciera la plenitud de facultades durante el internamiento, la Dirección del Centro deberá solicitar la correspondiente autorización judicial para la continuación del mismo.

b) En los ingresos forzosos, el derecho a que se reexamine periódicamente la necesidad del internamiento.

4.-Sin perjuicio de la libertad de empresa, los derechos contemplados en los epígrafes b), c), d), e), f), g), h), i), j), k), m), n), ñ) y p) del apartado primero y el apartado tercero serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

5.-Además de lo dispuesto en el punto 1 de este artículo, se reconoce el derecho a la expresión anticipada de voluntades en los siguientes términos:

a) A estos efectos se entiende por expresión anticipada de voluntades el documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Este documento podrá incluir la designación de un representante que será interlocutor válido del equipo sanitario.

b) Debe existir constancia fehaciente de que el documento ha sido otorgado en las condiciones señaladas en el apartado anterior.

c) La expresión anticipada de voluntades debe formalizarse ante notario o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, sin relación de parentesco hasta el segundo grado ni vinculados por relación patrimonial alguna con el otorgante.

d) No serán tenidas en cuenta aquellas voluntades que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o que no se correspondan con el supuesto de hecho que se hubiera previsto en el momento de emitirlas.

e) Si existe el documento de expresión anticipada de voluntades, deberá ser entregado por quién las otorgó, por sus familiares o por un representante legal en el Centro Sanitario donde el paciente sea atendido, incorporándose el mismo a su historia clínica.

<sup>849</sup> Artículo 12.º - Deberes de los ciudadanos respecto al Sistema Sanitario

Sin perjuicio de los deberes reconocidos en la legislación básica estatal, al ámbito de esta Ley los ciudadanos están sujetos, con respecto al Sistema Sanitario Público de Extremadura, al cumplimiento de los siguientes deberes:

a) Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicamente determinadas por los servicios sanitarios.

b) Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las instituciones sanitarias y sociosanitarias.

4- Los servicios y prestaciones sanitarios a los que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. (Artículo 11.1. a y c).

Desde luego el titular del derecho a la información sanitaria es el paciente, en tanto y cuanto usuario, y el posible paciente, en tanto que ciudadano tutelado por la Constitución y las leyes. Pero hay dos tipos de información: la información clínica que afecta a un paciente y el proceso de su curación y por otra parte la información sanitaria, no clínica, general<sup>850</sup>.

---

c) Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente y prestaciones terapéuticas y sociales.

d) Firmar el documento de alta voluntaria en los casos de no aceptación del tratamiento. De negarse a ello, la dirección del correspondiente centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta. Igualmente deberá firmar el documento pertinente en el que conste que ha quedado suficientemente informado de las actuaciones sanitarias propuestas.

e) Mantener el debido respeto a las normas establecidas en cada centro sanitario y sociosanitario a los usuarios y personal que preste sus servicios en los mismos.

f) Colaborar con los centros, servicios y profesionales sanitarios, facilitando la información de su estado de salud para adecuar la atención sanitaria a las necesidades demandadas.

g) Cumplir las normas y procedimientos de uso y acceso a los derechos que se le otorgan a través de la presente Ley.

<sup>850</sup> Sobre este punto es interesante y preceptivo referirse a la Carta de los Derechos de los Pacientes en España:

1.- Derecho a recibir atención médica adecuada: el paciente tiene derecho a que la atención médica se le otorgue por personal preparado de acuerdo a las necesidades de salud y a las circunstancias en que se brinda la atención; así como a ser informado cuando requiera referencia a otro médico.

2.- Derecho a recibir trato digno y respetuoso: el paciente tiene derecho a que el médico, la enfermera y el personal que le brinden atención médica se identifiquen y le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor a su intimidad, cualquiera que sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes.

3.- Derecho a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz: el paciente, o en su caso el responsable, tienen derecho a que el médico tratante le brinde información completa sobre el diagnóstico, pronóstico y tratamiento; se exprese siempre de forma clara y comprensible; se brinde con oportunidad con el fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea siempre veraz, ajustada a la realidad.

4.- Derecho a decidir libremente sobre su atención: el paciente o en su caso el responsable, tienen derecho a decidir con libertad, de manera personal y sin ninguna forma de presión, aceptar o rechazar cada procedimiento diagnóstico o terapéutico ofrecido, así como el uso de medidas extraordinarias de supervivencia en pacientes terminales.

5.- Derecho a otorgar o no su consentimiento válidamente informado: el paciente o en su caso el responsable, en los supuestos que así lo señale la normativa, tiene derecho a expresar su consentimiento, siempre por escrito, cuando acepte sujetarse con fines de diagnóstico o terapéuticos, a procedimientos que impliquen un riesgo, para lo cual deberá ser informado en

Quién es el titular de la información es claro y así se recoge en el artículo 1 de la Ley General de Sanidad, al decir en su apartado 2, que: “Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”.

Respecto al contenido de la información podemos, siguiendo los considerandos del Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra, distinguir entre: a) Información general dirigida a toda la colectividad y, b) Información individualizada dirigida al usuario.

---

forma amplia y completa en qué consisten, de los beneficios que se esperan, así como complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse a consecuencia del acto médico. Lo anterior incluye las situaciones en las cuales el paciente decida participar en estudios de investigación o en caso de donación de órganos.

6.- Derecho a ser tratado con confidencialidad: el paciente tiene derecho a que toda la información que exprese su médico, se maneje con estricta confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, incluso la que derive de un estudio de investigación al cual se haya sujetado de manera voluntaria; lo cual no limita la obligación del médico de informar a la autoridad en los casos previstos por la ley.

7.- Derecho a contar con facilidades para obtener una segunda opinión: el paciente tiene derecho a recibir por escrito la información necesaria para obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

8.- Derecho a recibir atención médica de urgencia: cuando está en peligro la vida, un órgano o una función, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia por un médico, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, con el propósito de estabilizar sus condiciones.

9.- Derecho a contar con un expediente clínico: el paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciban sean asentados de forma veraz, clara, precisa, legible y completa en un expediente que deberá cumplir con la normativa aplicable y cuando lo solicite, obtener por escrito un resumen clínico veraz de acuerdo al fin requerido.

10.- Derecho a ser atendido cuando se inconforme por la atención médica recibida: el paciente tiene derecho a ser escuchado y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se inconforme por la atención médica recibida de servidores públicos o privados. Así como tiene derecho a disponer de vías alternas a las judiciales para tratar de resolver un conflicto con el personal de salud”.

V Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria del Instituto Nacional de la Salud, (1984), Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo

a) Información general dirigida a toda la colectividad

Aparece explicitada en el artículo 18 apartado 13 de la Ley General de Sanidad reconociendo la obligación de las Administraciones Pública a la difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud. En la Ley 41/2002, está recogida en el artículo 6 al decir que: “Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

Según reseña Abel Lluch, el concepto y significado de la epidemiología ha sufrido mutaciones, pues si bien inicialmente se identificaba con la “ciencia o doctrina de las epidemias”, posteriormente se ha identificado como la “ciencia de los fenómenos masa”<sup>851</sup>.

Respecto al alcance de dicha información no hay una regulación explícita y depende de la Administración correspondiente.

b) Información individualizada dirigida al usuario.

El problema, que ya se ha indicado antes, es la información a la que tiene derecho el usuario de los servicios, fuera del marco estrictamente clínico; sus obligaciones, por supuesto, y los límites de esta información. Es decir, información que no contenga datos relativos al estado de salud.

---

<sup>851</sup> Abel Lluch, X. (2004), *Op. cit.*, Pág. 39



La tipología de la información incluye la libre elección del médico<sup>852</sup>, para lo cual, evidentemente, es necesario estar informado o las listas de espera<sup>853</sup>, que son, asimismo, una información que el paciente debe evaluar o prestaciones a las que puede acceder<sup>854</sup>. En el primer caso queda claro que la información no debe ser sólo nominal, sino que el paciente tiene derecho a conocer más datos del médico que pueda o quiera elegir. Si no fuera así no se daría la elección, sino una forma de asignación.

Esta información incluye jornada, horario y localidad o situación en que atiende, etc. Esto reza principalmente para el Médico de Cabecera, ya que éste, a su vez, y en caso de una atención más especializada, debe informar al paciente de las características por ejemplo de los centros a los que tiene acceso, servicios que ofrecen, listas de espera, etc. También son responsables de facilitar información, sobre todo a nivel hospitalario, los Servicios de Atención al Usuario<sup>855</sup>.

Por supuesto, el deber de informar corresponde a la Administración, junto con el de proteger la salud pública y privada. Aunque en la práctica, y a

---

<sup>852</sup> En Extremadura está regulado por el Decreto 15/2006, de 24 de enero, por el que se regula la libre elección de médico, servicio y centro en Atención Primaria de Salud del Sistema Sanitario Público de Extremadura (DOE núm. 13, de 31 de enero)

<sup>853</sup> Regulado por la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura, mediante el Decreto 228/2005, de 27 de septiembre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Pacientes en Lista de Espera del Sistema Sanitario Público de Extremadura y se crea el fichero de datos de carácter personal del citado registro (DOE núm. 116, de 10 de octubre)

<sup>854</sup> Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 35, de 10 de febrero). Derogado parcialmente por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16 de septiembre)

<sup>855</sup> Real Decreto 521/1987, de 15 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Insalud (BOE núm. 91, de 16 de abril). Este servicio, dependiente de las Gerencias de los Centros Hospitalarios, desde entonces, vienen cumpliendo con la función de atención al paciente, en la vertiente de la información sobre: organización, horarios de funcionamiento y de visitas, servicios disponibles, así como cualquier otra actividad, que pueda facilitarle su relación con el centro.

excepción del artículo 18 de la LGS, apartado 13, sobre la difusión de la información epidemiológica, toda la legislación habla de información individual y no pública, respecto a las obligaciones de la dicha Administración.

Se presuponen pues los derechos de la sociedad a recibir información sobre la salud comunitaria. Debe quedar claro el límite entre la información sanitaria y la educación sanitaria, que si bien son dos conceptos fácilmente confundibles por la propia sociedad receptora, no lo son iguales en absoluto. El primero, que también informa al segundo, es información concreta dirigida a la comunidad, los segundos son técnicas de promoción de la salud, que pueden o no coincidir con la información.

Como se ha indicado, para la legislación, parece ser que la única información importante para difundir es la epidemiológica, y especialmente en forma de estadísticas, eso sí muy minuciosas. En cualquier caso, el resto de posibles informaciones no aparece en nuestra legislación como un deber de la Administración, otra cosa es que algunas administraciones informen más ampliamente.

#### iv. Certificados, informes y otra documentación relacionada con la salud

Se trataría de la emisión de documentos que contengan datos sobre el estado de salud, concretamente a informes o certificados médicos<sup>856</sup>.

Los informes médicos, que se identifican en gran parte con la historia clínica, pueden ser tanto públicos como privados, y suelen hacer referencia a antecedentes, anamnesis, diagnóstico o diagnósticos, tratamientos, evolución,

---

<sup>856</sup> Organización Médica Colegial. Declaración sobre las cualidades del certificado médico y sobre sus diferencias con los partes y los informes médicos. Aprobado por el Pleno del Consejo General el 26 de Enero de 2007. Disponible en [http://www.cgcom.org/deonto/pdf/07\\_01\\_26\\_certificados.pdf](http://www.cgcom.org/deonto/pdf/07_01_26_certificados.pdf)

pronóstico, citaciones para próximas revisiones, etc. Son informes cuyo destinatario es el paciente y son de libre disposición de este, no tanto del médico que debe respetar su carácter confidencial.

Por su parte los certificados médicos son documentos que certifican el estado del paciente en un momento dado y sirven, principalmente, para ser presentados a terceros en función de las necesidades del paciente<sup>857</sup>.

En teoría la distinción es clara, en la práctica no ocurre lo mismo, ya que depende, en buena parte, de las distintas denominaciones de dichos documentos en las diversas administraciones, incluso según los centros asistenciales, pero sí queda claro el objetivo de cada uno de ellos y por ello, por su objetivo final, son fácilmente distinguibles.

Aunque, como manifiesta el Comité de Expertos navarros, “La conveniencia de esclarecer esta situación se plantea, además de por razones de seguridad jurídica, por las repercusiones económicas que plantea la gratuidad o no de la expedición de los certificados acreditativos del estado de salud. Así, mientras la gratuidad de los informes no ofrece duda alguna, en las certificaciones puede ofrecer algunas consideraciones que es preciso tener en cuenta ...”<sup>858</sup>.

---

<sup>857</sup> La Ley 41/2002, lo define como “Certificado médico: la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento”.

<sup>858</sup> Comité de Expertos en Información y Documentación Clínica de la Comunidad Autónoma de Navarra

Por ello hay que considerar:

1- En qué supuestos no encontramos ante un certificado y cuándo ante un informe. Se regulaba en el Real Decreto 63/1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud<sup>859</sup>.

2- Qué requisitos debe reunir un impreso para que pueda ser calificado como certificado oficial y quién puede editarlo.

Respecto a los certificados oficiales se consideran como tales los elaborados por el Consejo General de la Organización Médica Colegial, el cuál conforme al artículo 58 del Real Decreto 1018/80, es el único autorizado para editar y distribuir los impresos de los certificados médicos. Estos impresos no son gratuitos.

También los impresos con sello oficial de los Servicios de Salud que integran el Sistema Nacional de Salud, considerando, a estos efectos, que el citado artículo 58 del Real Decreto 1018/80 está parcialmente modificado. Estos impresos son gratuitos<sup>860</sup>.

---

<sup>859</sup> Enumeraba en su apartado 5 lo que, Constituyen servicios en materia de información y documentación sanitaria y asistencial:

3º La expedición de los partes de baja, confirmación, alta y demás informes o documentos clínicos para la valoración de la incapacidad u otros efectos.

4º El informe de alta, al finalizar la estancia en una institución hospitalaria o el informe de consulta externa de atención especializada.

5º La documentación o certificación médica de nacimiento, defunción y demás extremos para el Registro Civil.

7º La expedición de los demás informes o certificados sobre el estado de salud que deriven de las demás prestaciones sanitarias de este anexo o sean exigibles por disposición legal o reglamentaria.

<sup>860</sup> Ley 41/2002.- Artículo 22. Emisión de certificados médicos. Todo paciente o usuario tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado de salud. Éstos serán gratuitos cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

3- Si el impreso y/o su cumplimiento deben ser gratuitos.

También se recoge en los Anexos I y III del Real Decreto 63/1995, al que nos remitimos, así como en normas posteriores.

Otra manifestación de los informes, recogidos en la Ley 41/2002 o en el ya citado Real Decreto 63/1995, es

- El informe de alta concepto definido en la ley 41/2002 como, “el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas”.

Como manifiestan Palomares y López, “El derecho a la información del paciente puede hallarse desvinculado de cualquier acto de voluntad por su parte, en tal forma que la información a que alude la Ley General de Sanidad Española (Ley 14/1986, de 25 de abril) no siempre ha de concebirse como una condición previa a la libre opción terapéutica del paciente, sino que implica, asimismo, el derecho a conocer su estado de salud y su proceso en todo momento: de ahí su derecho a recibir el informe de alta al finalizar su estancia en una institución hospitalaria o su disposición sobre la historia clínica (artículos 10.11 y 61, respectivamente, de la meritada Ley General de Sanidad)”<sup>861</sup>.

---

<sup>861</sup> Palomares Bayo, M. y López y García de la Serrana, J. (coord.) (2002), *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Madrid, Comares, Pág. 24

La propia ley nos remite a la norma que lo regula, la Orden de 6 de septiembre de 1984<sup>862</sup>.

- La receta médica, recogida en la Ley 41/2002, que en su disposición adicional quinta, nos remite a su normativa específica<sup>863</sup>.

Esta normativa es el Real Decreto 1910/1984 sobre receta médica y ordenes posteriores (Orden de 1 de febrero de 1990 y Orden de 28 de abril de 1992)<sup>864</sup>.

- Por último nos referimos a los partes de baja, confirmación y alta por incapacidad que, como documento clínico para la valoración de la incapacidad, estaba contemplado en el Real Decreto 63/1995, ya citado.

Recogidos en la normativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, son modelos establecidos en función de que la incapacidad sea consecuencia de enfermedad común o accidente o enfermedad profesional<sup>865</sup>.

---

<sup>862</sup> Disposición transitoria única. Informe de alta. El informe de alta se registrará por lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad, de 6 de septiembre de 1984, mientras no se desarrolle legalmente lo dispuesto en el artículo 20 de esta Ley.

Artículo 20. Informe de alta. Todo paciente, familiar o persona vinculada a él, en su caso, tendrá el derecho a recibir del centro o servicio sanitario, una vez finalizado el proceso asistencial, un informe de alta con los contenidos mínimos que determina el artículo 3. Las características, requisitos y condiciones de los informes de alta se determinarán reglamentariamente por las Administraciones sanitarias autonómicas.

<sup>863</sup> Disposición adicional quinta. Información y documentación sobre medicamentos y productos sanitarios. La información, la documentación y la publicidad relativas a los medicamentos y productos sanitarios, así como el régimen de las recetas y de las órdenes de prescripción correspondientes, se regularán por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación de las reglas establecidas en esta Ley en cuanto a la prescripción y uso de medicamentos o productos sanitarios durante los procesos asistenciales.

<sup>864</sup> Orden de 1 de febrero de 1990 y Orden de 28 de abril de 1992 por la que se modifica la orden de 1 de febrero de 1990, que establece los modelos oficiales de receta medica para la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud. (BOE núm. 34, de 9 de febrero de 1990 y 111, de 8 de mayo de 1992)

<sup>865</sup> Entre ellas, la Orden 1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales (BOE núm. 4, de 4 de enero)

## 4.2. La moral y la ética

### 4.2.1. Concepto y dimensiones

Ética y moral etimológicamente derivan del griego y del latín, respectivamente. Con la palabra *moralis*, los romanos recogían el sentido griego de *êthos* y tendió a aplicarse a las normas concretas que han de regir las acciones humanas. Aunque últimamente, se usan de manera indistinta como si fuesen sinónimos, se reconoce que tienen significados distintos. Moral, proviene de la expresión latina *moralis*, que derivaba de *mos* (en plural *mores*) y significaba costumbre. La RAE, entre sus acepciones, recoge que, es la ciencia que trata del bien en general, y de las acciones humanas en orden a su bondad o malicia.

Ética, del término latino *ethicus*, –proviene del griego *êthos* (noikóç)–. La RAE lo define como “Recto, conforme a la moral o parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre”. Es decir, sería la teoría, el estudio, la disciplina filosófica que se ocupa del hecho moral. Toda moral sería una estructura concreta de normas y valores con las connotaciones de una cultura y una sociedad (pluralismo moral).

Según Welmer, “La distinción entre ser y deber ser es tan antigua como la historia del lenguaje humano y de las instituciones humanas. En efecto, ambos presuponen la existencia de reglas y normas, y el reconocimiento de reglas implica la distinción entre lo que está de acuerdo con la regla y lo que la infringe; en una palabra, la distinción entre ser y deber ser. La diferencia entre ambos es el presupuesto de la ética”<sup>866</sup>.

---

<sup>866</sup> Wellmer, A. (1991), “Derecho natural y razón práctica. En torno al despliegue aporético de un problema en Kant, Hegel y Marx”, en *Ética comunicativa y democracia*, Apel, K. O.; Cortina, A.; De Zan, J. y Michelini, D. eds., Barcelona, Crítica, Pág. 15

La ética no se separó de la Filosofía formando desde el principio una disciplina separada y suficiente, sino que estaba subordinada a la Política. El hombre griego de la época clásica sentía la *polis* como un algo vinculado a la naturaleza (*Phycis*). La justicia (*dike*)<sup>867</sup> –categoría anterior a la ética–, consistía en lo que ya el Digesto proclamaba el dar a cada uno su parte, es decir, lo que le correspondía (*ars boni et aequi*)<sup>868</sup>.

Según Aranguren<sup>869</sup>, “el Platón de Las Leyes, es un hombre pesimista, y al revés que Sócrates, no confía en que los hombres puedan alcanzar la virtud como resultado del esfuerzo personal, sino que según plantea, es necesaria la producción de un sistema legal y la instauración de un gobierno oligárquico que logre el establecimiento de una sociedad directamente enderezada a la realización de los fines morales”.

En la doctrina aristotélica, el fin de la ética y de la política son idénticos: la felicidad; el vivir bien (a diferencia del simple vivir), la vida perfecta y suficiente –la salud del cuerpo y del alma–<sup>870</sup>, para la que se requiere, lo mismo en el caso del Estado que en el del individuo, no solo la virtud, sino también, en la medida precisa, los bienes exteriores<sup>871</sup>.

En opinión de Aranguren, “La teoría aristotélica del placer es lo más profundo que se ha escrito sobre esta materia; pero no se comprende bien si no se atiende a su punto de arranque y confrontación, el *Filebo*<sup>872</sup>. La teoría de los

---

<sup>867</sup> *Dike* era la diosa de la justicia entre los hombres y, por lo tanto, de la *polis*.

<sup>868</sup> Digesto 1.1.1

<sup>869</sup> Aranguren, J. S. L. (1995), *Ética*, Madrid, Alianza Universidad, Pág.32

<sup>870</sup> Criterio práctico de Juvenal: “*mens sana in corpore sano*”, *Saturae*, 10. v. 356

<sup>871</sup> Pellegrino, E. D. (1999), “La metamorfosis de la ética médica. Una mirada retrospectiva a los últimos 30 años”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela, Págs. 73-87

<sup>872</sup> El *Filebo* de Platón (370-347) suele encuadrarse entre los conocidos como Diálogos y su tema gira en torno al placer. El *Filebo* expone que el placer y del goce abarca toda la vida de los seres vivos frente a Sócrates que defiende que, la sabiduría, el entendimiento, la memoria, y los razonamientos son los verdaderos placeres.



bienes que en este dialogo desarrolla Platón adolece del fallo que encontramos por doquier en su pensamiento: la separación de los bienes como si constituyesen entidades abstractas, ideas”<sup>873</sup>.

De la moral, se pueden encontrar multitud de definiciones. En palabras de Beauchamp y Childress, podemos definirla como “teoría sobre el bien o el mal”<sup>874</sup> o, el conjunto de normas y formas de vida a través de las cuales el hombre aspira a realizar el valor de lo bueno. Sea una u otra, de estas definiciones, pueden destacarse los elementos esenciales de la moral. Ésta, contiene, ante todo, un conjunto de normas, sin las cuales no es posible suponerla. Dichas normas tienen como propósito regular la conducta del hombre en la sociedad. Además, deben ser realizadas en forma consciente y libre, e interiorizadas por el sujeto pues, mediante ellas, el individuo pretende llegar a realizar el valor de lo bueno. Es por ello que, la Moral está vinculada estrechamente con el valor de lo bueno.

Quintana Cabanas<sup>875</sup>, mantiene que “el bien –en tanto que es producido por la voluntad humana al optar por un valor positivo– implica siempre un consentimiento y un compromiso. Pero en esto puede darse también un rechazo, una abstención, y es, entonces, que aparece el mal, el cual puede ser producido en dos niveles o grados: uno meramente negativo (rechazo del compromiso personal) y otro destructivo (consistiendo en odiar el valor y destruirlo). Esto segundo constituye el mal intrínseco, que es la voluntad de rebajar o corromper algún valor”.

Nietzsche decía que “La forma preferida de vengarse que tienen los hombres de espíritu limitado contra quienes no lo son tanto, consiste en emitir

---

<sup>873</sup> Aranguren, J. S. L. (1995), *Op. cit.*, Pág.161

<sup>874</sup> Beauchamp, T. L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 3

<sup>875</sup> Quintana Cabanas J. M. (1995), *Pedagogía moral. El Desarrollo Moral Integral*, Madrid, Dykinson, Pág. 50

juicios y condenas morales. Esto les compensa en cierto modo de que la naturaleza les haya hecho menos dotados y les da pie para desarrollar la inteligencia y llegar a ser sutiles. La maldad espiritualizada. En lo más íntimo de su corazón les encanta que exista un criterio según el cual hasta los individuos más dotados de bienes y privilegios son equiparables a ellos: luchan por la igualdad de todos ante Dios, para lo cual necesitan creer en Dios<sup>876</sup>.

En la ética religiosa el motivo de obrar y el fundamento de la obligación son extrínsecos a las reglas y a los objetos de la acción moral. Esta heteronomía moral es rechazada por aquellos que miran la moral como algo vinculado a lo racional, sin necesidad de otra justificación. El más conocido y contundente de ellos podría ser Kant (1724-1804). Para éste, “la obligación moral depende de la regla que determina la voluntad del individuo y no debe actuar sólo de acuerdo con, sino en nombre de la obligación<sup>877</sup>”.

Para Quintana Cabanas, “El pensamiento de Kant es el siguiente. La moral se basa en sí misma y tiene su fin es sí misma. Por otra parte, la religión dogmática y litúrgica es pura superstición, siendo sólo la religión natural la única auténtica y deseable (deísmo de la ilustración ...). Kant concibe la religión como una prolongación de la razón práctica, siendo su papel el de fomentar la moral. La religión es simple pedagogía moral. Considera la religión lisa y llanamente como una moral aplicada<sup>878</sup>”.

Dentro de la vida moral cabe también la posibilidad de no contentarse con lo mínimo, sino de formular unas mayores exigencias. Así, por ejemplo, Ramón Llull (1235-1316)<sup>879</sup> en su Libro de la Orden de Caballería, al describir las

---

<sup>876</sup> Nietzsche, F. (1993), *Más allá del bien y del mal*, Madrid, M.E., Págs. 161-162

<sup>877</sup> En Beauchamp, T.L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 53

<sup>878</sup> Quintana Cabanas, J. M. (1995), *Op. cit.*, Pág.192

<sup>879</sup> Llull, R. (1986), *Libro de la Orden de Caballería*, Introducción de Luis Alberto de Cuenca, Barcelona, Alianza Editorial Enciclopedia Catalana, Págs. 29-53

costumbres que corresponden al caballero, las cifra en la práctica de las tres virtudes teologales y las cuatro virtudes cardinales. Siempre ha habido personas que, arrancando del vuelo ético, han sentido la necesidad de elevarse hacia la perfección. Ahí radica lo mejor y más profundo de la moral.

Como manifiesta De la Torre<sup>880</sup>, “la moral y la ética orientan nuestras acciones”, sin embargo, el término ético, se aplica tanto a la teoría moral como a la ética y “son utilizados como sinónimos”. Las conductas –el código ético de la persona–, van cambiando con el progreso. Se aprende de la experiencia para conseguir, poco a poco, acercarse a un auténtico bien común. Es la ética experimental pues, para descubrir cuál es la “buena conducta”, hay que acudir a experimentos que nos muestran qué comportamiento del individuo es el más apropiado en sus relaciones con el grupo. La ética está para que todo funcione sin roces, sin enfrentamientos.

La ética exige libertad y la libertad exige salir de sí, darse a los demás, tender hacia fuera, atender. Realmente somos más libres cuanto más atentos estamos. En cierto modo, ser atento no es sino estar fuera de sí, ocupar una cierta posición descentrada por la cual uno mismo deja de ser el centro de sí y para sí. Es decir, aplicar la máxima de hacer con los demás lo que queramos que ellos hagan con nosotros.

Como nos recuerda Polaino, “Decía Pascal (1623-1662) con frase certera que «el yo es odioso» (...) la ética exige la presencia de la libertad, pero de una libertad generosa, que sea activa, que desborde el egoísmo, que trascienda el propio yo (...) Se trata de una libertad que no sea otra forma del mero placer o de la mera exaltación del yo”<sup>881</sup>.

---

<sup>880</sup> De la Torre Díaz, F. J. (2000), *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dykinson, Pág. 73

<sup>881</sup> Polaino-Lorente, A. (1994), *Manual de Bioética General*, Madrid, Rialp, Pág. 159.

#### 4.2.2. Moral subjetiva y moral objetiva

El filósofo alemán Hegel sostuvo que la moral podía ser objetiva o subjetiva. La primera la fijan las costumbres mediante normas que promulga la sociedad. Dicen los eticistas norteamericanos Beauchamps y Mc Cullough que "la palabra moral designa una institución social, compuesta por un conjunto de reglas que generalmente son admitidas por sus miembros"<sup>882</sup>.

Ya Aristóteles<sup>883</sup>, en la *Moral a Nicómaco* establecía con respecto a la moral –que identificaba con virtud– dos formas de ejercerla, por: Acciones voluntarias que, son las que la persona realiza porque se siente responsable de ellas y es consciente de la voluntariedad de su acción o, Acciones involuntarias, que divide en Forzosas, las que la persona realiza obligada, o sea en las que no interviene por decisión propia y por Ignorancia, que realiza pero carece de conocimiento sobre las circunstancias de la acción.

En puridad la moral subjetiva es la que deviene del cumplimiento de un deber a través de la voluntad del individuo. El problema está en la subjetividad de la acción que se constituye en el último reducto de la libertad del individuo: la decisión subjetiva de su actuación según la conciencia propia, su norma subjetiva.

La conciencia moral es precisamente lo que manifiesta al hombre como persona. Como dice Polaino-Lorente, es la que hace que la persona se percate de cuantas acciones realiza, y más principalmente, la que juzga acerca de ellas, valorando si son conformes o no respecto del bien y del mal. La conciencia moral es, pues, conciencia del propio acto, pero juzgado desde la perspectiva de

---

<sup>882</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Op. cit.*, Pág. 8

<sup>883</sup> Aristóteles (1993), *Moral, a Nicómaco*, Traducción de Patricio de Azcárate, Madrid, Espasa Calpe, Págs. 123-124

la moralidad. La conciencia moral es como la conciencia de la conciencia y puede definirse como “el juicio del entendimiento práctico que dictamina sobre la moralidad de nuestras acciones en su concreta singularidad”<sup>884</sup>.

Así el hombre es el artífice de su propia conducta moral que nace de su decisión personal, se convierte en creador del bien y del mal, los cuales no se encuentran objetivamente en el mundo, sino que cobran realidad en él por la voluntad de nuestras decisiones.

En opinión de Quintana Cabanas, “Para que un acto sea subjetivamente moral (es decir, moral por parte del sujeto) debe reunir simultáneamente estas tres características: 1ª.- Que sea consciente, es decir, advertido. En este sentido la conciencia psicológica de un acto (el sujeto se da cuenta del mismo) es condición necesaria –pero no suficiente– de la moralidad de un acto. Para ésta se requiere además «conciencia moral» (darse cuenta de la bondad o maldad de lo que se hace). 2ª.- Que sea voluntario, es decir, querido, consentido. 3ª.- Que sea libre, o sea espontáneo, exento de coacción externa”<sup>885</sup>. Entiéndase que cada una de estas tres características puede darse en grados diversos; en cuyo caso el acto resultará también más o menos moral (más o menos bueno o malo).

Para Kant (1724-1804), la libertad es el fundamento de la dignidad. Y lo es porque la libertad es el único derecho que las personas tienen por naturaleza. Luego la conducta moral es subjetiva al individuo y a su libertad y la mayor libertad es aquella que adecua la acción a la conciencia, que se identifica. La única moral, la única autoridad, que puede reconocer el individuo es la que defiende su libertad. La moral subjetiva será la que determine las acciones, y su categorización del individuo.

---

<sup>884</sup> Polaino-Lorente, A. (1997b), “La conciencia y el orden moral”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 19

<sup>885</sup> Quintana Cabanas, J. M. (1995), *Op. cit.*, Págs. 32-33

Según Aranguren, “El subjetivismo moral Kantiano no surgió de la nada, sino que fue preparándose a lo largo de la época moderna. Realmente al idealismo en el ámbito de la metafísica lo que le corresponde en el plano ético es el concienzismo: uno y otro establecen la primacía de la conciencia, el hallazgo capital de Descartes”<sup>886</sup>.

Para Kant, el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley. La necesidad es una característica de lo absoluto; concibiendo la voluntad como independiente de condiciones empíricas y como voluntad pura determinada por la mera forma de la ley y en ese caso la voluntad, cuyas máximas concuerdan necesariamente con las leyes de la autonomía, es una voluntad santa, absolutamente buena.

Según Hans Reiner<sup>887</sup> hay que mantener a la vez los dos órdenes morales: el del bien y el del mal según la conciencia y el de la rectitud, o no-rectitud de la acción. Pero invirtiendo los términos de la ética clásica, considera que la moral “*primo et per se*” se refiere a aquel primer orden. Tanto la concepción de Kant como la de Reiner proceden de la afirmación de la autonomía ética frente a la metafísica.

Es evidente que todo contenido mental que se presenta a la conciencia puede ser agradable o desagradable, grato o ingrato, o simplemente neutro o indiferente, pero en ello no solamente hay una disposición subjetiva de necesidades o intereses propios, sino que también algo es agradable o desagradable en función de lo que Reiner denomina su *contextura objetiva* en tanto que el sujeto en cuestión se defina como digno o se haga merecedor de serlo. El concepto de *digno* es clave en el sistema reineriano y tiene un vínculo

---

<sup>886</sup> Aranguren, J. S. L. (1995), *Op. cit.*, Pág. 204

<sup>887</sup> Reiner, H. (1985), *Bueno y Malo. Origen y esencia de las distinciones morales fundamentales*, Madrid, Ediciones Encuentro, Págs. 45-49

directo con el concepto de valor y así lo demuestra cuando define al valor como “eso que en un ser hace que éste se nos presente como digno y por tanto como grato”.

Hegel (1770-1831) se expresa de un modo elocuente al afirmar: “La conciencia de cada uno, es como esa voluntad efectiva y verdadera que conoce del deber como esencia absoluta; que no está vinculada más que por él, de modo que el deber no puede entrar en escena y tomar la forma de una cosa extraña a ella”<sup>888</sup>.

La conciencia es del individuo y para el individuo. Constituye una guía moral estrictamente personal. Para el constructivismo empírico, la conciencia es autor de la ley moral; mas para nuestro constructivismo moral racional cada conciencia es coautor de una misma y universal ley moral. No es sólo aplicadora de ésta, sino también el manantial de donde brota. Si la ley natural nace en el hombre de manera espontánea, es a su conciencia a la que en cada paso se la va a mostrar.

Comenta G. Madinier que la conciencia es conocimiento y evaluación de sí mismo como agente, se refiere directamente a la acción y no a una ley de dicha acción. Pero conteniendo elementos racionales, puede reflejarse, aclararse e iniciar una discusión. Es una forma de la razón, la razón práctica en su uso aplicado y concreto<sup>889</sup>.

---

<sup>888</sup> Labarrière, P. J. (1979), *La phénoménologie de l'esprit de Hegel : introduction à une lecture*, Paris, Aubier-Montaigne, Págs. 143-144

<sup>889</sup> Madinier, G. (1969), *La conscience morale*, París, Presses Universitaires de France, Págs. 11 y 101 y ss. [“La conscience est connaissance et évaluation de soi agissant, elle porte directement sur l'action elle-même et non sur une loi de cette action. Mais, enveloppant des éléments rationnels, elle peut se réfléchir, s'éclairer et s'engager dans une discussion. C'est une forme de la raison, la raison pratique dans son usage appliqué et concret. (...) La conscience est en chacun une structure complexe et individualisée”]

La conciencia tiene sus límites, fruto de nuestra educación, nuestro temperamento o nuestras circunstancias, y su funcionamiento puede tener fallos y a menudo los tiene. Los moralistas, en efecto, tras explicar lo que es la conciencia recta, describen las posibles deformaciones de la misma: conciencia errónea, farisaica, escrupulosa, ansiosa o relajada. Como guía moral no es suficiente en los casos difíciles o complejos, del mismo modo, que en el razonamiento intelectual, la lógica espontánea no basta para evitar el error en ciertos argumentos capciosos y superar las falacias.

Por un lado están las normas morales, y por otro, las situaciones concretas en que se han de aplicar. Para resolver estos casos de conciencia, está la guía que, Aristoteles llama *equidad* y que comprende los deberes humanos llamados *imperfectos*, es decir, aquellos cuyo cumplimiento no puede exigirse en justicia y de un modo coactivo.

Como dice Cuvillier<sup>890</sup> “Nosotros somos responsables de nuestra propia conciencia, puesto que ella es nuestra obra, y de los errores que pueda cometer”.

#### 4.2.3. Los actos humanos: Su valoración y el aprendizaje de la ética

Los actos humanos son acciones específicamente humanas, es decir, que ningún animal distinto del hombre es capaz de realizar. En el animal no hay voluntad, como tampoco hay conocimiento intelectual, o, dicho de otra forma, tanto el conocimiento (sensitivo) como la voluntad son en el animal, imperfectos porque ni conoce los fines de su acción ni quiere determinarse en ello. En el hombre puede darse un conocimiento perfecto (intelectual) del fin como fin o en su razón formal de fin, es decir: los actos humanos implican un conocimiento

---

<sup>890</sup> Cuvillier, A. (1954), *Nouveau précis de philosophie*, T. 2, Paris, Armand Colin, Pág 247



intelectual del fin de la acción que se está realizando, proceden de un principio intrínseco y son libres.

Para Polaino, “Los actos morales, que configuran el obrar moral, resultan ser acciones muy complejas, gracias a las cuales el comportamiento se organiza como una acción propositiva, teológica y finalista. Y es que la razón ordena los medios a los fines y éstos a su fin último”<sup>891</sup>.

Es el estudio científico de los actos humanos, el que constituye la ética teórica o filosófica. Aristóteles, en su *Moral a Nicómano*, decía que el proceso ético no tiene como finalidad saber qué es la virtud sino conseguir a ser virtuoso. Los diferentes valores personales, sin duda alguna, son ingredientes que inevitablemente ayudan al moldeamiento de la conducta humana. De aquí que, para modificar ésta, sea casi imprescindible modificar aquellas. Pero ¿cómo se modifican los valores?

En opinión de Polaino, “El hecho de no conocer los valores por los que nos guiamos no significa que no haya valores que dirijan nuestra conducta; significa tan sólo que la persona no ha reparado en ellos y que por tanto los ignora”<sup>892</sup>.

Por otro lado Díez Picazo establece que “La regla de la inexcusabilidad de la ignorancia no deriva del deber de conocer, sino del criterio objetivo de que las normas deben o tienen que tener una efectividad social con independencia de que sean o no realmente conocidas”<sup>893</sup>.

---

<sup>891</sup> Polaino-Lorente, A. (1997a), “El obrar ético: El acto humano, su libertad y su valoración”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 15

<sup>892</sup> Polaino-Lorente, A. (1994), *Op. cit.*, Pág. 89

<sup>893</sup> Díez Picazo, L. y Gullón, A. (1990), *Op. cit.*, Pág.207

Atribuir los cambios del comportamiento humano, simplemente a los cambios sociales que se producen como si el contexto social fuera la causa y no la consecuencia del obrar humano, es como cambiar los conceptos morales que fundamentan las diversas opciones axiológicas y la jerarquía de los valores sociales por los que el hombre se ha regido siempre. El estudio de estos cambios, cualquiera que sea el momento histórico en que se efectúen, demuestra la aparición de la siguiente conclusión: a los cambios de valores sigue un cambio de actitudes, y a éstas, un cambio de comportamiento.

La sumisión a la ley moral, no suprime la libertad del ser humano a la hora de realizar sus actos sino que, por el contrario, le da cauces de legitimidad. Por eso decía el padre dominico Lacordaire<sup>894</sup> (1802-1861) que entre el fuerte y el débil, es la libertad la que oprime y la ley la que libera; y según Le Senne<sup>895</sup> (1882-1954) “La moral sirve a la libertad impidiéndole degenerar”. La libertad no es la fuente de objetivos, es sólo un instrumento para realizarlos; no es un fin en sí misma, es un medio.

En opinión de Fromm (1900-1980) el hombre se siente aprisionado por las cadenas económicas, políticas y espirituales e intenta alcanzar su libertad agarrándose a estructuras y verdades que se le presentan como inamovibles porque tiene “miedo a la libertad”. Para unos, la libertad, es una meta y para otros, una amenaza y cuando intenta conseguir esa libertad, se evade sometiéndose a autoridades anónimas, como la opinión pública, identificándose

---

<sup>894</sup> Díaz Arias, R. (2000), *La libertad de programación en radiodifusión: Un desarrollo del art. 20 de la Constitución Española*, Madrid, Memoria para la obtención del Título de Doctor en Derecho dirigida por Dº Jose María Desantes Guanter [En el prólogo: El Padre Lacordaire al referirse a la libertad económica decía: "que entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el siervo, la libertad oprime y la ley libera".], Consulta el 20 Marzo 2004, Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01604529769035906320035/003609.pdf>

<sup>895</sup> Le Senne, R. (1967), *Tratado de Moral General*, Versión española de A. Puigcerver, 5ª edic., Madrid, Gredos, Pág. 37

con figuras sociales que se encarnan en fenómenos como la laboriosidad, la competitividad económica y las ansias de información.<sup>896</sup>

Gran parte de la doctrina entiende que el individuo al tomar una decisión ha realizado un juicio en el que han intervenido una serie de factores, desde su educación, el entorno y sus normas morales y costumbres hasta su propia idiosincrasia. Todos estos factores intervienen en la formación de la conciencia del individuo, y consecuentemente, en la decisión tomada y en su adecuación a las normas morales del colectivo. En gran parte, la decisión viene condicionada por la libertad y “el miedo a la libertad”, en definitiva a una contradicción. En palabras de Quintana Cabanas, “La autonomía moral que defendemos no es la que concibe Kant, sino la de la persona que obra bien porque está convencida de las razones que la llevan a hacerlo”<sup>897</sup>.

Dice W. Jaeger (1888-1961) que Sócrates es el fenómeno pedagógico más formidable de la historia de Occidente, pues ante la vacuidad y escepticismo de la sofística, establece como objetivos los valores de la verdad y del bien, iniciando así un humanismo que será distintivo de la civilización occidental<sup>898</sup>. Sócrates tuvo conciencia de ser educador moral y como tal se presenta ante su sociedad, una característica de la dialéctica socrática es la *mayéutica* o método basado en el diálogo, a través del cual consigue que cada individuo conciba las ideas morales que germinalmente ya se encuentran en su cabeza.

Como reseña Quintana Cabanas, “En la educación del carácter infantil, Platón se sitúa en un término medio, muy realista: Una educación blanda crea en los niños caracteres díscolos, prontos a la cólera, y a los que las cosas más

---

<sup>896</sup> Fromm, E. (1977), *El miedo a la libertad*, trad. por Gino Germani, Barcelona, Paidós, Págs. 25 y ss.

<sup>897</sup> Quintana Cabanas, J. M. (1995), *Op. cit.*, Pág.72

<sup>898</sup> Jaeger, W. (1957), *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Traducción de Joaquín Xirau, México, Fondo de Cultura Económica, Pág. 75

menudas excitan violentamente, mientras que por otra parte, una servidumbre pesada y brutal crea en ellos almas bajas, serviles y misántropas, y las hace, por ello mismo, insociables”<sup>899</sup>.

Una peculiaridad de la pedagogía de Aristóteles, es la necesidad de buscar apoyos fácticos a la docencia moral, concibe la educación como un cometido del Estado “Lo mejor sería que el sistema de educación fuese público, al mismo tiempo que sabiamente concebido”<sup>900</sup>.

Conocido es el género didáctico de la fábula. Iniciado en la antigüedad clásica ha tenido continuidad en autores de épocas posteriores (Esopo, Fedro, La Fontaine, Samaniego, Iriarte). ¿Hasta qué punto se pueden considerar las fábulas como un género de educación moral? En cuanto constituyen un instrumento de preparación para la vida, si queremos reconocerles un mensaje moral, habría que pensar en una moral pragmática.

Dice M. A. Galino<sup>901</sup> (1917) que en la historia de los ideales de la educación, a la *paideia* griega le sigue la *humanitas romana* la cual, encuentra genuina expresión en Cicerón con una *humanitas* que es a la vez literaria, política y moral.

La educación moral completa consta de tres elementos: la instrucción sobre los deberes, un ejercicio de los mismos y el ejemplo personal del educador. Así nos lo dice Horacio: “Mi extraordinario padre me enseñó lo siguiente: Huir de los vicios a base de dar ejemplo de tales vicios criticando cada uno de ellos. Cuando me exhortaba a que viviera de forma moderada, frugal, y conforme con lo que yo personalmente pudiese conseguir para mi. El sabio te dará las razones

---

<sup>899</sup> Quintana Cabanas, J. M. (1990), *Op. cit.*, Pág.289

<sup>900</sup> Aristóteles (1993), *Op. cit.* , Pág. 415

<sup>901</sup> Galino, M. A. (1982), *Historia de la educación. Edades antigua y media*, 2ª edic., Madrid, Gredos, Pág. 253

de qué ha de evitarse y qué ha de buscarse. A mi me basta si conservas la costumbre transmitida desde tus antepasados y, mientras me necesites como guardián, me basta con que yo sea capaz de conservar incólume tu vida y tu buen nombre”<sup>902</sup>.

Séneca modifica un poco la doctrina de los estoicos griegos, que ponen la virtud en el saber del sabio y añade que la educación moral consiste en lograr que la conducta se corresponda con los principios éticos: “el deber máximo de la sabiduría, y a la vez, su mejor indicio es la concordancia de las palabras y de las obras, la igualdad constante del hombre consigo mismo (...). Adopta de una vez una norma a cuyo tenor vivas, y acomoda a ella e iguala toda tu vida”<sup>903</sup>.

Cuando el niño es pequeño, enseña Rousseau (1712-1778), basta con impedir que contraiga vicios; pero cuando en el joven despiertan las pasiones, hay que enseñarle a conocerlas, combatir las y dominarlas, practicando la virtud. El ideal de educación moral lo expone dicho preceptor en estos términos: “¿Qué es pues un hombre virtuoso? Es aquel que sabe vencer sus afecciones, pues entonces sigue su razón, su conciencia, cumple su deber, se mantiene en orden y nada le puede apartar de él”<sup>904</sup>.

Herbart<sup>905</sup> (1776-1841) contemporáneo de los filósofos idealistas alemanes y adversarios suyos, es realista también en su forma de enseñar, es el fundador de la Pedagogía como ciencia, fundamentándola sobre dos ciencias auxiliares: la Ética, que indica el fin de la educación, y la Psicología que le señala los medios para conseguirlo. Enseña Herbart, que la educación se realiza a través

---

<sup>902</sup> Horacio, *Serm.* 1.4.105 ss.

<sup>903</sup> Séneca, L. A. (1966), *Cartas a Lucilio*, Libro VIII, Carta LXXIII, Obras completas, Madrid, Aguilar, Pág. 477 a.

<sup>904</sup> Rousseau, J. J. (1985), *Emilio, o De la educación*, trad. por Jose Luis Aguirre Prado, Madrid, EDAF, Pág. 514

<sup>905</sup> Compayre, G. (1922) *Herbart y la educación a través de la instrucción*, Madrid, Ediciones de la Lectura

de tres medios: el gobierno, la instrucción y la disciplina. Su psicología y pedagogía son eminentemente intelectualistas. Para él, todo estriba en infundir en el niño ideas correctas, pues la restante actividad psíquica (sentimientos, voliciones) es mera consecuencia de ellas y sigue indefectiblemente su dirección.

John Dewey (1859-1952) es uno de los pedagogos representativos de la Escuela Nueva, y sus alusiones a la educación moral, tienen que ver con dos de las características de su pedagogía: la consideración del interés del niño y del carácter social de la educación. Dewey es también uno de los representantes del sociologismo pedagógico, en el sentido de que atribuye a la educación un carácter primordialmente social: “la única educación verdadera se realiza estimulando la capacidad del niño por las exigencias de las situaciones sociales en que se halla”<sup>906</sup>. El fin de la educación es desenvolver en los individuos un espíritu de cooperación social y de comunidad de vida.

Y como olvidar a Piaget (1896-1980), que no se propuso investigar las conductas o los sentimientos morales, sino únicamente el juicio moral. Según él, los niños formulan sus juicios morales en relación con su desarrollo intelectual, desde las fases evolutivas inferiores hasta las superiores. Como dice Quintana Cabanas, “Piaget, parte de la existencia de dos conceptos diversos de justicia: 1) la justicia retributiva (tradicionalmente llamada «vindicativa») es la que establece la equidad en la aplicación de las sanciones debidas, al recompensar el bien y castigar el mal; 2) la justicia distributiva, que tiende a dar a cada cual lo que le corresponde, regulando debidamente las relaciones de reciprocidad (la noción tradicional de justicia distributiva es algo distinta a la que utiliza Piaget,

---

<sup>906</sup> Dewey, J. (1987), My Pedagogic Creed. *The School Journal*. Vol. LIV, Núm. 3, Págs. 77-80, Disponible en <http://www.infed.org/archives/e-texts/e-dew-pc.htm> [Dewey: “I believe that the only true education comes through the stimulation of the child's powers by the demands of the social situations in which he finds himself”.]

en la cual se incluye también la que suele llamarse justicia «conmutativa», que regula los intercambios de bienes de todo tipo)<sup>907</sup>.

### 4.3.- La Bioética: Marco histórico y fundamentación

#### 4.3.1 Marco histórico

La bioética como disciplina, nació hace aproximadamente cuarenta años en Estados Unidos, –como un producto de la cultura norteamericana– por iniciativa de diversos profesionales del ámbito de las ciencias de la vida. Entre ellos, es de necesaria mención, el oncólogo Van Rensselaer Potter (1911-2001) quien, por primera vez, utilizó el término bioética en su artículo “*Bioethics, The science of survival*” (1970) y en su libro “*Bioethics, bridge to the future*” (1971, New Jersey)<sup>908</sup>.

W. T. Reich<sup>909</sup> en un detenido análisis, como coordinador de la *Enciclopedia of Bioethics*, ha demostrado que la paternidad del término se debe a Potter siendo, su libro *Bioethics: a bridge to the future*, el pistoletazo de salida de esta nueva disciplina<sup>910</sup>.

En el artículo 16 del Código de Deontología Médica puede leerse lo que sigue: “El médico utilizará libremente los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que le dicten su ciencia y su conciencia”.

---

<sup>907</sup> Quintana Cabanas, J. M. (1995), *Op. cit.*, Pág.421

<sup>908</sup> De Santiago Corchado, M. (2001), “Una perspectiva sobre los fundamentos de la Bioética”, en *Bioética y Urología*, Madrid, Luzan, Pág. 17

<sup>909</sup> Reich, W. T. (1994), *The World Bioethics. Its Birth and the Legacies of those shaped it.* *Kennedy Institute of Ethics Journal*, Págs. 319-325 (En Bryan, B. (2003), *Biotechnology, Bioethics and Liberalism: Problematizing Risk, Consent and Law*, *Health Law Joournal*, Vol. 11, Pág. 124)

<sup>910</sup> Simón Lorda, P. y Barrio Cantalejo, I. M. (1999), “Un marco histórico para una nueva disciplina: la Bioética”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela, Pág. 55

Esta afirmación va mucho más lejos de lo que en un principio pudiera pensarse. El artículo sostiene implícitamente, que la ciencia y la conciencia no son contradictorias. Es lógico que sea así a pesar de que, hoy, algunos tal vez sostengan lo contrario. Sin embargo, si apelamos a su etimología, enseguida nos daremos cuenta de que una procede de la otra.

Como manifiesta Polaino, “Actuar en conciencia (*cum-scientia*) no es sino actuar con ciencia, con la primera y más elemental de las ciencias, aquella que hace que el hombre se percate de quién es y de lo que está realizando en cada momento”<sup>911</sup>.

Potter veía la bioética como un puente o unión entre la biología y la ética. Alertó en sus escritos acerca del riesgo que corría la supervivencia de todo el ecosistema debido al divorcio existente entre los ámbitos científico y humanístico, de tal forma que a la Ciencia no le interesaba la Ética y ésta parecía no atreverse a entrar en el mundo científico por encontrarse extraña a él. En esta separación fundamenta Potter el crecimiento indiscriminado del saber científico-tecnológico que está poniendo en peligro toda la humanidad<sup>912</sup>.

En 1972 André Helleggers, popularizará este neologismo con la fundación en Washington D.C., del Instituto Kennedy de Bioética, actualmente vinculado a la Universidad de Georgetown<sup>913</sup>.

Sin llegar a un alarmismo tan extremo como el de Potter, desde la segunda mitad del siglo XX, se hizo evidente la necesidad de establecer ciertos límites a la investigación.

---

<sup>911</sup> Polaino-Lorente, A. (1994), *Op. cit.*, Pág. 37

<sup>912</sup> De Santiago Corchado, M. (2001), *Op. cit.*, Pág. 35

<sup>913</sup> Simón Lorda, P. y Barrio Cantalejo, I. M. (1999), *Op. cit.*, Pág. 53



En el año 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán promulgó unas estrictas normas sobre experimentación con seres humanos y aplicación de nuevos productos terapéuticos en medicina. Estas *Richtlinien*<sup>914</sup>, a las que ya nos referimos en el apartado 3.1.5, no tuvieron parangón en su época, y son de algún modo, el primer gran código sobre ensayos clínicos.

Como manifiestan Beauchamp y Childress, “La ética médica gozó de un considerable grado de continuidad desde los días de Hipócrates hasta que sus sólidas tradiciones empezaron a ser sustituidas, o al menos suplementadas, a mediados del siglo XX. El desarrollo científico, tecnológico y social de este último período produjo rápidos cambios en las ciencias biológicas y en la asistencia sanitaria. Este desarrollo puso a prueba muchos de los conceptos prevalentes sobre las obligaciones morales de los profesionales sanitarios y de la sociedad ante las necesidades de los enfermos ..”<sup>915</sup>.

En bioética hay unos esbozos que han gozado durante estos tres últimos lustros de particular aceptación. Se trata de los llamados tres principios bioéticos: Autonomía, Beneficencia y Justicia. Explicitados por el informe Belmont en 1978, pasaron a convertirse en esbozo fundamental de toda bioética a partir del libro de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, publicado en 1979. Para estos autores, los citados tres principios, más un cuarto denominado No-maleficencia, tienen todos, en tanto que esbozos, la misma importancia, de modo que pueden ser considerados de acuerdo con la terminología de David Ross (1887-1971) principios u obligaciones *prima facie*<sup>916</sup>.

---

<sup>914</sup> Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre.

<sup>915</sup> Beauchamp, T.L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 1

<sup>916</sup> Beauchamp, T.L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 29

A menudo, en la vida moral entran en conflicto obligaciones basadas en distintos principios de deber. En cada caso debe decidirse cual de las obligaciones morales tiene prioridad sobre aquella con quien entra en conflicto, si es que alguna de ellas las tiene; por ejemplo, la obligación del médico de proteger la vida de personas inocentes a las que sus pacientes están poniendo en peligro. Una tarea importante del razonamiento moral es cómo sopesar y comparar entre una obligación moral y otra.

En opinión de Beauchamp y McCollough, “De acuerdo con Ross, en cada circunstancia debemos hallar el mayor deber, encontrando el mayor equilibrio de lo justo sobre lo injusto en cada contexto concreto. Ross introduce entonces su distinción central entre deberes *prima facie* y deberes efectivos (actual *duties*): el deber *prima facie* es un deber que siempre hay que cumplir, a no ser que entre en conflicto en un determinado caso con un deber igual o más fuerte”<sup>917</sup>.

Así, siguiendo a Beauchamp y Childress, bosquejaremos desde el punto de vista ético, en el estudio y análisis del Consentimiento Informado dentro de una vertiente jurídica moderna, las que se consideran cuatro etapas en el desarrollo del mismo, etapas que son coincidentes con los principios éticos de Beneficencia, No maleficencia, Autonomía y Justicia.

#### 4.3.2.- Fundamentación: Principios de la Bioética

##### i. Principio de Beneficencia (del latín *bonum facere*, “hacer el bien”)

En opinión de Galán Cortés, “El modelo de beneficencia consiste en la aplicación del principio de beneficencia a sujetos incapaces, buscando la protección de los mejores intereses del paciente, exclusivamente desde el punto

---

<sup>917</sup> Beauchamp, T. y McCollough, L. (1987), *Op. cit.*, Pág.13

de vista de la medicina, sin tener presente el proyecto vital de cada individuo, ni sus preferencias o decisiones personales. Para este modelo, la medicina proporciona un punto de vista objetivo sobre los mejores intereses del paciente, lo que equivale a decir que este punto de vista trasciende a los criterios y creencias particulares de cada médico concreto, para alinearse en el criterio común de la ciencia, en función del desarrollo y estado de la misma en cada momento”<sup>918</sup>.

Este modelo es tan antiguo como la propia medicina, la tradición médica ha sido de carácter fundamentalmente paternalista, vertical y en función del principio de beneficencia, por el que el médico<sup>919</sup> era quién decidía y actuaba profesionalmente –el médico desempeñaba el papel de tutor o padre poderoso<sup>920</sup> sin contar con la voluntad del paciente–. Según manifiesta Guerrero Zaplana, “... ello sobre la base de que como nadie deseaba mantenerse en un estado de ausencia de salud, debía aceptarse cualquier acto que tendiera a conseguir la curación o el alivio de las dolencias, para ello, el médico ponía todo su saber y todo su poder en el supuesto beneficio del enfermo, no dudando en utilizar cualquier argucia (y aún en ciertos casos empleando, incluso, la coacción y el engaño) y actuando, a veces, con la complicidad de la familia del enfermo”<sup>921</sup>.

La idea pues, era que la enfermedad incapacitaba al enfermo<sup>922</sup> para tomar cualquier decisión ya que la enfermedad no era sólo un asunto del cuerpo, sino que implicaba el alma, la *psique*<sup>923</sup>.

---

<sup>918</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 43

<sup>919</sup> Del latín *medicus* y del griego *medeo*, tiene el significado de cuidar a otro o de aquel que conoce y ejerce el arte de curar la enfermedad.

<sup>920</sup> Gracia, D. (1988a), *Art. Cit.*, Pág. 100

<sup>921</sup> Guerrero Zaplana, J. (2004), *Op. cit.*, Pág. 40

<sup>922</sup> Proviene del latín *in-firmus*: débil, sin fuerza, tanto física como psicológica.

<sup>923</sup> Gracia, D. (1988a), *Art. Cit.*, Págs. 100-102

Según refiere Cid, “La medicina hipocrática fue la primera vía válida que permitió comenzar el estudio de la estructura humana. El hecho de que la enfermedad dependiese del equilibrio de las potencias, que no existiera todavía el más mínimo atisbo de relación entre la enfermedad y el órgano, de momento pasa a un segundo término. Incluso las primeras descripciones anatómicas contenidas en el *Corpus Hippocraticum*. Lo importante fue que la actitud hipocrática ante el cuerpo humano facilitó la distinción de las partes capaces de ser identificadas en las regiones, miembros u órganos; distinción en la que empleando el concepto griego *anatomè*, que puede traducirse como incisión o disección, se empezó a manejar el término anatomía”<sup>924</sup>.

Desde luego en esta época, incluso con la reiterada referencia del juramento hipocrático<sup>925</sup>, la asistencia sanitaria seguía los condicionantes morales de los tiempos. Por ejemplo, la asistencia sanitaria dependía de la clase social del enfermo, a pesar de la teoría helénica que preconizaba el derecho universal a la atención de la salud. Los esclavos no eran sujetos de derecho, y eran atendidos por esclavos de los médicos técnicos que aprendían de sus amos<sup>926</sup>.

Es más, el principio de Beneficencia, era contrario claramente a facilitar información al paciente. Tanto así que Hipócrates, aconseja y advierte a los médicos al recomendarles, en su breve tratado titulado “Sobre la decencia” – manual de preceptiva ética-técnica del médico–, “Haz todo con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale órdenes oportunas con amabilidad y dulzura, y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras ánimo con solicitud y habilidad, sin

---

<sup>924</sup> Cid, F. (1985), *Breve historia de las ciencias médicas*, Barcelona, Espaxs, Pág. 32

<sup>925</sup> Como refiere Galán Cortés, “El juramento hipocrático resulta muy ilustrativo de este modelo, al señalar en uno de sus párrafos, «utilizaré el régimen dietético para bien de los enfermos, de acuerdo con mi capacidad y juicio; alejaré de ellos el mal y la injusticia»”. [(2001), *Op. cit.*, Pág. 44]

<sup>926</sup> Laín Entralgo, P. (1964), *Op. cit.*, Pág. 23

mostrarle nada de lo que va a pasar ni de su estado actual”<sup>927</sup>. Fue una definición del Principio de Beneficencia que se mantuvo durante siglos. La autonomía era pues completamente desconocida, o por lo menos obviada.

Este principio de beneficencia se incrementó, si cabe, en la Edad Media en que la medicina, salvo excepciones, era una obra de beneficencia de las órdenes religiosas o los monasterios que ha llegado hasta nuestros tiempos<sup>928</sup>.

Una definición, atribuida a Paracelso, ilustra la posición que ocupaba el médico a mediados del Renacimiento: “Aquél que puede curar las enfermedades es Médico. Ni los emperadores ni los Papas ni los Colegios ni las Escuelas Superiores pueden crear médicos. Pueden conferir privilegios y hacer que una persona que no es médico aparezca como si lo fuera. Pueden darle permiso para matar mas no pueden darle el poder de sanar: no pueden hacerlo médico verdadero si no ha sido ya ordenado por Dios (...) Hay un conocimiento que deriva del hombre y otro que deriva de Dios por medio de la ley de la naturaleza. El que no ha nacido para ser médico, nunca lo será. Conocer las experiencias de los demás es muy útil para un médico, pero toda la ciencia de los libros no basta para hacer médico a un hombre a menos que lo sea ya por naturaleza. Solo Dios da la sabiduría médica”.

La función médica consistía en aplicar conocimientos revelados actuando como delegado de un Ser Supremo y actuar en su nombre, en una relación humano-divina. Los resultados dependían de designios superiores a la razón humana. La evolución de los conocimientos biológicos fue muy lenta hasta ese momento. Tradiciones y conocimientos acumulados, entonces venerados e

---

<sup>927</sup> Hipócrates (1983), *Escritos hipocráticos*, Madrid, Gredos [En Simón Lorda, P. (1995), El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias, *MEDIFAM*, Vol. 5, núm. 5, Pág. 265]

<sup>928</sup> Laín Entralgo, P. (1964), *Op. cit.*, Págs. 169 y ss.

inamovibles, aún ejercen una fuerte influencia, como es la pervivencia del Juramento Hipocrático.

Pero, como reseña Gracia<sup>929</sup>, el principio de beneficencia, obliga a todos los médicos, y es así que “nunca es lícito hacer el mal, pero a veces, no es lícito hacer el bien”. Esto implica que es muy importante, a la hora de hacer participe a un paciente los pormenores del estado de su salud, diferenciar claramente, el principio de beneficencia del principio de no-maleficencia.

ii. Principio de No Maleficencia (del latín *non malum facere*, “no hacer daño”)

Según Palomares Bayo, “(El Principio de No-maleficencia)...implica la asunción de la obligación de no dañar o perjudicar al paciente, respetando su integridad física y psíquica. Según el «Informe Belmont», este principio se encuentra subsumido en el anterior, aunque Beauchamp y Childress lo distinguen del primero al considerar que todos estamos más obligados a no hacer el mal a otros que a hacerles el bien, dándose muchas ocasiones sobre todo en medicina, en que se puede estar obligado a no hacer mal a los demás, aunque no a hacerles bien”<sup>930</sup>.

En el Informe Belmont<sup>931</sup> elaborado por la *National Comisión for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* se enuncia el “respeto por las personas” y se incorporan dos convicciones, en

---

<sup>929</sup> Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 103

<sup>930</sup> Palomares Bayo, M. y López y García de la Serrana, J. (coord.) (2002), *Op. cit.*, Pág. 5

<sup>931</sup> En 1978, se publica el Informe Belmont, fruto del trabajo realizado por la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Sciences (EE.UU.) entre 1974 y 1978. Esta comisión había sido encargada por el Congreso norteamericano. Los principios contenidos en su informe para elaborar una guía acerca de los criterios éticos que debían guiar la investigación con seres humanos se harán extensivos a toda la bioética

primer lugar los individuos deben ser tratados como “seres autónomos”, y en segundo lugar, aquellas personas cuya autonomía esté disminuida, es decir, no son moralmente competentes, deben ser “objeto de protección”<sup>932</sup>.

Sobre si no-maleficencia<sup>933</sup> y beneficencia son dos deberes distintos o separados, suele establecerse, siguiendo a W. Frankena (1973)<sup>934</sup>, una gradación de obligaciones no-maleficencia-beneficencia que incluye cuatro elementos en orden jerárquico o precedencial:

1. Se debe no infligir mal o daño (principio de no-maleficencia).
2. Se debe prevenir el mal o daño.
3. Se debe remover el mal.
4. Se debe hacer o promover el bien.

El deber pasivo o negativo de no-maleficencia, abstenerse del mal, tiene precedencia sobre los deberes de beneficencia positiva o activa, al punto que para algunos, estos últimos no serían deberes en sentido estricto sino ideales morales o actos supererogatorios, moralmente justificados pero no requeridos, en todo caso deberes de obligación imperfecta que no generan un derecho correlativo. Cabe admitir que no causar daño es más mandatorio u obligante que producir beneficio. Sin embargo, debe delimitarse una obligación moral de asistir a otros con actos positivos de beneficencia, en circunstancias que no impliquen riesgos considerables para los agentes, como asimismo es preciso

---

<sup>932</sup> Según Simón Lorda y Barrio Cantalejo, en 1979, T. L. Beauchamp y J. F. Childress publican el libro «Principles of Biomedical Ethics». Este texto, inspirado en buena parte por el Informe Belmont, sigue un método «principalista», y va a ser el texto de bioética más influyente en los Estados Unidos –y por extensión en el mundo occidental entero– en los diez años siguientes. [Simón Lorda, P. y Barrio Cantalejo, I. M. (1995b), Un marco histórico para una nueva disciplina: la bioética, *Med Clin.*, núm. 105, Barcelona, Págs. 583-597]

<sup>933</sup> Este principio fue una de las innovaciones que establecieron Beauchamp y Childress tras un análisis del Informe Belmont. [En Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999) *Op. cit.*, Págs. 179 y ss.]

<sup>934</sup> Frankena, W. (1973), *Ethics*, Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall [En Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Pág. 137]; Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Págs. 179 y ss.

definir un deber de beneficencia para las acciones sociales o de bien común, salud pública, por ejemplo. De ambos modos, nos aproximamos al *ethos* de la profesión y la institución médicas<sup>935</sup>.

iii. Principio de Autonomía (del griego *autos* = uno mismo y *nomos* = regla, ley: “gobierno propio o autodeterminación, capacidad de otorgarse la ley a uno mismo”)

A partir del siglo XVIII las nuevas corrientes filosóficas introducen nuevos conceptos éticos, en los que aparece ya la autonomía moral. Kant<sup>936</sup> entiende que deben ser los propios hombres los que se den a si mismos, los máximos valores por los que quieran regir su proyecto de felicidad y el de la comunidad en su conjunto, lo que inicia una nueva sociedad libre e individualista.

Por su parte Locke<sup>937</sup> entiende que la condición de los hombres en estado de naturaleza desde el nacimiento, es la igualdad y la libertad –los hombres no nacen en la libertad pero si para la libertad–, y de esta manera, fundamenta su modelo ideal de estado, ve en las democracias representativas, cuyo núcleo es el consentimiento libre e informado de los ciudadanos, la introducción en la

---

<sup>935</sup> Para Frankena, en caso de conflicto, tiene preferencia moral el primero de los elementos y después el segundo sobre el tercero y éste sobre el cuarto pero, no es fácil de defender, según Beauchamp y Childress, este orden de prioridad ya que, no ayudar a una persona –evitando proporcionarle un bien o no previniendo o desplazado un perjuicio– puede ser tan incorrecto moralmente como no hacerle daño. Sería el caso del cirujano que pudiera salvar dos vidas inocentes, matando a un condenado a muerte, proporcionándoles sus órganos –corazón y riñón–. Sería un buen resultado pero no es moralmente aceptable ni defendible. [En Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Págs. 180-181]

<sup>936</sup> Beauchamp, T y McCullough, L. B. (1987), *Op. cit.*, Págs. 49-50

<sup>937</sup> El Principio de Autonomía, tal como lo definió Locke, establece que “todo ser humano posee, en principio, completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de su persona, de acuerdo con su voluntad, dentro de los límites de la ley natural, sin que su decisión pueda depender de la voluntad de ninguna otra persona”. [En Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 134]



historia de la etapa de la modernidad y su fundamentación en el concepto de autonomía moral pero, no todavía, en la relación médico-paciente.

El concepto de autonomía permite distinguir dos componentes del mismo. Uno es la racionalidad o entendimiento, o sea la capacidad de evaluar claramente las situaciones y escoger los medios adecuados para adaptarse a ellos, y otro es la libertad o no-control, el derecho y facultad de hacer lo que se decide hacer o, por lo menos, actuar sin coerción o restricción. Según el énfasis en uno u otro de ambos elementos, resultan dos diferentes nociones de autonomía llamadas libertaria (Bentham y Mill<sup>938</sup>) y racionalista (Kant)<sup>939</sup>.

En los tiempos actuales y a partir de la segunda mitad del siglo XX<sup>940</sup>, se considera que el ejercicio de la autonomía por el paciente implica que los valores, deseos y preferencias de éste sean determinantes en la decisión que el médico debe tomar. En otras palabras, el médico ya no puede ignorar o subestimar los valores, deseos y preferencias del paciente. Pero este criterio no

---

<sup>938</sup> "... el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sea más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano" [Mill, J. S. (1988), *Sobre la Libertad*, Prólogo de Isaiah Berlín, 5ª edic., Madrid, Alianza Editorial, Págs. 65-66]

<sup>939</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F (1999), *Op. cit.*, Págs. 113-125]

<sup>940</sup> Aunque existen varios antecedentes tan lejanos como la famosa sentencia que, en el año 1914, un Tribunal de New York dictó al examinar un caso consistente en la extirpación de un tumor fibroide del abdomen de un paciente durante una intervención que se proyectaba como meramente diagnóstica –se trataba de una laparotomía exploradora y en la que el paciente, había dejado expresamente aclarado que no quería ser operado. En el fallo, el juez Benjamín Cardozo consideró que “Todo ser humano de edad adulto y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños”.

debe ser asumido como privativo del paciente, ya que también el médico goza de autonomía, y procurando cumplir con los deberes que la profesión le impone, debe hallar el equilibrio entre la autonomía y los demás principios.

Entendemos por autonomía la capacidad de la persona para determinar el curso de su propia existencia, el poder de elegir por sí mismo, definiendo sin intervención de otro ni coacción alguna un proyecto de vida. La autonomía es también una filosofía de vida y de comportamiento social. Los seres humanos, en tanto que seres racionales, son responsables, por lo tanto necesitan autonomía, para implementar esta responsabilidad.

La autonomía describe un tipo de conducta: el gobierno de uno mismo y de las propias acciones, incluyendo los resultados de esas acciones autónomas, y se integra muy bien en el nuevo contexto práctico, mejor que los principios históricamente precedentes de beneficencia y de no maleficencia (*Primum Non Nocere*)<sup>941</sup>.

Laín Entralgo<sup>942</sup> decía: “El médico de hoy ha llegado a plantearse con relativa lucidez intelectual la antinomia que entrañan sus dos actos principales, el terapéutico y el diagnóstico, en cuanto referidos a un ser –el hombre enfermo– que es a la vez naturaleza sensible y persona, principio de operaciones materiales y supuesto racional, paciente de acciones necesarias y autor de acciones libres”. Es decir, “el tratamiento de una enfermedad puede ser enteramente impersonal; el cuidado de un paciente debe ser completamente personal”.

---

<sup>941</sup> Aunque en muchas ocasiones suelen ir unidos los dos conceptos, beneficencia y no maleficencia, no tienen demasiado que ver uno con el otro. El principio de no maleficencia obliga de forma primaria, porque es anterior a cualquier consentimiento o información: nunca es lícito hacer el mal. Por el principio de no maleficencia el médico se abstiene de perjudicar al paciente y se reserva también el derecho a no tratarle, aún cuando contravenga la decisión autónoma de éste, cuando considera dañinas las consecuencias del tratamiento. Beauchamp, T. L. y Childress, J. F (1999), *Op. cit.*, Pág. 33

<sup>942</sup> Laín Entralgo, P. (1987), *La curación por la palabra en la Antigüedad Clásica*, Barcelona. Anthropos, Pág. 1-43

El cambio de signo en las relaciones médico-paciente, pasan por la consideración de la autonomía de éste último fundamentada en tres supuestos: intencionalidad, conocimiento y ausencia de control externo e interno pero, sólo la primera, la intencionalidad, no admite grados, con lo cual se plantea el problema de como enfocar dichos grados, lo que en términos filosóficos y jurídicos se conoce como *casos críticos*. Se consideran *casos críticos* aquellos no claramente subordinados bajo una norma, esto significa que habrá más de una respuesta correcta para resolver la situación práctica en cuestión. Estos casos suelen admitir soluciones basadas en la razón, acuerdos parciales, pactos coyunturales<sup>943</sup>.

En opinión de Galán, “Desde el punto de vista del conocimiento, éste debe ser adecuado, en tal forma que podemos afirmar que una acción es comprendida cuando somos capaces de entender su naturaleza, y además, prever sus consecuencias. En lo que a la ausencia de control externo se refiere, podemos considerar la existencia de distintos grados, esencialmente tres: la coerción, la manipulación y la persuasión. Por último también debemos destacar, dentro de los requisitos necesarios para que el acto pueda ser calificado de sustancialmente autónomo, por cuanto que lo sea de forma completa es muy difícil, la ausencia de control interno”<sup>944</sup>.

Este principio se diferencia del principio de Beneficencia en que prioriza el punto de vista del paciente, en el que predominan su escala de valores, independientemente de la objetividad médica, y en la que la decisión final la debe tomar el paciente, excepto en aquellos casos en que, por circunstancias muy puntuales, no pueda ejercer dicho derecho.

---

<sup>943</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F (1999), *Op. cit.*, Págs. 135-138

<sup>944</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 45

La Clase médica, al aceptar el principio de autonomía, reconoce al paciente una legítima capacidad para tomar decisiones acerca de cuestiones vitales para él, por encima de la propia opinión del facultativo. Y lo hace porque no existe ninguna justificación moral para “instrumentalizar” a los demás por más pretensiones altruistas que se esgriman. No se puede interferir en la integridad moral ajena. En el proceso de tomar decisiones médicas surgen a menudo diferentes factores que el médico debe considerar y que no se reducen estrictamente al campo del conocimiento técnico y científico, sino que van más allá, exigiendo un análisis ético y legal de los resultados (consecuencialismo). Todas estas decisiones, que previamente deben ser informadas correctamente al paciente o ante su imposibilidad a la familia, conllevan una responsabilidad ética y también una responsabilidad legal, por ello es fundamental insistir en proporcionar una información veraz y recurrir de manera sistemática al consentimiento informado<sup>945</sup>.

---

<sup>945</sup> R. R. Faden y T. L. Beauchamp (1986), distinguen para los EE.UU. tres etapas en el desarrollo del principio de autonomía y la figura del consentimiento informado: 1) La negligencia como lesión del derecho a la salud (1780-1890); 2) La agresión física (*battery*), o intervención en el cuerpo de otro sin su permiso (1890-1920); 3) El consentimiento se hace informado (1945-1972). A destacar la relación de la práctica del consentimiento informado con la lógica probabilística de la medicina actual, y la necesidad de una evolución paralela de la ética y la jurisprudencia con la ciencia y lógica médicas. Se trata de trazar un movimiento paralelo, el uno “externalista” (derecho civil) y el otro “internalista” (juicio clínico) en el camino hacia la introducción del sujeto moral en medicina. (*Op. cit.*), Págs. 26-30 [En Simón, P. (2000), *Op. cit.*, Págs. 148-149]

iv. Principio de Justicia (del latín *iustitia*<sup>946</sup>, en el sentido originario: corrección o adecuación, ajuste a un modelo)<sup>947</sup>

En realidad el principio de Justicia es una variante del principio de beneficencia, que “protege los derechos de terceros”, aún cuando las interpretaciones doctrinales no siempre son concordantes.

Como manifiestan Beauchamp y Childress, “es común a todas las teorías de la justicia un requisito mínimo, tradicionalmente atribuido a Aristóteles: los iguales deber ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados desigualmente. Este principio de justicia formal (algunas veces llamado el principio de la igualdad formal) es «formal» porque no establece ámbitos concretos en los que los iguales deban ser tratados igualmente y no proporciona criterios para determinar si dos o más individuos son iguales de hecho o no. Sólo establece que, sea cual sea el ámbito relevante que se ha de considerar, las personas iguales en tales ámbitos deberían ser tratadas igualmente. Esto es, nadie debería ser tratado desigualmente, a pesar de todo lo que les diferencia de otros, a menos que exista alguna diferencia entre ellos que sea relevante para el tratamiento del tema en cuestión”<sup>948</sup>.

---

<sup>946</sup> Para la tradición jurisprudencia romana, la justicia se entiende ante todo en términos de merecimiento, “dar a cada uno lo suyo” (*suius quique tribuere*): una persona es tratada con justicia cuando recibe lo debido, sea lo merecido, beneficio o perjuicio, premio o castigo, lo contrario es injusticia, injusto. Otra distinción clásica es entre justicia conmutativa o retributiva, que regula las relaciones entre las personas, y la justicia distributiva, que regula las relaciones del estado con los ciudadanos. La justicia sanitaria se refiere mayormente a la justicia distributiva y comparativa, relacionada a la asignación de recursos escasos y a la competencia entre distintos reclamos que es necesario balancear. De aquí el concepto de equidad como principio formal de la justicia: “los iguales deben ser tratados igualmente y los desiguales desigualmente”. Los principios materiales de la justicia identifican una propiedad relevante que sirve como base para la distribución de cargas y beneficios: 1) A cada uno igual parte, 2) A cada uno según su necesidad, 3) A cada uno según su esfuerzo, 4) A cada uno según su contribución social, 5) A cada uno según su mérito.

<sup>947</sup> En opinión de Gracia, la definición parece que se remonta a Ulpiano, un jurista romano del siglo III de nuestra era, y fue recogida por Justiniano en sus *Instituciones* (siglo VI): *Iustitia ius constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*, -la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho-. [(1989), *Op. cit.*, Pág. 285]

<sup>948</sup> Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 313

Para Galán Cortés “El modelo de justicia es perfectamente equivalente al principio del interés de terceros, constituyendo una causa justa de privación de libertad de una persona, lo que determina la quiebra del principio de autodeterminación para estos casos. En suma, sólo para obviar la lesión, daño o menoscabo de intereses de terceros, se puede justificar la limitación de la autodeterminación de una persona concreta, lo que en el campo de la medicina tiene lugar por motivos de salud pública (vacunaciones obligatorias, internamientos ...). Hay pues, en este modelo un predominio del bien común, general o social sobre el interés particular”<sup>949</sup>.

Por su parte Palomares Bayo<sup>950</sup> opina que: “Este principio de Justicia despliega su actuación tanto en materia de atención sanitaria en general como en la particular relación médico-paciente. En el primer aspecto, este principio alude a la primacía de la justicia distributiva en materia social en la asignación de recursos sanitarios («justicia sanitaria») para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia y servicios sanitarios, evitando cualquier discriminación y asegurando la adecuada asistencia de acuerdo a las realidades, prioridades sanitarias, con independencia de las circunstancias sociales, económicas, ideológicas, religiosas, etc., de los pacientes. En el segundo aspecto, es decir, en el ámbito de la relación médico-paciente (que es de naturaleza jurídica eminentemente contractual), el principio que estudiamos impone la «justicia conmutativa» que conlleva la necesidad de prestar al paciente el tratamiento convenido y en las condiciones acordadas, sin que uno y otras puedan alterarse unilateralmente por el facultativo salvo por causa justificada de índole médica, o por razones de necesidad o urgencia, y que constituye una de las excepciones a la regla del consentimiento informado”<sup>951</sup>.

---

<sup>949</sup> Galán Cortés, J. C. (2001), *Op. cit.*, Pág. 48

<sup>950</sup> Palomares Bayo, M. y López y García de la Serrana, J. (coord.) (2002), *Op. cit.*, Págs. 5-6

<sup>951</sup> La ya citada Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de la Generalitat de Cataluña, da como excepciones las siguientes:

En definitiva se trata de un principio ético del orden social, la estructura moral básica de la sociedad que condiciona la vida de los individuos, y en opinión de Beauchamp y McCullough, implica que el médico en su valoración moral de los intereses de sus pacientes, tiene que tener igualmente en cuenta los intereses de otros, de terceros, como son “la familia, las instituciones de asistencia sanitaria, de enseñanza de la medicina y de investigación, las futuras generaciones de pacientes, los patronos, la comunidad local y el Estado”<sup>952</sup>.

---

Artículo 7. Excepciones a la exigencia del consentimiento y otorgamiento del consentimiento por substitución.

1.- Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública, si lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación que sea de aplicación.
- b) Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de éste o de sus familiares o de las personas a él vinculadas.

En estos supuestos, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada.

2.- Son situaciones de otorgamiento del consentimiento por substitución:

- a) Cuando el enfermo, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es competente para tomar decisiones, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, el consentimiento debe obtenerse de los familiares de éste o de las personas a él vinculadas.
- b) En los casos de incapacidad legal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.
- c) En los casos de personas internadas por trastornos psíquicos, en quienes concurren las circunstancias del artículo 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.
- d) En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento.

No obstante, en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica que sea de aplicación.

3.- En los supuestos definidos en las letras a), b) y c) del apartado 2, se pueden llevar a cabo las intervenciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada.

4.- En los casos de substitución de la voluntad del afectado, la decisión debe ser la más objetiva y proporcional posible a favor del enfermo y de respeto a su dignidad personal. Así mismo, el enfermo debe intervenir tanto como sea posible en la toma de decisiones

<sup>952</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Op. cit.*, Pág. 192

Gracia establece dos estratos respecto a los principios: en un primer nivel establece los principios de justicia y no maleficencia, no subordinados y por encima de cualquier otro; en un segundo nivel, y subordinados a los primeros, los principios de autonomía y beneficencia<sup>953</sup>. Desde luego, el problema, como siempre, se plantea en el caso de colisión entre principios, siendo lo más adecuado acudir a la ponderación<sup>954</sup>.

#### 4.4.- Ética de la Sanidad

##### 4.4.1 La salud y la enfermedad como valores

En la historia evolutiva de las ideas morales, puede encontrarse justificación a la afirmación de que el respeto a la vida humana, es uno de los ejes primarios en torno a los cuales se ha desarrollado la conciencia ética de la humanidad.

---

<sup>953</sup> Simón Lorda, P. (1999b), “Sobre la posible inexistencia del principio de Autonomía”, *Asociación de Bioética fundamental y clínica*, 2º Congreso Nacional Barcelona, noviembre de 1997, Madrid, Págs. 343-350

<sup>954</sup> El problema no es tanto de la colisión entre los derechos fundamentales como entre el derecho y los límites de dichos derechos fundamentales que son internos, los que definen su ámbito propio, sus fronteras y externos el ordenamiento al ejercicio legítimo y ordinario de los derechos fundamentales. Se dividen a su vez en expresos e implícitos (que son los derivados de la existencia de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos) y los límites externos expresos, se dividen en los de carácter general y los de carácter concreto.

La primera solución sería constreñir los derechos a sus propios límites, lo que en la práctica no suele ser frecuente.

Las corrientes doctrinarias proponen dos procedimientos de solución de conflictos: uno, el principio de ponderación, o sea sopesar todas las circunstancias en que se produce la vulneración de un derecho por otro, que resuelve los conflictos no en función de los límites que establece la Constitución, sino del desarrollo de los hechos y, en función de esta valoración, determina el derecho a proteger.

La segunda, y más moderna doctrina entiende que antes de establecer esta ponderación, hay que determinar los límites de los derechos según lo establecido por la Constitución. Se trata pues de volver a la Ley fundamental del ordenamiento jurídico para establecer estos límites, que aunque siempre serán interpretaciones, es esta interpretación y la aplicación de la misma la que prevalece sobre cualquier valoración no jurídica. (Sobre límites, limitación y ponderación, nos remitimos a los apartados 2.2 y 3.1)



El derecho a la vida ha sido protegido de modo reiterado en los Instrumentos de Derecho Internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>955</sup> de 1948 establece, en su artículo 3, que todos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 (cuya finalidad fue reforzar jurídicamente la declaración del 48), establece en su artículo 6 que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que este derecho está protegido por la ley, y que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente<sup>956</sup>.

Según Pastor “... toda persona tiene un valor incondicional y absoluto, por lo que todas las exigencias de su naturaleza (derechos) deben ser respetados. Decir que toda persona es un bien incondicional y absoluto es indicar que este no es una «cosa» o un «objeto», del cual se puede uno servir, sino que es siempre y sólo un «sujeto» dotado de conciencia y libertad. (...) Todo hombre, por lo tanto, frente a otros hombres es un bien absoluto, no relativo a nadie ni a nada con lo que jamás puede ser tratado y considerado como un objeto utilizable, un instrumento o cosa”<sup>957</sup>.

Continúa diciendo que “De esta realidad brota como algo necesario la inviolabilidad de la vida humana. Es decir, la imposibilidad de toda acción dirigida de un modo deliberado y directo a la supresión de un ser humano inocente o el abandono deliberado de vidas humanas cuya subsistencia depende y está bajo la propia responsabilidad y control”.

---

<sup>955</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

<sup>956</sup> Adoptado y, ratificado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Fue ratificado por España el 13 de Abril de 1977 y entró en vigor en España el 27 de julio de 1977.

<sup>957</sup> Pastor García, L. M. (1997b), “La bioética y sus principios específicos”, en *Manual de ética y legislación en enfermería: Bioética de Enfermería*, Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 41

Llama poderosamente la atención el constatar cómo la doctrina tradicional, aún afirmando con tanto énfasis el valor de la vida humana, admite sin embargo numerosas excepciones al principio de inviolabilidad de la vida que se van formando a través de numerosas y variadas disquisiciones casuísticas. Entre las principales excepciones están: El aborto indirectamente realizado<sup>958</sup>; el suicidio indirecto; la muerte en legítima defensa del agresor<sup>959</sup>; la muerte de un reo condenado por una autoridad pública<sup>960</sup> o la muerte del enemigo en estados de guerra.

En este sentido, como manifiesta Pastor<sup>961</sup>, es necesario buscar una forma de resolver éticamente esas actuaciones en que se producen efectos tanto lícitos como ilícitos. La doctrina, para ello, acude al principio del doble efecto.

La doctrina del doble efecto, tiene su origen en la Teología Moral Católica y está referido a un “concepto ético que dice que un buen medio para alcanzar un buen fin puede dar como resultado un mal efecto colateral pero aceptable puesto que tanto el fin como el medio eran buenos” convirtiéndose en un procedimiento para ayudar a tomar determinadas decisiones que surgen en situaciones morales ambiguas<sup>962</sup>. El rango del valor ético de la vida humana se mide por su puesto en una hipotética escala de moralidad. No se duda en situarlo en el puesto primero. Esto no indica que no se encuentre en determinadas ocasiones en conflicto con otros valores. En tales situaciones conflictivas, el

---

<sup>958</sup> Pastor García, L. M. (1997a), “Bioética y aborto”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 63 (Se justifica su licitud mediante el principio de doble efecto o del voluntario indirecto: “los que intentando actuar sobre otra realidad morbosa del organismo de la mujer, provocan indirectamente, por ejemplo, la expulsión precoz del organismo”).

<sup>959</sup> La muerte del agresor en el supuesto de legítima defensa personal y guardando la moderación debida; es una excepción mantenida sin variaciones en la historia de la moral tradicional.

<sup>960</sup> La licitud de la pena de muerte es también una constante en la historia de la moral tradicional.

<sup>961</sup> Pastor García, L. M. (1997a) *Op.cit.*, Pág. 45

<sup>962</sup> Thompson, J. B. y Thompson, H. O. ( 1984), *Ética en Enfermería*, México, El Manual Moderno, Pág. 380

discernimiento y la acción han de plantearse desde una acción metodológica considerada de “juicio preferencial”<sup>963</sup>.

Desde que la Organización Mundial de la Salud en su Constitución de 1946, definiera la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social<sup>964</sup>, y no se refiere solamente a la ausencia de afecciones o enfermedades, se han vertido ríos de tinta intentando analizar, definir, aclarar y ubicar ésta y sus relaciones con la enfermedad.

La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. Una definición más dinámica de salud es el logro del más alto nivel de bienestar físico, mental, social y de capacidad de funcionamiento, que permitan los factores sociales en los que viven inmersos el individuo y la colectividad.

Para García Suso “La salud no existe en la realidad objetiva, de la misma manera que no existe el ruido, que tan sólo es la manifestación de un fenómeno físico constituído por ondas mecánicas (...) lo mismo ocurre en nuestro

---

<sup>963</sup> El “principio de doble efecto” es un principio utilizado en ética que pretende establecer la distinción entre lo que se considera directamente voluntario y lo indirectamente voluntario. Se recurre a esta expresión para afrontar situaciones conflictivas prácticas de la vida ordinaria que llevan aparejadas efectos no deseados y en las que sólo es posible evitar un mal o conseguir un bien, más o menos necesario, causando un mal que no se desea.

Es difícil en medicina reconocer estas situaciones y por lo tanto de gran utilidad su identificación. Es el caso de la información terapéutica o la utilización de fármacos en estadios terminales o como en este caso, el aborto indirecto.

Se considera que el mal que se causa está justificado o está permitido, si se cumplen cuatro condiciones: que la acción de la que resulta el mal sea en sí misma buena o indiferente, es decir, no moralmente mala; que la intención del agente sea la correcta, es decir, que de verdad no se busque el efecto malo; que el efecto negativo proceda de la causa con la misma inmediatez que el efecto positivo y que haya una razón proporcionalmente grave para permitir el efecto negativo. Los efectos de la actuación podrían resultar útiles o deseados, o bien causar daño y, por tanto, no deseados.

<sup>964</sup> Alarcón Nicolas, M. D. y Tarralba Madrid, M. J. (1997), “La profesión de enfermería como ámbito de responsabilidades; frente a otros profesionales y ante los pacientes”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. Eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág. 163

organismo biológico, formado por numerosos sistemas bioquímicos en diferentes grados de equilibrio y que cada uno de nosotros percibimos como salud o enfermedad”<sup>965</sup>.

Existen numerosas definiciones de salud que hacen referencia a cómo debe ser cuidada, a las consecuencias que genera en la persona y en los grupos, o los problemas que aparecen con su pérdida en términos de funcionalidad orgánica o social. Sin embargo, la salud no puede ser entendida como ausencia de enfermedad, puesto que al no estar definida, no está delimitada. “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no la mera ausencia de enfermedad o discapacidad”<sup>966</sup>.

Sin duda el objetivo de cuidar la salud de la colectividad pretende responder a las necesidades de salud que surgen en las personas a lo largo de su proceso vital, tanto si existe enfermedad o no. Esta actitud permite establecer un conjunto de actividades dirigidas a cuidar a las personas a lo largo de su proceso de salud. El primer nivel de prevención se corresponde con la etapa previa a la aparición de la enfermedad. En opinión de Domínguez Alcón “Como consecuencia de todo ello, se ha desarrollado una concepción positiva de la salud, que considera a la medicina no sólo como curativa, sino también como elemento que contribuye a asegurar una forma de vida más equilibrada y saludable (es lo que se llama promoción de la salud)”<sup>967</sup>.

El concepto de calidad de vida en términos subjetivos, surge cuando las necesidades primarias básicas han quedado satisfechas con un mínimo de

---

<sup>965</sup> García Suso, A.; Vera Cortés, M. L. y Campos Osaba, M. A. (2001), *Enfermería Comunitaria: Bases teóricas*, Madrid, ES21, DAE/Grupo Paradigma, Pág. 46

<sup>966</sup> Organización Mundial de la Salud. (1999), *Salud para todos en el siglo XXI*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.

<sup>967</sup> Domínguez Alcón, C.; Rodríguez, J. A. y De Miguel, J. M. (1983), *Sociología y Enfermería*, Madrid, Pirámide, Pág.17

recursos y ello, bajo la percepción del paciente<sup>968</sup>. El nivel de vida es aquella condición de vida que tiene una fácil traducción cuantitativa o incluso monetaria como la renta *per cápita*, el nivel educativo, las condiciones de vivienda, es decir, aspectos considerados como categorías separadas y sin traducción individual de las condiciones de vida que reflejan: salud, consumo de alimentos, seguridad social, ropa, tiempo libre, derechos humanos. Parece como si el concepto de calidad de vida apareciera cuando está establecido un bienestar social como ocurre en los países desarrollados. Tanto el concepto de enfermedad como el de salud son culturales y tienen una representación diferente en cada comunidad.

Acerca de la condición de valores que tienen la vida y la salud, es preciso también tener en cuenta que éstos, son juicios de valor<sup>969</sup>. La muerte y la enfermedad son sus contrarios, sus antivalores o valores negativos. Pero, también poseen jerarquía dentro de una escala o tabla de valores. Aún más, ocupan los primeros lugares en ella. El enfoque pragmático de la vida y la salud como bienes materiales exclusivamente, no conviene a la medicina. Es cierto que son bienes para quienes las poseen, pero tienen que ser valores –y valores éticos– para los otros, en especial para quienes están obligados a preservarlas y mejorarlas.

Como dice Aranguren “La vida considerada éticamente desde el punto de vista del emplazamiento, consiste en un «mientras»; «mientras seguimos viviendo», según la expresión de Zubiri<sup>970</sup>. Pero ¿Hacia donde seguimos viviendo? Expresado negativamente: hacia la muerte. Expresado positivamente,

---

<sup>968</sup> Barbero, J.; Romeo Casabona, C.; Gijón, P. y Júdez, J. (2004), “Limitación del esfuerzo terapéutico”, en *Ética en la práctica clínica*. Diego Gracia y Javier Júdez eds., Madrid, Triacastela, Pág. 173

<sup>969</sup> Jonsen, A. R. (1999), “La ética en la práctica de la medicina interna”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela, Pág. 228-230

<sup>970</sup> Xavier Zubiri (1898-1983)

hacia la autodefinición, hacia la consecución y posesión de sí mismos por apropiación de posibilidades”<sup>971</sup>.

#### 4.4.2 La Ética y los derechos de los pacientes

Como nos relata Diego Gracia, “Todo comenzó en 1969, cuando una organización privada norteamericana, la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales, procedió a la revisión de su Reglamento, y permitió a las asociaciones de consumidores, en particular la *National Welfare Rights Organization*, participar en esta tarea. Esta Organización, elaboró en junio de 1970 un documento con 26 peticiones concretas, que suele considerarse como el primer código de Derechos de los Enfermos. (...) El siguiente paso se dio en 1973, cuando la Asociación Americana de Hospitales aprobó su Carta de Derechos del Paciente (*Patient’s Bill of Rights*). Por más que su contenido fuera parcial y ambiguo, su influencia ha sido enorme, sobre todo desde que en 1974 el Departamento Federal de Salud Educación y Bienestar recomendara a los hospitales y demás centros sanitarios, la adopción del Código de Derechos de los Pacientes, así como su distribución, en la forma que les pareciera más efectiva, a todos los pacientes que ingresaran en sus establecimientos”<sup>972</sup>.

Tanto para Gracia como para Lázaro, “el año 1973 puede tomarse como símbolo de una nueva rebelión, la “rebelión de los pacientes” porque, la aprobación de la Carta de Derechos del Paciente de la Asociación Americana de Hospitales, supone el reconocimiento oficial del derecho del enfermo a recibir una completa información sobre su situación clínica y a decidir entre las opciones posibles, como adulto autónomo y libre”<sup>973</sup>.

---

<sup>971</sup> Aranguren, J. S. L. (1995), *Op. cit.*, pág. 308

<sup>972</sup> Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 174

<sup>973</sup> Lázaro, J. y Gracia, D. (2006), *Art. cit.*, Pág. 9

Estos dos acontecimientos unidos al desarrollo de la bioética, a partir de los 70, ha creado una estrecha relación entre la bioética y el derecho, relación que, con frecuencia, ha llevado a confusión entre ambas disciplinas<sup>974</sup>.

Aunque, según manifiesta Méndez, “... una cosa es la reflexión sobre la biomedicina y sus consecuencias para la sociedad y otra cosa es el derecho biomédico, o conjunto de leyes que regulan la biología y la medicina (...) La bioética es una reflexión general, de naturaleza filosófica, cuyo objeto son los avances de la biomedicina y que puede servir a su regulación jurídica, pero ni es un derecho ni lo puede ser”<sup>975</sup>.

El reconocimiento de los derechos de los usuarios está íntimamente ligado al modelo de relación profesional médico-paciente, y paradigma de este modelo ha sido el paternalismo tradicional<sup>976</sup> en el que el médico, conocedor de lo que es mejor para el paciente, toma todas las decisiones por él. Este modelo de relación se mantiene vigente desde la historia de los tiempos hasta el siglo XIX, en el que se empiezan a escuchar voces que abogan por una relación menos autoritaria entre médico y paciente porque, como dice John Gregory, “todos los hombres tienen derecho a hablar cuando se trata de su salud o su vida”<sup>977</sup>.

El derecho del paciente a la decisión autónoma sólo puede ser efectivamente ejercido si el paciente posee suficiente información que le permita

---

<sup>974</sup> Podemos establecer esta década como de gran influencia en el desarrollo de los Derechos de los Pacientes como consecuencia del Informe Belmont de 1978 y los principios éticos generales en relación con la bioética y que fueron recogidos en el mismo. Son los principios de Beneficencia, No maleficencia, Autonomía y Justicia a los que ya nos hemos referido.

<sup>975</sup> Méndez Baiges, V. (2000), “Sobre la legislación española en biomedicina”, en *Estudios de Bioética y Derecho*, coord. por María Casado, Valencia, Tirant lo Blanch, Pág. 52

<sup>976</sup> Simón Lorda, P. (1999a), “El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela, Pág. 140

<sup>977</sup> Gregory, J. (1803), *Discurso sobre los deberes, qualidades y conocimientos del médico.*, (trad. Esp.), Madrid, Imprenta Real, Págs. 260-262 [Cit, por Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 152]

una elección inteligente. El paciente debe tomar su propia decisión sobre el tratamiento. El consentimiento informado es una política social básica que admite excepciones: 1) cuando el paciente se halla inconsciente o sin capacidad para consentir y los perjuicios, en caso de no tratar, son inminentes o, 2) cuando el riesgo de la revelación supone tan seria amenaza psicológica de daño para el paciente, que está médicamente contraindicado<sup>978</sup>.

Esta política social no acepta el punto de vista paternalista de que el médico debe guardar silencio porque la información puede llevar al paciente a renunciar a terapéuticas necesarias. De los pacientes racionales e informados no debe esperarse que actúen uniformemente, aún bajo circunstancias similares, en la aceptación o el rechazo del tratamiento. Como dice Polaino, “No cabe duda que el hombre puede ser ayudado por los demás y por la sociedad, pero no sustituido por ellos. De ahí que sea mucho más importante la propia decisión interior que no la simple realización de una obra externa”<sup>979</sup>.

El antecedente de las declaraciones de derechos en sentido propio podemos encontrarlo en la declaración de Filadelfia de 1944<sup>980</sup> por la que, entre otras cosas, se afirmaba el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, derechos de los que nunca podría disponer ningún poder soberano sin el consentimiento de los ciudadanos. Otra declaración de trascendencia fue la de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de Agosto de 1789. Pero la verdadera revolución en materia de Derechos Humanos se produce a raíz de la II Guerra Mundial.

---

<sup>978</sup> Nos remitimos a los apartados 1.4 y 3.1 (Urgencia e Información terapéutica)

<sup>979</sup> Polaino-Lorente, A. (1994), *Op. cit.*, Pág. 50

<sup>980</sup> La Declaración de Filadelfia, de 10 de mayo de 1944, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su XXVI Conferencia General marca la preocupación de los Estados y de la sociedad civil en lo que se refiere a los derechos humanos, entre ellos el derecho al trabajo, a la vida, a la propiedad y a la libertad.



Los desmanes cometidos durante esta contienda, especialmente por los nazis, pusieron de manifiesto la necesidad de que los derechos inalienables de los hombres fueran protegidos. La primera cuestión era aclarar cuáles eran estos derechos inviolables para después proceder a su protección. Así el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos humanos, declara en su preámbulo que: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y apoyándonos en esto proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”<sup>981</sup>.

Diego Gracia nos recuerda la diferencia que presenta España ya que, como país de tradición continental, la jurisprudencia judicial no ha tenido tanta relevancia como en los países del ámbito jurídico anglosajón. En los que, la función judicial se reduce casi exclusivamente a la aplicación e interpretación de las leyes. Por ello, la jurisprudencia norteamericana, ausente en nuestro ámbito judicial, poco o casi nada ha influido, y nuestro ordenamiento sólo ha reaccionado cuando el tema ha pasado de la fase judicial a la propiamente estatutaria<sup>982</sup>.

En realidad, en nuestro país, el proceso de formulación legal de los derechos de los enfermos comenzó de modo poco afortunado, con la Orden Ministerial de 7 de julio de 1972<sup>983</sup>, y posteriormente con el Real Decreto 2082

---

<sup>981</sup> El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera “distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios”.

<sup>982</sup> Gracia, D. (1989), *Op. cit.*, Pág. 179

<sup>983</sup> Como ya indicamos en el apartado 1.4.1 y 3.1.6, el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de

de 28 de agosto de 1978, que contenía una relación de derechos de los enfermos, que fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Supremo. Más tarde, el 1 de octubre de 1984, el Instituto Nacional de Salud puso en marcha un Plan de Humanización de la Atención Sanitaria. Su objetivo básico era la implantación de una Carta de Derechos y Deberes del Paciente pero su eficacia fue prácticamente nula<sup>984</sup>.

Pero esa misma carta, muy modificada, ha pasado a formar parte del artículo décimo de la Ley General de Sanidad. Los puntos fundamentales de esta Ley, que no fueron derogados por la ley 41/2002 o bien fueron modificados por ésta, son:

a) el derecho a ser informados en todo momento de los servicios sanitarios a que pueden acceder y los requisitos para su uso;

b) derecho a ser advertidos de si los procedimientos de pronóstico, diagnósticos y terapéuticos que se le apliquen, pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación;

c) derecho a que se le dé (al interesado o familiares), en términos comprensibles, información completa y continuada (modificado por la Ley 41/2002);

d) derecho a la libre elección entre las distintas opciones que le presenten siendo preciso el previo consentimiento por escrito (modificado por la Ley 41/2002);

e) derecho a que se le asigne médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal;

f) derecho a que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud;

---

julio de 1972 -artículo 148.4- regulaba los derechos de los pacientes en régimen de internamiento.

<sup>984</sup> Sobre estas normas, ya hicimos referencia en el apartado 1.4.1 y 3.1.6

g) derecho a que quede constancia por escrito de su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona allegada, recibirá su informe de alta.

Como diría Romeo Casabona es de todo el entramado jurídico en su conjunto de nuestro ordenamiento, “de donde hay que extraer los derechos del paciente y hacer uso de ellos según las necesidades de cada momento, esto es, de acuerdo con las sensibilidades nuevas que puedan hacer sentir con mayor intensidad la necesidad de la protección de aquellos derechos del paciente que como ciudadano y como usuario de la sanidad sean susceptibles de una más fácil vulnerabilidad”<sup>985</sup>.

#### 4.4.3 Cuestiones éticas en la profesión médica: El secreto profesional y la objeción de conciencia

El término secreto, proviene del participio latino *secretus* (del verbo *secerno*) que significa separar, poner aparte donde no se pueda ver. Según la RAE, es lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto por lo tanto, es secreto aquello que se mantiene separado del conocimiento de los otros, oculto a los demás.

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>986</sup> hace referencia al derecho de confidencialidad, en su artículo 12, al decir textualmente: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio, su familia o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

---

<sup>985</sup> Romeo Casabona, C. M. (1992), *Op. cit.*, Pág. 198

<sup>986</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>

También el Código de Deontología Médica, lo proclama al decir que es inherente al ejercicio de la profesión, afectando a todos los médicos y siendo un derecho de los pacientes que está por encima del tiempo<sup>987</sup>.

Para Gafo<sup>988</sup>, el secreto “es una verdad conocida por una o muy pocas personas, diversas del interesado, cuya revelación sería considerada por éste como un atentado contra la propia intimidad, en que uno se siente afectado como sujeto y quiere mantener velada, tanto si está en juego el derecho a la propia fama, como si carece de relevancia ética o social”. Según este autor se distinguen tres tipos de secreto: el secreto natural, el secreto prometido y el secreto pactado. En este último es en el que situaríamos el secreto profesional.

En opinión de Pastor García, “El secreto se basa en la confidencialidad, y ésta, a su vez, encuentra su justificación, por una parte, en la deontología, que implica que la confidencialidad está implícita en el compromiso profesional; y por otra parte, en el utilitarismo, que defiende el respeto a esta confidencialidad, para que la relación enfermera-paciente sea más eficaz”<sup>989</sup>.

El secreto médico, junto con el secreto de abogados y sacerdotes, forma parte de tres formas específicas de secreto profesional –secreto pactado– que, aunque pudieran parecer semejantes, revisten características diferentes.

Así, el abogado no requiere que el cliente le diga la verdad; incluso el abogado defensor supone y prefiere creer que su defendido es inocente. En el caso del sacerdote, éste, se puede colocar en un nivel en que los dos

---

<sup>987</sup> Herranz Rodríguez, G. (1996), *La ética médica y sus relaciones con la historia clínica y el secreto*, Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso3/3congre-18.htm>

<sup>988</sup> Gafo, J. (1994), *Ética y Legislación en Enfermería*, Madrid, Editorial Universitas, Pág. 62

<sup>989</sup> Torralba Madrid, M. J. y Alarcón Nicolas, M. D. (1997), “El secreto profesional en Enfermería”, en *Manual de Ética y legislación de Enfermería. Bioética de Enfermería*, Pastor García, L. M. y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág.108

interlocutores son anónimos y tiene además la obligación de olvidar todo lo que oye bajo secreto de confesión, pero el médico, no se puede colocar en un lugar anónimo, necesita escuchar la verdad del paciente –para Serrano<sup>990</sup>, se convierte en confidente necesario–, y además no puede olvidar lo relatado. Todo lo contrario, debe recoger y retener lo que le comunica al paciente, para establecer el diagnóstico e instaurar el tratamiento adecuado.

En opinión de Martí (et al.), “La existencia del secreto profesional, y concretamente del secreto médico, deriva de la existencia de la intimidad y del hecho de que el hombre es un ser social. La necesidad nacida del instinto natural de conservación lleva al hombre enfermo a consultar a otro hombre mejor dotado que él (el médico) para que le ayude a buscar su curación, y entiende, con justa razón, que ésta le será más fácilmente proporcionada si se confía plenamente: da su intimidad. Parece lógico que de la necesidad no se derive un perjuicio inevitable, ya que lo que busca el paciente no es el perjuicio, sino lo contrario, la curación”<sup>991</sup>.

La intimidad es un hecho real, algo que existe a pesar de todos los avatares sociales. De la existencia de la intimidad se derivan los secretos profesionales, y por tanto, el secreto médico no es sólo el respeto de un derecho, el derecho del hombre-paciente a la intimidad, sino también un beneficio social. Es por tanto la sociedad, la que sale beneficiada de la existencia del secreto médico. Como dicen Beauchamp y Childress, “Necesariamente renunciamos a una parte de nuestra intimidad cuando concedemos a otros el acceso a nuestras historias personales o a nuestros cuerpos, pero también retenemos en principio

---

<sup>990</sup> Serrano González de Mariño, J. L. (2005), Alcance del deber de secreto profesional sanitario ante la administración de justicia, *Revista Penal*, núm. 15, Pág. 137

<sup>991</sup> Martí Mercadal, J. A.; Buisán Ezpeleta, L. y Gisbert Calabuig, J. A. (1988), “El secreto profesional en Medicina”, en *Ética y medicina*, coord. por Francisco Vilardell, Madrid, Espasa-Universidad, Pág. 87

algún control sobre la información que se obtiene sobre nosotros, al menos en los contextos diagnósticos y terapéuticos, así como en la investigación”<sup>992</sup>.

Como manifiesta Hernández Martínez-Campello, “el secreto médico, igual que el secreto profesional, en general, supone una garantía, una barrera que ampara el derecho a la intimidad de la persona que confía a veces sus más íntimos secretos, al profesional médico”<sup>993</sup>.

El secreto médico tiene por objeto preservar la intimidad del paciente, pero ¿quién decide qué es secreto y qué no? Según Beauchamp, “No existe respuesta única ni definitiva a la pregunta ¿Quién debe decidir? Pues no existe solución única o definitiva al conflicto, de mayor envergadura, existente entre los dos modelos de responsabilidad legal. Todo ser racional quiere autoridad para decidir su suerte, pero ¿quién puede negar lo rápidamente que, ante la enfermedad, se manifiesta el deseo contradictorio de entregarse al poder del profesional?”<sup>994</sup>.

La tipificación de las conductas morales significa un avance importante porque hasta el momento actual, la obligación de guardar secreto que incumbía a los profesionales sanitarios sólo se contemplaba en normas de carácter deontológico, y más adelante, en la ley General de Sanidad; pero sin que existiera realmente una sanción eficaz fruto de una regulación específica. Hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal, las conductas de revelación de secretos sólo podían ser perseguidas a través de procedimientos seguidos por delitos contra la intimidad y el honor.

---

<sup>992</sup> Beauchamp, T. L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 402

<sup>993</sup> Hernández-Martínez Campello, C. (1999), “Secreto Médico y confidencialidad en los datos personales del paciente”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Madrid, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Pág. 211

<sup>994</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Op. cit.*, Págs. 83-84

El nuevo Código<sup>995</sup> establece, en el artículo 199, que: “1.- El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2.- El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

Pero, el deber de sigilo puede entrar en colisión con otros deberes, como el que consagra el artículo 118 de la Constitución Española<sup>996</sup>, en el que se establece la obligación de colaborar con la justicia o frente a los conocimientos estadísticos sobre salud pública.

Como manifiestan Aulló y Pelayo, “Los problemas son muchos, muy interesantes, muy complejos y no siempre de fácil solución porque a veces, se encuentran principios que pueden parecer y hasta a veces lo son, contradictorios, y sin embargo, deben armonizarse porque el Ordenamiento Jurídico es uno y ha de dar satisfacción a todas las situaciones controvertidas que puedan presentarse”<sup>997</sup>. Como dice Álvarez-Cienfuegos, “... el derecho a la confidencialidad de los datos relativos a la salud, no son absolutos, deben convivir con otros derechos e intereses también relevantes para terceros y para la

---

<sup>995</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre)

<sup>996</sup> CE.- Artículo 18: Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

<sup>997</sup> Aulló Chaves, M. y Pelayo Pardos, S. (2000), “La Historia Clínica”, en *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Pág. 29

sociedad misma. Éste es el difícil equilibrio que ha de lograrse en el régimen jurídico del secreto profesional<sup>998</sup>.

Un problema que se plantea con cierta frecuencia en los pacientes enfermos de SIDA o portadores del virus es el relativo a la confidencialidad de los resultados de su diagnóstico o de su serología, que en principio es un derecho aceptado por todos. Pero tal derecho no es absoluto, encontrando sus límites en la vida y la salud de terceros que puedan ser afectados. En este sentido, uno de los primeros supuestos de prevalencia del derecho a la salud del grupo social, frente al derecho a la confidencialidad del individuo, lo constituye el Real Decreto 2210/1995<sup>999</sup>, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica que, en su artículo 33, establece que los médicos, tanto del sector público como del privado, que diagnostiquen casos de SIDA, tienen obligación de comunicar el hecho, de forma inmediata al diagnóstico, al registro de SIDA de la Comunidad Autónoma de la que se trate<sup>1000</sup>.

Pero, la Historia Clínica es posiblemente, el documento sanitario personalizado que contiene mayor volumen de información íntima y cuyo uso se asume como irrenunciable por el bien de cada enfermo concreto y del desarrollo general de la lucha contra la enfermedad y por la promoción de la salud. Así, los avances tecnológicos actuales, con la informatización tanto de la Historia Clínica como de los datos sanitarios, ha originado una pluralidad de normativas destinadas a proteger y garantizar la confidencialidad de los datos relativos a la

---

<sup>998</sup> Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. (1996), *El secreto y el nuevo Código Penal*, Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso3/3congre-15.htm>

<sup>999</sup> Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (BOE núm. 21, de 24 de enero de 1996)

<sup>1000</sup> De acuerdo con la Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association, APA), si el médico tiene “información clínica convincente” de que el paciente está infectado por VIH y a su vez posee una “buena razón par creer” que las acciones de los pacientes siguen poniendo a otros en peligro de exposición, entonces “es éticamente permisible para el médico notificarlo a la persona que él crea que está en peligro de contraer el virus”. [Beauchamp, T.L y Childress, J. F. (1999), *Op. cit.*, Pág. 410]



salud. En opinión de Álvarez Cienfuegos y López Domínguez, “La informática sanitaria, se ha convertido en un instrumento imprescindible para la investigación científica”<sup>1001</sup>.

Es evidente que sin el acceso a la documentación de la historia clínica, la investigación clínica y sanitaria se volvería poco menos que imposible. Sin embargo, dicho acceso se vuelve aparentemente conflictivo ya que, como manifiesta Hernández Martínez-Campello<sup>1002</sup>, el deber de secreto médico “tiene como necesario correlato” el que los individuos tienen derecho a que se respete su intimidad. Ahora bien, no es menos cierto que los investigadores, como ciudadanos y también como profesionales, son de los más interesados en contar con las condiciones adecuadas para no ofender esos derechos en el curso de su trabajo.

Podemos resumir que, los elementos del secreto profesional médico, están en relación con: 1.- La propia naturaleza de la enfermedad (enfermedades congénitas, mentales, hereditarias, contagiosas, venéreas, etc.) y 2.- Las circunstancias que concurren en la enfermedad, y que de saberse, puedan dañar al enfermo o a sus allegados.

Según Pastor “ En la actualidad, y debido al trabajo en equipo, se da lugar a que sean varios profesionales a la vez los que conozcan, tanto en procesos de salud como de enfermedad, las circunstancias que concurren en el paciente. A esto se llama secreto compartido. Asimismo, también están obligados a guardar el secreto todas aquellas personas que, sin ser profesionales de la salud y sin estar implicados directamente en la asistencia (administrativos, informáticos,

---

<sup>1001</sup> Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. y López Domínguez, O. (2000), “El secreto médico y la confidencialidad de los datos sanitarios”, en *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario, Pág.294

<sup>1002</sup> Hernández-Martínez Campello, C. (1999), *Art. cit.*, Pág. 211

etc.), tienen acceso a toda o parte de la información derivada del paciente (historias clínicas, informes, etc.). A esto se llama: secreto derivado”<sup>1003</sup>.

La utilización de la informática, el aumento de información disponible, la aparición de nuevas tecnologías aplicables a la difusión de datos, etc., está introduciendo cambios sustanciales en los métodos de acceso y difusión de la información, entre los que hay que destacar las bases de datos.

En octubre de 1973, la XXVII Asamblea de la Asociación Médica Mundial<sup>1004</sup> celebrada en Munich, dedicó una conferencia especial a los ordenadores y al secreto profesional en medicina y señaló el peligro que significa, con la informática no regulada, que los datos recogidos queden a disposición de los programadores y de otros técnicos, tan distantes del enfermo que no se puede pedir que le respeten, y se preguntaban si el posible acoplamiento de los datos médicos individuales almacenados en un ordenador es compatible con el derecho del enfermo al secreto profesional. Señalaba también el peligro de que una máquina, pueda poner datos confidenciales al servicio de la policía lo cual, sería totalmente inaceptable.

En nuestro ordenamiento, la Constitución Española no olvida estas posibilidades, y en su artículo 18.4 recoge que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Tampoco la jurisprudencia se ha manifestado al respecto y así el TC en sentencia 254/1993<sup>1005</sup>, declara que los derechos fundamentales de los ciudadanos, vinculan a todos los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios

---

<sup>1003</sup> Torralba Madrid, M. J. y Alarcón Nicolas, M. D. (1997), *Op. cit.*, Pág. 109

<sup>1004</sup> Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Uso de la Computadora en la Medicina. Basada en la Resolución adoptada por la 27a Asamblea Médica Mundial Munich, Alemania, octubre 1973, Disponible en <http://www.wma.net/s/policy/c9.htm>

<sup>1005</sup> STC 254/1993, de 20 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto)

programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre mas excepciones que los que imponga la propia Constitución.

En el Informe final del Grupo de Trabajo del Consejo de Europa sobre la rotación de Datos Médicos, elaborado en Estrasburgo el 14 de octubre de 1994, se resalta la importancia de la informática aplicada a la medicina. Así se dice en la citada recomendación que la utilización de ordenador contribuye a una mejor prestación de los cuidados médicos, permite automatizar las técnicas, facilitando la elaboración de informes médicos y, potencia el trabajo en equipo que exige toda investigación, permitiendo el acceso rápido y selectivo a la información referida a un paciente<sup>1006</sup>.

Ligado a la ética del profesional médico, hay otra cuestión que podríamos englobar en lo que constituirían problemas éticos por objeción de conciencia y que, como manifiesta Herranz<sup>1007</sup>, “tiene su origen en un desacuerdo entre lo que exige un paciente y lo que el médico está dispuesto a ofrecerle”. La doctrina y la jurisprudencia se ha manifestado ampliamente a lo largo de estos últimos años por lo que, haremos una breve referencia a los temas que han generado mayor controversia en la sociedad actual.

Para Jameton<sup>1008</sup>, hay tres tipos de problemas éticos experimentados por los profesionales de la sanidad: 1.-*Incertidumbre moral*, situación que se plantea cuando no se está seguro sobre el problema moral ni sobre los valores éticos que implica. 2.- *Dilema moral*, cuando dos o más principios éticos parecen aplicarse a la situación, pero cada uno de ellos apoya supuestos de acción netamente

---

<sup>1006</sup> Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. (1995), *Confidencialidad del dato sanitario, derechos de los pacientes e intereses generales*, Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso2/2congre-1.htm>

<sup>1007</sup> Herranz Rodríguez, G. (2001), “La objeción de conciencia en Urología”, en *Bioética y Urología: Una nueva perspectiva*, Coord. por J. Jara Rascón, Madrid, Luzan, Pág. 73

<sup>1008</sup> En Jameton, A. (1984), *Nursing Practice. The Ethical Issues*, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.

opuestos y 3.- *Angustia moral*, esta situación se suscita cuando se conocen los valores morales en cuestión y los principios éticos que debería adoptar, pero no puede actuar correctamente porque se lo impiden, bien las reglas institucionales, la autoridad o la falta de respeto por su papel en la toma de decisiones.

El término dilema entendido como disyuntiva es muy familiar para los que hacen trabajo clínico ya que intentan reducir los problemas hasta una dicotomía que permita adoptar con más facilidad decisiones (trato-no trato, ingreso-no ingreso, intubo-no intubo, etc.). Desde el punto de vista ético es más difícil reducir la disyuntiva ya que las opciones pueden ser múltiples y la decisión suele caer en zona difusa. Aquí radica la importancia de la bioética como disciplina ya que proporciona una herramienta útil para desplazar la decisión hacia el eje positivo de los valores éticos.

En opinión de Beauchamp y McCullough<sup>1009</sup>, hay dos criterios de razonamiento: El primer criterio es la claridad exigiéndose ésta para que los conceptos básicos estén tan libres de equivocaciones y ambigüedades como sea posible. El segundo es la coherencia, que se requiere para evitar contradicciones en nuestros razonamientos.

En los casos de objeción de conciencia que se suscitan, o pueden suscitarse, dentro de la actividad sanitaria, no existe una confrontación expresa del derecho a la libertad ideológica con otros derechos constitucionales. Un sector doctrinal<sup>1010</sup> y jurisprudencial, diferencia el tratamiento de la objeción de conciencia en los supuestos de aborto legal basándose en, entender, que en el caso de interrupción voluntaria del embarazo, la objeción de conciencia no supone exclusivamente el ejercicio de la libertad ideológica de quien objeta, sino

---

<sup>1009</sup> Beauchamp, T. L. y McCullough, L. B. (1987), *Op. cit.*, Págs.11-12

<sup>1010</sup> Martínez Rocamora, L. G. (1998), La objeción laboral de conciencia en materia de aborto, *Aranzadi social*, núm. 3, Págs. 2512-2523

también el derecho a la vida, (derecho a la vida que en el caso del aborto se ha de entender como derecho del *nasciturus*).

Siguiendo a Medina Castellano, uno de los problemas que plantean los supuestos de aborto es el de la determinación del sujeto pasivo, o dicho en otras palabras, quién es el titular del bien jurídico protegido. “Si la Constitución protege la vida, no puede dejar de protegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma”<sup>1011</sup>.

Según esto, se puede entender que la vida del concebido y *nonato*, constituye un bien jurídico cuya protección se contiene en el artículo 15 de la Constitución Española<sup>1012</sup>.

El dilema ético central entorno a la licitud o no del aborto radica en determinar hasta qué punto el respeto a la vida que es debido a todo ser humano inocente, y que éste posee por el mero hecho de serlo, es exigible también en ésta etapa del desarrollo. ¿Rige en este caso el principio ético o también denominado absoluto ético “*no matarás al inocente*”?

Según Pastor García, “En las leyes de algunos países, se parte de la base de que el ser humano concebido y no nacido, no merece ninguna protección legal hasta que no ha alcanzado un determinado grado de desarrollo; según este criterio el aborto es legal si se lleva a cabo dentro de este período de gestación; este sistema es conocido como de «plazos». En otros ordenamientos jurídicos

---

<sup>1011</sup> Medina Castellano, C. D. (2000), *Ética y legislación en Enfermería*, Madrid, DAE/Grupo Paradigma, Pág.180

<sup>1012</sup> Artículo 15: Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

como el español, se establece un sistema de despenalización parcial, denominado de «indicaciones»<sup>1013</sup>.

La Ley Orgánica 9/1985<sup>1014</sup> de despenalización parcial del aborto, indica cuáles son las condiciones establecidas para que la práctica del aborto no sea penalizada. Los supuestos despenalizados son: a) Indicación terapéutica, b) Indicación ética y c) Indicación eugenésica.

Nadie puede dudar que, las aportaciones de las ciencias biomédicas en el campo de la prevención, el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades, han provocado un cambio en nuestra visión de la enfermedad y de la muerte. “También respecto a la muerte hemos cambiado nuestra manera de pensar. (...) La eutanasia debe ser enfrentada desde un doble punto de vista: como una cuestión de respeto y de solidaridad. (...) El alargamiento de la vida en determinadas circunstancias no es considerada como un bien por todas las personas, y en este caso la voluntad del individuo debe ser tenida en cuenta”. La tecnología ayuda a mantener el cuerpo con vida y obliga a redefinir la muerte. ¿Tiene sentido retrasar la muerte indefinidamente? O mejor ¿cuándo tiene sentido hacerlo?<sup>1015</sup>.

La medicina ha de luchar contra la muerte prematura, no contra la muerte ya que ésta es el destino de los humanos. La muerte no debe verse como un fallo médico o un fallo biológico siempre evitable. La obligación de los profesionales sanitarios es procurar que los individuos cumplan su ciclo vital, no la búsqueda de una vida más larga, aunque éste sea un objetivo individual aceptable. También es obligación de la medicina procurar una muerte plácida. El ejercicio

---

<sup>1013</sup> Pastor García L. (1997a), *Op. cit.*, Págs. 73-74

<sup>1014</sup> Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos (BOE núm. 166, de 2 julio)

<sup>1015</sup> Casado, M. (2000), Ponencia al V Encuentro Quiral, Cuadernos Quiral núm. V, Barcelona, Observatorio de la Comunicación Científica, UPF, Pág. 8

de la medicina intensiva plantea importantes conflictos éticos que afectan fundamentalmente al final de la vida, a la investigación y a una peculiar relación sanitario/usuario.

En los años cuarenta aparecieron en distintos países europeos, asociaciones que propugnaban la liberalización de la eutanasia y el derecho a que cada uno decida el momento, el modo y el lugar en el que quiere terminar su existencia<sup>1016</sup>. Las opiniones respecto a las cualidades que deba revestir una muerte digna son diversas, no deja de llamar la atención el hecho de que cuando se reclama la categoría de digno para la muerte no se haga lo propio para la vida. Morir con dignidad requiere haber vivido de la misma manera. En opinión de Medina Castellano<sup>1017</sup>, lo digno es merecedor de respeto, lo que no es degradante, ni vergonzante; en definitiva lo que no hace perder al hombre su condición de tal en el último momento de su existencia.

Es el caso de las Unidades de Cuidados Paliativos (UPC), surgen a partir de que la enfermera inglesa Cicely Saunders, tras la observación del proceso en los enfermos terminales, llegase a la conclusión de que son pacientes con necesidades específicas que no llegan a ser atendidas de manera adecuada. Para conseguir su propósito, estudia medicina y comienza con el movimiento Hospice en el año 1967 en el St. Christopher´ Hospital de Londres. Más tarde, se desarrollan en Montreal a partir de 1975 como UPC, y en 1984 empieza en España, la primera unidad en el Hospital Marqués de Valdecilla, de Cantabria<sup>1018</sup>.

---

<sup>1016</sup> EXIT fue la asociación más conocida, más tarde se denominó Asociación por el Derecho a una Muerte Digna, con sede en Inglaterra.

<sup>1017</sup> Medina Castellano, C. D. (1993), La enfermería y la eutanasia, *Enfermería Científica*, núm. 130 [En Medina Castellano, C. D. (2000), *Op. cit.*, Pág. 174]

<sup>1018</sup> Centeno Cortés, C; Flores Pérez, L.A y Hernández de la Calle, S. (2003), “Historia de los cuidados paliativos. Su desarrollo en España”, en *Avances en Cuidados Paliativos*, dir. por M. Gómez Sancho, T. III, Las Palmas de Gran Canaria, Gabinete de Asesoramiento y Formación Sociosanitaria, Págs. 687-704

No son pocos, en la sociedad en que nos movemos, los problemas éticos que se plantan ante diferentes técnicas médicas que o se llevan o se pretende llevar a cabo, en el medio sanitario. Es el caso de las esterilizaciones voluntarias, vasectomías o ligaduras de trompas, reasignaciones de sexo o técnicas de clonación como tampoco son pocas las voces que se alzan en uno y otro sentido, a favor y en contra.

En la actualidad existen medios suficientes para favorecer la transmisión de la vida humana, que suscitan nuevas interrogantes: ¿Merece la pena apoyar y favorecer tales intervenciones? ¿Es la ciencia el único criterio en el progreso humano? ¿Es conveniente hacer todo lo que puede hacerse? La Fecundación *in vitro* ofrece infinidad de posibilidades, la donación de óvulos y de semen y la producción de embriones “sobrantes”... A esta práctica van dirigidas las decisiones del Informe Warnock<sup>1019</sup>.

Es evidente que la obligación del profesional es intervenir sobre sus pacientes de acuerdo a las reglas de la *lex artis*; y en este aspecto, tiene el facultativo la potestad para decidir, con *juicio profesional*, en un momento dado, lo que es o no conveniente.

---

<sup>1019</sup> En 1978 se produjo el nacimiento de la primera bebé probeta. El Parlamento Británico, para regular los temas relacionados con la investigación con embriones humanos en el Reino Unido, constituyó una comisión presidida por la filósofa de Cambridge, Mary Warnock (1982-84). En el Informe de la “Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana” se basó la ley británica sobre reproducción asistida.



#### 4.4.4 La ética en la Investigación Clínica y en las técnicas de Reproducción Asistida

En opinión de Alventosa y Durán<sup>1020</sup>, “De la investigación científico tecnológica especialmente en el campo de la medicina, la biología y la bioquímica, que se han producido en las últimas décadas, nos interesa la proyección que la misma ha tenido en dos ámbitos concretos. De un lado la aplicación y experimentación de las modernas técnicas genéticas donde se investiga la propia creación de la vida humana y donde confluyen problemas éticos, jurídicos y sociales, que aún no han sido resueltos. Y de otro, la investigación de nuevos medicamentos y fármacos para paliar o curar enfermedades, y cuyo punto más delicado es su aplicación a seres humanos”.

##### i. Investigación Clínica en seres humanos

En el año 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán promulgó unas estrictas normas sobre experimentación con seres humanos y aplicación de nuevos productos terapéuticos en medicina. Estas *Richtlinin*<sup>1021</sup>, a las que ya nos referimos en el apartado 3.1.5, no tuvieron parangón en su época, y son, de algún modo, el primer gran código sobre ensayos clínicos. De los catorce artículos de que consta, cuatro están dedicados al tema del consentimiento informado. En ellos se dice que el consentimiento debe ser dado por el propio sujeto o, en su defecto, por su sustituto legal, de *modo claro e indubitable*. Pero estas normas, como bien es sabido, no fueron aplicadas a judíos, gitanos, polacos y rusos, ni se cumplieron en los campos de concentración durante la II Guerra Mundial.

---

<sup>1020</sup> Alventosa del Rio, J. y Durán y Lalaguna, P. (1997), *Op. cit.*, Pág. 218

<sup>1021</sup> Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica en el hombre.

Tras ella el mundo asistió atónito a la revelación de los experimentos con seres humanos que se habían efectuado durante años con los presos. Como consecuencia de ello, en el año 1946, se sentaron en el banquillo de Nuremberg veinte médicos y tres administradores. Durante el proceso, el tribunal se dio cuenta de la importancia del consentimiento informado en la realización de experimentos con humanos y ensayos clínicos y decidió establecer los principios básicos que debe tenerse en cuenta a fin de satisfacer las exigencias morales, éticas y legales en la investigación con seres humanos<sup>1022</sup>.

En los años cincuenta se detectan en EEUU las primeras directrices sobre comités encargados de supervisar estas investigaciones. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1966), revisada después en Tokio en 1975 (WMA), puso sobre el tapete la necesidad de contar con unos organismos que asegurasen la calidad de los protocolos de investigación y controlasen que el consentimiento de los pacientes sometidos a investigación fuese verdaderamente libre e informado, adoptando una serie de recomendaciones dirigidas a los médicos en sus trabajos de investigación sobre los seres humanos, y en 1978, el conocido Informe Belmont, define los principios éticos básicos que deben aplicarse a la Investigación Clínica en seres humanos.

Como nos informa Sádaba, “Desde los años noventa viene funcionando a modo de referencia básica lo que se ha dado en llamar «los principios de la bioética». Tales principios tienen su origen en el Informe Belmont de 1978. Dicho informe es el resultado de los cuatro años de discusión de una Comisión Nacional organizada a instancias del Congreso de Estados Unidos. La Comisión debería tratar de los principios éticos que afectan a la investigación con humanos. Propuso tres principios como guía: La autonomía de las personas, la

---

<sup>1022</sup> Nuremberg Code 1947, en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, Vol II, Núm. 10, Washington, D.C., U.S., Government Printing Office, 1949, Págs. 181-182 (Puede verse en el Anexo I)

beneficencia (o maximizar los beneficios y minimizar los riesgos) y la justicia distributiva. Es ésta la raíz del hoy ya célebre texto de Beauchamp y Childress, *Principios de ética biomédica*<sup>1023</sup>, principios que hemos revisado en el apartado 4.3.

En 1989 se publican las normas de la Comunidad Europea sobre la Buena Práctica Clínica<sup>1024</sup>, que considera los aspectos éticos y las medidas de control de calidad de un proyecto de investigación clínica. En 1990 se publica en España la Ley del Medicamento<sup>1025</sup> que determina que no se podrá realizar ningún ensayo clínico sin un informe previo de un Comité Ético de Investigación Clínica, obligación ratificada por la reciente Ley 29/2006. Como resultado de la Directiva 2005/28/CE<sup>1026</sup>, se publica el Real Decreto 223/2004<sup>1027</sup> de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

La entrada en vigor de esta norma, era recogida en EL PAIS del 6 de Abril de 2004, informando que “La investigación clínica en Europa cambia las reglas del juego. A partir del 1 de mayo, las condiciones de la investigación con medicamentos en humanos se armonizan en toda la Unión Europea. El nuevo escenario afecta a investigadores, comités éticos, pacientes, industria y Administración”<sup>1028</sup>.

---

<sup>1023</sup> Sádaba, J. (2004), *Principios de Bioética Laica*, Barcelona, Gedisa, Pág. 48

<sup>1024</sup> Guía de Buena Práctica Clínica (1997), *El Medicamento*, N° 2

<sup>1025</sup> Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE núm. 306, de 22 de diciembre) Derogada por Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios ((BOE núm. 178, de 27 de julio)

<sup>1026</sup> Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos.

<sup>1027</sup> Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de febrero)

<sup>1028</sup> EL PAIS del 6 de Abril de 2004, Sociedad: Salud, Pág. 28

Pero, ¿qué se entiende por investigación clínica? El Real Decreto, no lo define por lo que, acudiendo a la doctrina podemos definir la investigación clínica, como “cualquier intervención clínica en la que participan sujetos humanos ya sean pacientes o voluntarios sanos, y se lleva a cabo de acuerdo con un protocolo concebido para general conocimiento científico generalizable”<sup>1029</sup>.

Según Galende,<sup>1030</sup> “la investigación clínica, como todo tipo de investigación, tiene como objetivo generar conocimiento científico pero con la peculiaridad de que los estudios son realizados en personas (voluntarios sanos y pacientes). Sus resultados deben ser aplicables en la práctica clínica a otros pacientes con las mismas características de los pacientes que participaron en el proyecto de investigación”.

Para llevar a cabo estas intervenciones, si recoge el Real Decreto, que al objeto de equiparar las distintas reglamentaciones de los Estados miembros en materia de Ensayos Clínicos, por parte de la Administración se habilitan nuevos procedimientos administrativos para su autorización.

Es la Ley del Medicamento<sup>1031</sup>, la que define el Ensayo Clínico, como “toda investigación efectuada en seres humanos, con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos, y/o demás efectos farmacodinámicos, y/o de detectar las reacciones adversas, y/o de estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios

---

<sup>1029</sup> Jonsen, A. R.; Siegler, M. y Winslade, W. (2005), *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, Barcelona, Ariel, Pág. 321

<sup>1030</sup> Galende Domínguez, I. (2006), “Consideraciones éticas”, en *Evaluación de Ensayos Clínicos. Guías operativas para los CEICS*, Coord. por Ines Galende Domínguez, Majadahonda (Madrid), Fundación AstraZéneca, Pág. 29

<sup>1031</sup> Ley 25/1990, de 20 de Diciembre, del medicamento (BOE núm. 306, de 22 diciembre) modificada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) y derogada por la ya citada Ley 29/2006.

medicamentos en investigación con el fin de determinar su inocuidad<sup>1032</sup> y/o su eficacia”.

También enumera las funciones de los Comités Éticos de Investigación Clínica, en cuanto a la evaluación del ensayo clínico, en el ámbito que les concierne, estableciendo además los plazos máximos para dicha evaluación. La novedad y particularidad de esta norma es la designación de un Comité de Referencia, entre los distintos comités éticos implicados, para que emita el dictamen único que, a partir de su entrada en vigor, será necesario en el caso de que, el Ensayo Clínico, sea multicéntrico (ensayos en los que participen dos o más centros ubicados en España).

Como reseña la norma, especial mención merece la obligación de aplicar las normas de buena práctica clínica a la planificación, realización, registro y comunicación de todos los ensayos clínicos que se realicen en España, como conjunto de requisitos éticos y científicos de calidad reconocidos a escala internacional y como garantía de la protección de los derechos, la seguridad y el bienestar de los sujetos del ensayo, así como la fiabilidad de sus resultados.

De acuerdo con el Real Decreto, el Comité Ético de Investigación Clínica (CEIC) es un organismo independiente, constituido por profesionales sanitarios y miembros no sanitarios, encargado de velar por la protección de los derechos, seguridad y bienestar de los sujetos que participen en un ensayo y de ofrecer garantía pública al respecto, mediante un dictamen sobre el protocolo del ensayo, la idoneidad de los investigadores y la adecuación de las instalaciones, así como los métodos y los documentos que vayan a utilizarse para informar a los sujetos del ensayo con el fin de obtener su consentimiento informado.

---

<sup>1032</sup> La ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cambia el término inocuidad por el término seguridad.

Podemos cifrar su nacimiento con Thomas Percival, en 1803, al proponer que, cuando un médico decida prescribir un medicamento nuevo a sus pacientes, debería comentarlo previamente con otros profesionales para conseguir su deber principal, el auxilio de los enfermos y la debida estima de la importancia de su profesión –ministerio–, aunque, desde una perspectiva histórica, es el Código de Nuremberg el que siempre se ha considerado como el antecedente de los CEICs. Ello en base a que, este Código incluía directrices éticas en las que basar la investigación en humanos. Su principio fundamental era que, en cualquier caso, el sujeto participante en un proyecto de investigación debía dar su consentimiento voluntario. Además, recogía la necesidad de que las investigaciones estuvieran justificadas en relación con los resultados que, del estudio, esperaba obtenerse.

## ii. Técnicas de Reproducción Asistida

Los avances producidos en materia de intervención sobre el patrimonio genético de la humanidad y del conocimiento del ADN, obligan necesariamente a reconsiderar los postulados éticos tradicionales, y analizar si se adecuan a las nuevas exigencias de la ciencia. Es importante tenerlo en cuenta ya que, las consecuencias de su conocimiento y la posibilidad de intervenir en él no sólo son innumerables sino que previamente, requieren una especial reflexión<sup>1033</sup>.

Como dice Méndez, “La Ley española de reproducción asistida quiso sobre todo asegurar el éxito de unas técnicas. Por eso admite a cualquier mujer mayor de dieciocho años, ya esté casada o no, ser usuaria de las mismas y por

---

<sup>1033</sup> Franch Meneu, V. (1997), “Manipulación del patrimonio genético y diagnóstico genético”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. ed., Madrid, Mosby/Doyma Libros, Pág.86

eso garantiza tanto el anonimato de los donantes de gametos o preembriones como el carácter gratuito de esa donación *sui generis*”<sup>1034</sup>.

En España la clonación de seres humanos está expresamente prohibida y así lo recoge el Código Penal de 1995. Modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el artículo 160.3 determina que “. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años (...) Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”.

En concreto la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida<sup>1035</sup> contemplaba en su artículo 20: “Son infracciones graves (...) 1) La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos”.

La ingeniería genética no es una ciencia, sino un compendio de técnicas para aislar y modificar los genes. Así Polaino entiende que “En la composición genética de las generaciones venideras pueden repercutir diversas posibilidades – no excluyentes e interrelacionables– que la mayoría de los autores enumeran como tres esenciales: la primera, el lento cambio ambiental; la segunda basada en una política eugenésica de variada condición; la tercera, más actual, sutil e incisiva, se refiere a la manipulación o instrumentalización genética”<sup>1036</sup>.

La posibilidad de clonar seres vivos ha abierto un debate sin precedentes en la historia de la ciencia, y particularmente, en el ámbito de la Bioética, que, de alguna forma hace tambalear los cimientos en que se asientan los valores y la

---

<sup>1034</sup> Méndez Baiges, V. (2000), *Op. cit.*, Pág. 58

<sup>1035</sup> Vigente hasta el 28 de mayo de 2006, fecha de entrada en vigor de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo)

<sup>1036</sup> Polaino-Lorente, A. (1994), *Op. cit.*, Pág.179

cultura de la sociedad actual. Las grandes religiones monoteístas, han vinculado la dignidad del hombre al hecho ontológico de su creación por un ser superior. Gafo, se pregunta, “¿Quién va a determinar cómo se sirve mejor al bien humano cuando se están proyectando nuevas formas de vida? ¿Quién va a controlar la experimentación genética y sus resultados, que podrían tener implicaciones inauditas para la supervivencia humana?; ¿Quién se beneficiará y quién soportará las consecuencias adversas, directa o indirectamente? Éstas no son preguntas triviales. Son preguntas morales, éticas y religiosas. Tratan de la naturaleza fundamental de la vida humana y de la dignidad y valor del ser humano individual”<sup>1037</sup>.

Tal y como indica Romeo Casabona<sup>1038</sup> las razones para un rechazo de la clonación de seres humanos pueden ser varias:

1.- La técnica aún se halla en sus inicios, por lo que el riesgo de fracasos y el posible número elevado de potenciales seres humanos defectuosos sería un riesgo.

2.- No están claros qué tipo de efectos secundarios puede generar la clonación.

3.- Un uso generalizado de la clonación, no ya en seres humanos sino en cualquier especie, conduce a un riesgo de reducción peligrosa de la diversidad biológica, absolutamente necesaria para la estabilidad de la humanidad.

4.- La clonación pasaría a convertirse en un acto de consumo más: algo que se compra para adquirir un bien material, en este caso un ser humano idéntico a otro.

---

<sup>1037</sup> Gafo, J. (1994), *Op. cit.*, Pág. 254

<sup>1038</sup> Romeo Casabona, C. M. (1995b), ¿Límites Jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6, Bilbao, Págs. 21-39



Sólo cabía esperar como podrían conjugarse los contenidos del Código Penal y el proyecto, pendiente de aprobación, de la Ley de Investigación Biomédica en el que se recogía, la posibilidad de llevar a cabo esta técnica, la clonación. Sobre ello también se manifestó Romeo Casabona<sup>1039</sup>, al manifestar que “el artículo 160.2 del Código Penal (CP) establece que constituye delito la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la reproducción. De acuerdo con criterios científicos, la clonación terapéutica daría lugar a un embrión, y no a una fecundación. “Me parece muy discutible que ese delito sea aplicable a estos casos –comentó el jurista a GM– primero porque no se trata de fecundación, y segundo porque en el caso de la clonación terapéutica únicamente se necesitan los primeros días en que ese óvulo se activa mediante transferencia nuclear y se empieza a dividir en células que se toman en las primeras fases”. Pero además, hay una segunda argumentación y es que el CP prevé la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho u oficio. En este caso, la Ley de Investigación Biomédica estaría estableciendo, por tanto, una excepción a ese delito. En consecuencia, no sería delito realizar la clonación terapéutica humana salvo que no se respetasen los casos que prevé esta futura ley. Asimismo, Romeo puntualizó que el texto legislativo no es contrario al Convenio de Oviedo<sup>1040</sup> puesto que éste no se opone a la clonación terapéutica”.

Aprobada la Ley de Investigación Biomédica<sup>1041</sup>, ésta remite a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En su

---

<sup>1039</sup> Artículo de la *Gaceta Médica Digital*, La ley biomédica choca con el Código Penal en la clonación terapéutica, Año II, núm. 201, [Consulta el 15 Mayo 2007], Disponible en <http://www.gacetamedica.com/gacetamedica/articulo.asp?idcat=231&idart=258357>

<sup>1040</sup> Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Oviedo, 4 de abril de 1997. Artículo 13. Intervenciones sobre el genoma humano. – Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

<sup>1041</sup> Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio): TÍTULO IV: Sobre la obtención y uso de células y tejidos de origen embrionario humano y de otras células semejantes

CAPÍTULO I: Sobre la utilización de ovocitos y preembriones

artículo 35 regula la donación de ovocitos y preembriones, y en el artículo 33, la forma de obtención de las células de origen embrionario.

Dedica el resto de este título –CAPÍTULO II, Sobre la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria–, a enumerar una serie de requisitos con el propósito de garantizar el adecuado uso de los ovocitos y preembriones sobrantes en la instauración de estas técnicas<sup>1042</sup> en el campo de la investigación, remitiendo nuevamente a la ley 14/2006.

---

Artículo 32. *Donación de ovocitos y preembriones.*

1. La investigación con ovocitos y preembriones deberá contar con el consentimiento de las personas de las que provengan, las cuales podrán revocarlo en cualquier momento sin que afecte a la investigación realizada.

2. La donación de ovocitos y de preembriones se regirá por lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. En el caso de los ovocitos, el consentimiento de las donantes hará referencia expresa a su autorización para la utilización de la técnica o técnicas concretas que vayan a aplicarse a los ovocitos que sean objeto de la donación. A tal fin, los profesionales sanitarios responsables de la obtención de dichos ovocitos suministrarán a las donantes la información oportuna previamente a que otorguen el consentimiento, debiendo dejarse constancia escrita de todo ello.

Artículo 33. *Obtención de células de origen embrionario.*

1. Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación.

2. Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear.

<sup>1042</sup> Artículo 34. *Garantías y requisitos para la investigación.*

1. La investigación o experimentación con ovocitos y preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, o de sus estructuras biológicas, con fines relacionados con la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares troncales embrionarias o con otros fines no vinculados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, deberán realizarse de acuerdo con las condiciones establecidas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y cumplir los siguientes requisitos: a) Que la investigación respete los principios éticos y el régimen jurídico aplicable, en especial lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo, y responda a los principios de pertinencia, factibilidad e idoneidad, en particular del investigador principal, del equipo de investigación y de las instalaciones del centro en el que se realizará la investigación.

b) Que se fundamente en un proyecto de investigación autorizado por la autoridad estatal o autonómica competente, previo informe favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos, en el supuesto de proyectos en las materias previstas en el artículo 35.

2. La autorización de los proyectos de investigación estará condicionada a que el proyecto incorpore al menos los siguientes elementos:

a) La autorización de la dirección del centro en el que se realizará la investigación, así como el informe favorable del Comité de Ética de la Investigación que le corresponda.

#### 4.5. El documento de consentimiento informado

El concepto *informed consent*, aparece por primera vez en el ámbito jurídico médico, en los Estados Unidos en 1957, tras un sonado proceso legal, el Caso *Salgo* contra el *Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees*. En España, en 1972, se publica el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias que, regulaba los derechos de los pacientes en

---

b) La indicación de las relaciones e intereses comunes existentes de cualquier naturaleza, o la ausencia de éstos, entre el equipo y el centro que hayan llevado a cabo cada uno de los procesos de reproducción asistida que hayan generado los preembriones o intervenido para la obtención de los ovocitos.

c) El compromiso escrito de suministrar a la autoridad pública correspondiente los datos que permitan identificar y conocer la conservación de las líneas celulares que pudieran obtenerse como consecuencia del desarrollo de la investigación.

d) El compromiso de la cesión con carácter gratuito de las líneas celulares que puedan obtenerse en el desarrollo de la investigación, para su utilización por otros investigadores.

e) En el caso de la utilización de ovocitos o preembriones, la indicación y la justificación de su número y origen y el documento de consentimiento informado firmado por los donantes o progenitores, respectivamente.

Artículo 35. *Informe de la Comisión de Garantías para la Donación y la Utilización de Células y Tejidos Humanos.*

1. Requerirán el informe previo favorable de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, los proyectos de investigación que versen en todo o en parte sobre las siguientes materias:

a) La investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para otros usos de investigación, excepto aquellos relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

b) La investigación con células troncales embrionarias humanas.

c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación.

d) Cualquier otra técnica que, utilizando en todo o en parte muestras biológicas de origen humano, pueda dar lugar a la obtención de células troncales.

e) La investigación con células o tejidos embrionarios obtenidos por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 33.2.

f) Cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante.

g) La investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario. Dicho origen vendrá especificado en el proyecto presentado a informe.

2. La autoridad que concedió la autorización a los proyectos de investigación mencionados en el apartado anterior, anualmente deberá dar traslado de sus resultados a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos.

Artículo 36. *Acceso a los ovocitos y a los preembriones crioconservados.*

El Instituto de Salud Carlos III garantizará el acceso a los preembriones crioconservados sobrantes de las técnicas de reproducción asistida que hayan sido donados con fines de investigación. Se seguirá el mismo criterio con los ovocitos donados para la investigación.

régimen de internamiento. En opinión de Quintana, era una “muy embrionaria declaración de los derechos de los pacientes”<sup>1043</sup>.

Años mas tarde, en 1976, se aprueba por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, un documento invitando a todos los Estados miembros, a tomar medidas que garantice a los pacientes, información sobre su salud y los tratamientos que deben seguir, en un intento de armonizar todas las normativas vigentes<sup>1044</sup>. En España, el entonces Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), pone en marcha un Plan de Humanización de la Atención Sanitaria con el objetivo de implementar en todos sus centros, una Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes, incluyendo expresamente, en el punto 4º de la misma, el derecho a recibir información completa de todo lo relacionado con el proceso asistencial<sup>1045</sup>.

Pero es en 1978, con la Constitución Española, cuando se empieza a dar al consentimiento informado el sentido y la importancia que merece. Con base en ella, y en los principios de libertad, de protección de la salud y el derecho a la información, se aprueba la Ley 14/1986, General de Sanidad que, en su artículo 10, desarrolla el derecho a la información sanitaria y lo diferencia del consentimiento informado del paciente al reconocer el derecho, “5.- A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. 6.- A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para

---

<sup>1043</sup> Sáinz, A.; Quintana, O. y Sánchez Caro, J. (1994), La información médica: El consentimiento informado. Fundamentos éticos y legales, Opinión, *Rev. Calidad Asistencial*, núm. 2, Pág. 68

<sup>1044</sup> Quintana Trías, O. (1994), Calidad y consentimiento informado, Ponencias, *Hospitalaria*, núm. 2, Pág. 41

<sup>1045</sup> Sánchez Caro, J. y Abellán, F. (2003), *Op. cit.*, Pág. 6

tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

Es a partir de esta fecha, que las Administraciones Sanitarias, conscientes de la importancia que este derecho representa, incluyen entre sus objetivos de mejora de la calidad de la información médica, la implantación del consentimiento informado en los centros de la red pública. Con ese propósito, el 1 de abril de 1993, por parte del INSALUD se envían Instrucciones sobre Protocolos de Consentimiento Informado con Recomendaciones<sup>1046</sup> concretas

---

<sup>1046</sup> En las Recomendaciones de la Unidad de política de Calidad del INSALUD a los Hospitales de su Red Asistencial, se recoge que: 1.- El consentimiento informado debe entenderse como un proceso gradual que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo, y en virtud del cual el paciente competente recibe del médico la información suficiente para participar activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.  
2.- La información en la relación asistencial es un deber ineludible del profesional y, por lo tanto, debe constituir un acto clínico más tan importante como cualquier otro en las tareas que le competen.  
3.- En nuestro sistema sanitario este proceso de información y participación del paciente no se realiza todavía de manera satisfactoria. Entre otras razones ello se debe a que todavía prevalece una idea paternalista de la relación médico-enfermo, y por tanto no se considera al paciente como un sujeto en principio autónomo, capaz de tomar sus propias decisiones.  
4.- Esta concepción paternalista de la relación médico-enfermo está fuertemente anclada en la cultura europea, sobre todo en la mediterránea. Por ello resulta imprudente tratar de cambiarla bruscamente. El modificar las mentalidades requiere tiempo y paciencia.  
5.- Un aspecto particular del consentimiento informado es el de la forma en que éste debe quedar registrado. Tradicionalmente son los soportes escritos, los llamados formularios escritos de consentimiento, los más utilizados.  
6.- Es evidente que en este formulario no se puede recoger todo el proceso de información y consentimiento, porque éste es un proceso básicamente hablado, verbal. Sin embargo, algunos aspectos de este proceso sí pueden fijarse por escrito.  
7.- Aunque en algunos países de nuestro entorno no se cree conveniente el registro escrito del consentimiento informado, en nuestro país es obligatorio en virtud del artículo 10 de la Ley General de Sanidad.  
8.- Una de las funciones del formulario es la de servir como medio de apoyo al proceso de consentimiento, al facilitar la transmisión de información completa, veraz y comprensible para el paciente.  
9.- Otra de las funciones que tiene el formulario escrito es la de proteger legalmente a los profesionales sanitarios de posibles denuncias por falta de información al paciente, o por información deficiente.  
10.- Los procedimientos médicos son muy parecidos en todo el mundo desarrollado, pero las culturas tienen diferencias más importantes, por lo que es mucho más fácil importar técnicas y tecnologías que modos de información y soportes escritos de consentimiento informado.

sobre como, cuando y por qué debían utilizarse los distintos protocolos de consentimiento informado<sup>1047</sup>, previos a los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que implicaban riesgos, instrucciones que se habían elaborado y consensuado por un grupo de profesionales<sup>1048</sup> expertos en Bioética y Derecho que provenían de todas la autonomías<sup>1049</sup>.

#### 4.5.1 Recomendaciones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

Con la Ley General de Sanidad, se crea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano permanente de comunicación e información entre los distintos Servicios de Salud. Entre las funciones que le fueron encomendadas estaban las de: coordinar las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de producto farmacéuticos, sanitarios y de otros

---

11.- Es imposible informar por escrito a un paciente de todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se le pueden realizar en el curso de su ingreso hospitalario. Supondría una burocracia inviable desde todos los puntos de vista. Por otra parte solicitar la firma de un formulario escrito de consentimiento general tiene poco valor desde el punto de vista legal. Por ello es mejor centrarse en formularios específicos, que son formularios que se refieren exclusivamente a un determinado procedimiento diagnóstico y/o terapéutico, que conllevan por lo menos un cierto riesgo.

Las recomendaciones que a continuación se enumeran son simplemente un guión de los contenidos que debe contemplar el soporte escrito del consentimiento informado. No se pretende dar un formulario definitivo sino que haya una cierta homogeneidad en los contenidos de estos documentos, que serán elaborados por los profesionales, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada Centro y Servicio.

12.- En todo formulario escrito específico figurarán los siguientes aspectos: Datos personales del paciente. Nombre del médico que informa, que no tiene por qué ser el mismo que realiza el procedimiento. Explicación breve y sencilla (comprensible) del objetivo del procedimiento, así como de la forma en que se llevará a cabo. Información de los riesgos típicos. Existencia o no de alternativas diferentes, de forma que el paciente participe, si así lo desea, en la elección de la más adecuada, teniendo en cuenta naturalmente sus preferencias. Declaración del paciente en la que exprese su consentimiento y su satisfacción con la información recibida. Firmas del médico y del paciente. Apartado para el consentimiento subrogado en caso de incompetencia del paciente. (Madrid, 1 de abril de 1993)

<sup>1047</sup> De Lorenzo, R, y Bascones, A. (1996), *Op. cit.*, Pág. 75

<sup>1048</sup> González Cajal, J.; Casanova Gómez, R. y López Franco, P. (1994), Protocolos de consentimiento informado en un servicio de radiodiagnóstico. Cartas al Director, *Radiología*, núm. 36.3, Pág. 151

<sup>1049</sup> Sáinz Rojo, A. (1997), *Art. Cit.*, Pág. 66

bienes y servicios, así como los principios básicos en política de personal y de planificación que reseñara la ley.

El conocimiento de que con frecuencia se firmaban los documentos en blanco sin prestar la obligada información previa, con base en las Instrucciones de Protocolo de Consentimiento Informado de 1993, obligó al Consejo Interterritorial a adoptar en sesión plenaria celebrada el 6 de Noviembre de 1995, unos acuerdos sobre el mismo que recogía, además de consideraciones generales, los contenidos que debían figurar en los documentos así como aspectos organizativos y funcionales del consentimiento informado<sup>1050</sup>, Acuerdos que, por su indiscutible relevancia reseñaremos como Anexo.

En 1997, el Subsecretario de Sanidad y Consumo ante la necesidad de desarrollar los derechos de los ciudadanos en materia de información y documentación clínica expresados en la Ley General de Sanidad, decide crear un Grupo de Trabajo encargado del estudio de los avances producidos en su definición, así como la propuesta de desarrollo futuro. El objetivo consistía en fijar criterios que, con el adecuado rango normativo, permitiesen clarificar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los facultativos, los pacientes y las propias instituciones sanitarias integradas en el Sistema Nacional de Salud, en este ámbito<sup>1051</sup>.

La importancia del contenido del Acuerdo del Consejo Interterritorial fue tan notable que sirvió como base para la realización del documento elaborado por este Grupo de Expertos, adoptado por consenso, el 26 de noviembre de 1997.

---

<sup>1050</sup> Galán Cortes, J. C. (1997), *Op. cit.*, Pág. 39

<sup>1051</sup> Documento final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. [Consulta el 10 Octubre 2001], Disponible en <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/textos6/salud3.html>

#### 4.5.2 Modelos de obtención del consentimiento informado

Como ya hemos visto, la Ley 41/2002, establece dos directrices en cuanto a la forma de llevar a cabo la información a los pacientes. La primera es la consideración de que, como regla general, será proporcionada verbalmente pero, aclara, dejando constancia en la historia clínica<sup>1052</sup>.

La segunda directriz, la impone al recoger que “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”<sup>1053</sup>.

Esta manifestación de la ley, ha permitido a la doctrina manifestar que hay dos formas de obtener el consentimiento del paciente: la escrita y la oral pero, como Vaccarino denunciaba en 1978, era una manera de confundir la forma de obtención con la forma de conseguir que la decisión del paciente quedase reflejada en un documento escrito ya que, realmente, “la única forma de obtener el consentimiento es mediante una conversación”<sup>1054</sup>.

Sin embargo en opinión de Simón, “El consentimiento informado es, básicamente, un proceso verbal que se despliega en el interior del acto clínico formando parte de él. Así lo dice de forma reiterada la Ley 41/2002, básica de autonomía de los pacientes. El formulario de consentimiento informado es una de las herramientas que el profesional puede utilizar para proporcionar

---

<sup>1052</sup> Ley 41/2002.- Artículo 4.1 párrafo 3º

<sup>1053</sup> Ley 41/2002.- Artículo 8.2

<sup>1054</sup> Vaccarino, J. M. (1978), Consent, informed consent and the consent form, *N.Eng. J. Med.*, núm. 298, Pág. 455 [En Simón Lorda, P. (1993), El consentimiento informado: teoría y práctica (y II), Barcelona, *Med. Cli*, Vol. 101, núm. 5, Pág. 174]



información a los pacientes y registrar su consentimiento, pero ni siquiera es de las más importante porque su uso está limitado a determinadas intervenciones. Más importante es, sin duda, como práctica general, el registro en la historia clínica”<sup>1055</sup>.

Cierto es continúa diciendo, que “indudablemente muchas cosas han cambiado en nuestro país en estos años, y lo han hecho para bien, pero quizás no lo han hecho todo lo que podían y debían porque, todo ha cambiado respecto al consentimiento informado en España, pero, en el fondo, poco ha cambiado”. El objetivo, en la práctica diaria, es conseguir que los pacientes firmen el formulario escrito en el que autorizan la realización de una intervención al ser este un medio de prueba importantísimo, ante los tribunales de Justicia, de haber cumplido con la obligación de informar, junto, claro está, con su constancia en la historia clínica.

Esa materialización en la obtención del consentimiento informado, por la firma del paciente de documentos elaborados para tal fin, ha seguido un curso paralelo al de la teoría del consentimiento informado en Estados Unidos. Así, en opinión de Simón Lorda y Barrio Cantalejo, se ha identificado con dos modelos diferentes de obtención del mismo: el modelo puntual y el modelo progresivo<sup>1056</sup>.

En opinión de éstos autores, “el modelo puntual se identifica fundamentalmente con los requisitos legales que el desarrollo de la teoría ha tenido en Estados Unidos. Por tanto, se pone más énfasis en la cantidad de información transmitida, en la valoración de si esa información ha sido comprendida, y sobre todo, en la firma del formulario escrito por el paciente. Por

---

<sup>1055</sup> Simón, P. (2006), Diez mitos en torno al consentimiento informado, *An. Sist. Sanit. Navar.*, Vol. 29, Suplemento 3, Págs. 31-32

<sup>1056</sup> Simón Lorda, P. y Barrio Cantalejo, I. M. (1995a), El consentimiento informado y la enfermería: un modelo integral, *Jano*, Vol. XLIII, núm. 1117, Pág. 63

consiguiente, la obtención del consentimiento se entiende en este modelo como un acontecimiento aislado del resto del proceso de interacción entre sanitario y usuario, como algo ajeno a la realidad clínica y fruto de una imposición legal. La forma en que se está difundiendo el consentimiento informado en la red sanitaria española parece seguir hasta el momento este modelo”.

En cuanto al modelo progresivo, entienden que “se atiende más a la concepción ética del consentimiento informado. Sin renegar lógicamente de los requisitos legales, este trata de ampliar sus exigencias. Así surge la necesidad de introducir el consentimiento en el corazón de la relación médico-paciente, de tal manera que éste se convierta en un proceso dialógico que la atraviesa toda y donde se persiga el objetivo de la participación activa del paciente y la adopción conjunta de decisiones”.

Mientras que el primer modelo sólo trata de garantizar la seguridad jurídica del profesional, el segundo, se preocupa más de la relación médico-paciente dejando a un lado la imposición del formulario escrito, que es una herramienta más en esa relación y como tal una prueba de la conformidad del paciente.

#### 4.5.3 Elementos y requisitos básicos para su comprensión

La doctrina<sup>1057</sup> acude a la definición recogida en el Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos (edición de 1984) sobre el consentimiento informado para realizar un análisis de los elementos o contenidos mínimos al decir que: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente

---

<sup>1057</sup> Martínez Aguado, L. C. (1993), El consentimiento informado: Un derecho humano en el ámbito sanitario, *SEAUS*, Vol. 1, núms. 2 y 3, Pág. 2; Simón Lorda, P. y Concheiro Carro, L. (1993), *Art. cit.*, Pág. 660; García Ortega, C.; Cózar Murillo, V. y Almenara Barrios, J. (2004), *Art. Cit.*, Pág. 474

atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”.

Esta definición incluye todos los supuestos válidos: explicación clara y suficiente, comprensión del paciente, exposición de riesgos y beneficios y protocolo de actuación firmado por éste. En este sentido se pronuncia también la jurisprudencia del TS, cuando dictamina: “Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico, para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, en el artículo 9.2, en el 10.1...”<sup>1058</sup>.

En la misma línea, la ley 41/2002, en su artículo 4, informa que “la información será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”. Pero, el punto de referencia sobre los elementos básicos del documento de consentimiento informado ha sido y es el Informe publicado en Octubre de 1982 por la *President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research*, titulado

---

<sup>1058</sup> STS de 12 de enero de 2001 (Sala de lo Civil) (Ya citada)

*Making Health Care Decisions*<sup>1059</sup>. Según este Informe, los elementos básicos o contenidos mínimos que hay que tener en cuenta en el proceso de consentimiento informado son:

1. Es un proceso continuo y no un acontecimiento aislado: La Ley 41/2002 (Artículo 8.1) dice que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información ...”, es decir, hablado, deliberado, con la obligación expresa y precisa del consentimiento informado escrito en los siguientes casos: «intervención quirúrgica, procedimiento diagnóstico y terapéutico invasivo, y en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente». Como garantía de su cumplimiento, debe registrarse de forma adecuada en la historia clínica.

2.- Voluntariedad: No debe existir persuasión, coacción ni manipulación de la información, porque, si el consentimiento no es emitido de forma voluntaria, no es aceptable ni desde el punto de vista ético ni legal.

La persuasión en la práctica, suele ser social y éticamente aceptada cuando, en interés de la colectividad, el paciente tenga dificultades para entender la relación riesgo-beneficio de la intervención. En el caso de coacción para la obtención del consentimiento, juegan otros valores y será mayor o menor la posibilidad de ejercerla dependiendo de los valores e intereses tanto individuales como del resto de los sujetos implicados en la relación. Es el caso de la insinuación de proceder al alta voluntaria ante la no aceptación del tratamiento.

---

<sup>1059</sup> *A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship*, President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Making Health Care Decisions*, Volume One, Report Washington D.C., Government Printing Office, October 1982, Págs. 55 y ss., Disponible en [http://www.bioethics.gov/reports/past\\_commissions/making\\_health\\_care\\_decisions.pdf](http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/making_health_care_decisions.pdf)

Saber dónde finaliza la información y comienza la coacción o manipulación, dependerá tanto de la sensatez y prudencia del médico como de la situación en que ésta se produzca<sup>1060</sup>.

3.- Información en cantidad suficiente: Para que el paciente pueda emitir una “conformidad libre, voluntaria y consciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades”, debe recibir una información adecuada porque, la eficacia del consentimiento está sujeta al deber de información pero si no es en la cantidad suficiente para que el paciente pueda tomar su decisión, quedaría invalidado el mismo por no considerarse informado.

Es esa la postura del TS cuando, en su sentencia de 27 de abril de 2001<sup>1061</sup>, reiteradamente citada por la doctrina, declara que: “habrá de ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad”.

4.- Información en términos comprensibles y cantidad suficiente: Para que el paciente pueda manifestarse de forma libre y consciente, no basta con mantener que se ha explicado todo lo referente al proceso sino asegurarse de que

---

<sup>1060</sup> Simón Lorda, P. (1995), *Art. Cit.*, Pág. 269

<sup>1061</sup> STS de 27 de abril de 2001 (Sala de lo Civil)

la información ha sido entendida y asumida por el paciente porque, si no se le ha informado en términos comprensibles<sup>1062</sup> difícilmente podrá tomar esa decisión.

5.- Competencia y capacidad de comprensión: Si el paciente es incompetente o incapaz, la decisión debe ser tomada por representación<sup>1063</sup> ya que no le está permitido tomar decisiones sobre si mismo.

Gómez de Liaño<sup>1064</sup>, define el término capacidad como la “Aptitud o idoneidad que se requiere para ejercer profesión, oficio o empleo. Capacidad es por tanto, la aptitud de obrar válidamente por si mismo”. Elemento fundamental de difícil valoración por lo que la doctrina no se pone de acuerdo en la determinación del responsable o responsables para determinar si un paciente es o no competente. Para unos, es función de los Comités de Ética Asistencial<sup>1065/1066</sup>,

---

<sup>1062</sup> Con frecuencia los profesionales de la sanidad, utilizan muchos términos técnicos que no facilita la comprensión de los oyentes. Es igualmente importante a la hora de redactar los formularios escritos que, por su complejidad, serán difíciles de entender siendo éstos de gran importancia para tomar la decisión adecuada.

<sup>1063</sup> Nos remitimos al apartado 3.2.1 ii).

<sup>1064</sup> Gómez de Liaño, F. (1996), *Diccionario jurídico*, 5ª edic. ampliada y puesta al día, Oviedo, Forum, Pág. 52

<sup>1065</sup> Comités asistenciales de Ética. Dirección General del Insalud (1992): El Comité de Ética Asistencial es toda aquella comisión consultiva e interdisciplinar creada para analizar y asesorar en la resolución de posibles conflictos éticos que se producen durante la práctica clínica en las instituciones sanitarias, a consecuencia de la labor asistencial, y cuyo objetivo final es mejorar la calidad de dicha asistencia sanitaria. [Couceiro, A. (1999), “Los comités de ética asistencial: origen, composición y método de trabajo”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela, Pág. 270; Abel i Fabre, F. (1999), Comités de Ética Asistencial en España: Historia y realidad actual, Ponencia al 2º Congreso Nacional *La Bioética lugar de encuentro*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Pág. 25]

<sup>1066</sup> Tras la Conferencia de Comités Nacionales de Ética organizada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en 1992, a partir de 1994, se crearon, los primeros Comités. En el ámbito del INSALUD (Circular 3/1995 de 30 de Abril) se prefirió el nombre de Comités Asistenciales de Ética. En la actualidad están regulados por Decretos estatales y autonómicos, no estando constituidos en todos los Centros Asistenciales. [Sarabia y Alvarezude, J. y De los Reyes López, M. (2000), *Jornada de debate sobre Comités Asistenciales de Ética*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Págs. 149-156]

para otros del médico o del Psiquiatra<sup>1067</sup>. La realidad obliga a entender que, si el paciente es claramente incapaz, la decisión debe ser tomada por representación.

6.- Validez y autenticidad en la decisión: Si informado previamente el paciente, éste decide aceptar o no la intervención, es una decisión que habrá que respetar, salvo, como ya hemos dicho, que interfiera en el derecho o derechos de sí mismo o de la colectividad. La decisión podrá parecer o no la mas acertada pero siempre deberá ser respetada.

Como declara Sainz Rojo, “los profesionales toman mal el rechazo de los pacientes a sus propuestas, incluso muy mal si la elección que hace se considera irracional”. La actitud mas coherente será la de revisar, con el paciente, las alternativas al tratamiento propuesto y aconsejarle la mas idónea.

#### 4.5.4 Pautas a seguir en la elaboración y aplicación del formulario

Para la redacción de los formularios de Consentimientos Informados, hay que tener presente tanto las disposiciones legales como las indicaciones de los Grupos de Expertos que han analizado este tema asi como las recomendaciones de la jurisprudencia, vertidas en numerosas sentencias.

Uno de los problemas surgido a lo largo de estos años, ha sido determinar la titularidad del sujeto obligado a la redacción de estos formularios. La doctrina, dividida en sus opiniones, ha entendido que, esa obligación era de la Administración, del médico y/o de los Comités de Ética Asistencial<sup>1068</sup>. Sobre

---

<sup>1067</sup> Simón Lorda, P. (1995), *Art. cit.*, Pág. 270; Sanidad. La competencia del paciente es un presupuesto previo al consentimiento informado. (1996), *Noticias médicas*, núm. 3526, Pág. 23; Sainz Rojo, A. (1997), *Art. cit.*, Pág. 67

<sup>1068</sup> Couceiro V, A. y Beca I, J. P. (2006), Los Comités de Ética Asistencial y las repercusiones jurídicas de sus informes, *Rev Med Chil.*, Núm. 134 (4), Pág. 517: “Los Comités de Ética Asistencial y los Comités de Ética de la Investigación tienen roles o funciones específicas, de aquí que también pueden tener diferentes repercusiones a nivel jurídico. Los primeros son

ello también se ha manifestado el TS al decir que “... para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuales eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o *a posteriori* (...) el consentimiento ha de plasmarse de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito (...) exigiendo que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión”. Continua manifestando que “Analizadas las alegaciones de las partes se concluye que el Servicio Andaluz de la Salud no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, en contra de lo legalmente establecido, ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a trasplante, tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información. Igualmente tampoco se ha probado que se hubiesen emitido instrucciones a los facultativos para que en estos casos informasen debidamente y obtuviesen el consentimiento por escrito. En suma, se entiende que el Servicio Andaluz de la Salud no actuó diligentemente (...) al no establecer normas internas precisas ...”<sup>1069</sup>.

La importancia de los formularios, ha ido en aumento a medida que los tribunales han emitido sus sentencias –ya sea por falta de información o por no haber cumplido con el derecho/obligación a la información en los términos recogidos en la ley–. También este hecho ha influido en el auge de la elaboración de los formatos escritos, en ocasiones, con tanta profusión en el contenido que sólo leerlo produce inquietud y temor al paciente.

---

básicamente instancias de consulta que emiten informes orientadores para quien los solicita: médicos, enfermeras, Jefes de Servicio o pacientes. Los Comités de Ética de la Investigación, por el contrario, tienen una función diferente, pues autorizan y hacen seguimiento de los proyectos de investigación que se realizan en seres humanos. Sus resoluciones tienen carácter vinculante que obliga a la institución en la que se pretende realizar la investigación”.

<sup>1069</sup> STS de 7 de marzo de 2000 (Sala de lo Civil)



No tendría que olvidarse que, el formulario es una herramienta complementaria al intercambio oral de información entre el médico y el paciente. En opinión de Simón Lorda, “la cuestión de los formularios escritos de consentimiento informado ha llegado a alcanzar un peso casi asfixiante en nuestro país. (...) los principales responsables de que hayamos entrado en la selva de los formularios de consentimiento, y de que sigamos perdidos en ella, son los propios profesionales y sus organizaciones, que todavía no han reflexionado, en términos posconvencionales, sobre la exigencia moral del consentimiento informado. En lugar de hacer eso tenemos a todas o, casi todas, las sociedades científicas contratando a bufetes de abogados para que diseñen sus «consentimientos informados», cuyo diseño y contenido da pavor de sólo leerlos. Nuestros problemas con los formularios no están ni en las leyes, ni en los jueces, ni en las administraciones sanitarias. Están en nosotros mismos”<sup>1070</sup>.

Como exponen Sáinz y Quintana<sup>1071</sup>, “la obtención de la firma del paciente no es la única finalidad del Consentimiento Informado. El elemento más importante es el de asegurarse que los pacientes entienden la naturaleza y el propósito del procedimiento propuesto y otra, la de proteger legalmente a los profesionales de posibles denuncias por falta de información o información insuficiente al paciente”.

Problemas o consideraciones de las Sociedades Científicas aparte, pretendemos en este apartado, reseñar las pautas a seguir para la elaboración de los formularios de consentimiento informado, teniendo en cuenta su forma y su contenido.

---

<sup>1070</sup> Simón Lorda, P. (2002), *Op. cit.*, Pág. 61

<sup>1071</sup> Sáinz, A. y Quintana, O. (1994), *Art. Cit.*, Pág. 73

En cuanto a su forma, como se ha recogido profusamente por la doctrina, deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes sugerencias<sup>1072</sup>:

- Utilizar términos y frases cortas, como suele hacerse en el lenguaje oral habitual.
- Incluir el menor número posible de palabras técnicas sustituyéndolas por explicaciones o descripciones cortas y sencillas.
- Evitar el uso de abreviaturas, signos, números o símbolos.
- No abusar del uso de términos negativos.
- Elaborar formularios específicos para cada procedimiento.
- Pedir o tener en cuenta la opinión de personas ajenas a la profesión para valorar su legibilidad.

Pero no sólo hay que tener en cuenta la forma y cantidad de información, también hay que considerar su contenido. La jurisprudencia del TS<sup>1073</sup> reconoce la necesidad de, “... que se le dé en términos comprensibles información sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento” ratificando el derecho que asiste al paciente, “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención”. Continúa reseñando que “en el caso presente resulta evidente que la información proporcionada no fue la oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una

---

<sup>1072</sup> Idoate, V. M. (2000), *La comprensibilidad del consentimiento informado*, [Consulta el 21 febrero 2001], Disponible en <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/textos10/salud2a.html>; Simón Lorda, P.; Barrio Cantalejo, I. M. y Concheiro Carro, L. (1997), *Art. cit.*, Págs. 524-529; Simón Lorda, P. (1993), *Art. cit.*, Págs. 30-31

<sup>1073</sup> STS de 2 julio de 2002 (Sala de lo Civil)

intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria (no curativa o satisfactiva) en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina”.

En términos parecidos se pronunció el TS en sentencia de 25 de abril de 1994, al declarar que, el médico debe informar del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse, y finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, ...”<sup>1074</sup>. Además, como dice la STS de 27 de abril de 2001, “habrá de ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad”<sup>1075</sup>.

Resumiendo podemos establecer que, como ya hemos manifestado en el apartado 1.4.1.2, son tres los aspectos fundamentales del derecho a la información que, documentalmente, debe plasmarse en el documento de consentimiento informado: *1.- El diagnóstico de su estado de salud. 2.- El tratamiento a adoptar y 3.- Los riesgos.*

---

<sup>1074</sup> STS de 25 de abril de 1994 (Sala de lo Civil)

<sup>1075</sup> STS de 27 de abril de 2001 (Sala de lo Civil)

Igualmente, como recoge el artículo 8.4 de la Ley 41/2002, debe ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico, y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud

1076

---

<sup>1076</sup> Solo a título de curiosidad, reseñamos el texto que aparece en muchas de las publicaciones de formularios de consentimiento informado, entre ellas: De Lorenzo, R. y Bascones, A. (1996), *Op. cit.*, Págs. 164-187; De Lorenzo y Montero, R. (2000), *Op. cit.*, Págs. 51-165; Solans Barri, T. (1998), *Op. cit.*, Págs. 11-91

[ADVERTENCIA: El documento que ahora se presenta constituye la faz negativa del consentimiento informado. Como tal, es también un derecho del paciente y con ese carácter está recogido en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente. Desde el punto de vista del derecho del paciente es también precisa la información como garantía de su libertad. Desde el punto de vista del médico acredita el cumplimiento de su obligación de diligencia, traducida en su disposición a practicar una técnica recomendada según el estado de la ciencia médica.]

## CONCLUSIONES

A la luz de lo que hemos señalado a lo largo de este trabajo de investigación, las conclusiones generales a las que hemos llegado son que:

**Primera.-** El derecho a la información, en el ámbito internacional, se conceptuaba como una parte del derecho de libertad de expresión, con una formulación dirigida más al ámbito de manifestación y comunicación de ideas, a través de los medios de comunicación. Son dos derechos distintos, que siempre han estado muy relacionados y confundidos, ya que, sólo aparecía el derecho de libertad de expresión como sujeto de derecho. Los dos se han desarrollado al amparo del derecho más reclamado y tradicional: la libertad de prensa.

Acuerdos internacionales sobre libertades y derechos fundamentales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma, entendían la libertad de información como parte del derecho de libertad de expresión.

La libertad de información, no aparece hasta muy entrado el siglo XX a partir del caso *United States versus Caroline Products* (1938) de Nueva York, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de la mano de la prestigiosa Ley Fundamental de Bonn de 1949.

**Segunda.-** Los antecedentes de este derecho, en nuestro ordenamiento interno, hacen referencia, igualmente, a la libertad de expresión siendo, el estatuto de Bayona (1808), el que por primera vez, asume, en teoría, el

compromiso de respetar los derechos fundamentales incluidos en la norma, entre ellos el de la libertad de imprenta. Sin embargo, es la Constitución de 1869, considerada la primera de las Constituciones modernas y democráticas de nuestra historia, la que, intenta “garantizar a todo trance las libertades individuales”, sentando unas auténticas bases para establecer los derechos del ciudadano. Reconoce que, no podrá ser privado ningún español del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante. Esto así, *si no se puede ser privado*, es que el derecho es previo a la Constitución. No puede privarse a nadie de aquello que no tiene.

Para el Tribunal Constitucional, nuestra actual Constitución consagra por separado la libertad de expresión –art. 20.1.a– y la libertad de información –art. 20.1.d– acogiendo una concepción dual del derecho, frente a una tesis unificadora, defendida en ciertos sectores doctrinales. Dos derechos fundamentales que están estrechamente vinculados aunque cada uno de ellos tienen su parcela concreta de actuación: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de dar y recibir información.

Se solía decir que el primero, era un derecho de “primera generación” porque su reconocimiento dio origen al nacimiento del Estado y, el segundo, el derecho a la información, un derecho de “última generación” ya que se había convertido en un derecho adaptado del derecho a la libertad de expresión como garantía de la opinión pública.

**Tercera.-** El derecho a la información sanitaria, se internacionaliza en cartas y declaraciones siendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos

de 1948, la que marca la *referencia obligada* en los textos constitucionales y legislaciones de los países que, en el caso de los europeos, se vio explicitada en la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, publicitada el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud. Era un derecho impuesto al médico, no definido, que sólo imponía la obligación de informar del nombre de la enfermedad y una somera descripción de la misma, sin importar la calidad de la información.

Ya en el año 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán promulgó unas estrictas normas –*Richtlinin*– sobre experimentación con seres humanos que no tuvieron parangón en su época, y son consideradas como el primer gran código sobre ensayos clínicos. En 1973, la Asociación Americana de Hospitales aprobó su *Patient's Bill of Rights* que marcó un hito en el reconocimiento de este derecho pues, aunque fuera mas una declaración de principios, constituyó el germen del derecho a la libre autodeterminación del paciente. La suscripción en Oviedo (en 1997), del Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, manifestando la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes: *entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas*, consigue la armonización de las legislaciones de los diversos países que lo suscriben.

**Cuarta.-** En nuestro ámbito interno, la Ley General de Sanidad de 1986, recogía una serie de preceptos relacionados con el derecho a la información en el ámbito sanitario y, entre ellos, se reconocía el derecho a dar en “términos comprensibles, al paciente y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso,

incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Es también importante, hacer referencia al *Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud* de 1984, donde se materializó la Primera Carta de Derechos y Deberes del Paciente, instrumento básico en el reconocimiento de sus derechos o, como curiosidad, el Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, de 1972, estableciendo que, los enfermos asistidos podían “autorizar, bien directamente o a través de sus familiares mas allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad”.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, consecuencia de la ratificación del Convenio de Oviedo, configura el derecho de los pacientes a la información con un desarrollo más exhaustivo y cercano a la realidad actual de lo que lo hacía la Ley General de Sanidad y, se materializa la exigencia del consentimiento informado. Este derecho a la información, reconocido como un derecho fundamental preferente, no es absoluto ya que cede ante derechos como el derecho a la vida.

**Quinta.-** El derecho a la información, es un derecho con doble reciprocidad en su concepción: derecho y deber, en el que se encuentran involucrados dos sujetos. El obligado a informar –elemento esencial de la *lex artis ad hoc*– es el médico responsable mientras que el sujeto receptor, titular del derecho a la información asistencial, es el paciente. El problema en el caso del emisor, se genera cuando son varios los profesionales que tienen a su cargo al paciente. En esas situaciones, la doctrina defiende



que debe ser el que tenga una mayor implicación en relación con el proceso asistencial al que está sometido el paciente, o el que deba realizar la intervención requerida.

También son titulares de este derecho, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, que podrán ser informadas en dos supuestos específicos y determinados por la ley: a) cuando expresa o tácitamente éste lo permita y, b) cuando a criterio del médico que le asiste, el paciente carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico.

**Sexta.-** El origen del consentimiento informado o, teoría del Consentimiento Informado, se encuentra en diferentes circunstancias que propiciaron su aparición aunque, es a partir del Código de Nuremberg, cuando se presta un mayor reconocimiento y una mayor tutela a los derechos de los ciudadanos y de los pacientes, instaurándose Cartas de Derechos de los Pacientes, en muchos de los países de nuestro entorno. Con base en estas Cartas, el consentimiento informado se constituye en un derecho humano fundamental, consecuencia necesaria de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.

Es un 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, regulado por el Convenio Internacional para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y de la Medicina.

**Séptima.-** El concepto *informed consent*, aparece por primera vez en el ámbito jurídico médico, en los Estados Unidos en 1957, tras un sonado proceso legal, el Caso *Salgo* contra el *Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees*. Años mas tarde, con la sentencia *Natansson versus Kline* (1960), se hace referencia a los límites de la información emitida. Es lo que se llamó el *criterio de la práctica profesional*, y con la sentencia *Berkey versus Anderson* (1962) a que, la información que ha de darse es la que necesita una *persona razonable* para poder tomar una decisión con pleno conocimiento de causa.

Se ha producido un cambio muy importante en la relación existente entre el médico y el paciente y, el consentimiento informado en el ámbito sanitario, va a significar que los pacientes tienen autonomía para poder tomar una decisión acerca de su estado de salud. La tradición médica, de carácter fundamentalmente paternalista y vertical en la que el médico desempeñaba el papel de tutor o padre poderoso sin contar con la voluntad del paciente, cambia a partir del siglo XVIII, en que, las nuevas corrientes filosóficas introducen nuevos conceptos éticos, en los que aparece ya la autonomía moral.

**Octava.-** Desde el punto de vista ético, en el estudio y análisis del Consentimiento Informado, se consideran cuatro etapas en el desarrollo del mismo, etapas que son coincidentes con los principios éticos de Beneficencia, No maleficencia, Autonomía y Justicia que, explicitados en el *Informe Belmont* (1978), pasaron a convertirse en esbozo fundamental de toda la bioética. Todos, con el mismo peso, han sido considerados por la doctrina como principios u obligaciones *prima facie*.

Estos cuatro principios recogen que: 1. *Beneficencia*: todo acto médico deberá ser benéfico no solo para el paciente sino también para el personal de salud relacionado con su atención, concepto muy subjetivo porque depende siempre del sistema de valores propio. 2. *No maleficencia*: aunque el acto médico no beneficie al paciente de forma inmediata, puede resultar éticamente positivo para evitar daños posteriores. 3. *Autonomía*: En cuanto a capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coerción. Para algunas escuelas de bioética, este principio se refiere a que todo ser humano mentalmente competente puede tomar, por sí mismo y de forma libre, decisiones que tengan que ver con su persona. Para la bioética –en sentido escrito– la autonomía es la capacidad de decidir en cosa propia. 4. *Justicia*: se refiere a la equidad en la repartición de recursos y bienes comunes, procurando lograr una igualdad de oportunidades para acceder a los bienes que requiere el sujeto.

**Novena.-** El consentimiento se define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud, pudiendo retirar libremente éste, en cualquier momento del proceso. Dicho de otra manera, para cualquier actuación el paciente debe dar, obligatoriamente –salvo excepciones recogidas por las normas–, su consentimiento libre y voluntario.

Según el Informe de la President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, los elementos constitutivos del Consentimiento Informado, son: Competencia ya que, si el paciente es incapaz de comprender la información, la decisión debe ser tomada por representación.

Voluntariedad, de manera que si el consentimiento no es emitido de forma voluntaria, ya sea por coacción o por manipulación, no es aceptable ni desde el punto de vista ético ni legal. Información en calidad y cantidad suficiente, adecuada y en términos comprensibles. Que sea válido y auténtico, conceptos ambos relacionados con el de competencia porque, la decisión podrá parecer o no la mas acertada pero siempre deberá ser respetada.

**Décima.-** El consentimiento informado, como la mayoría de los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, sino que tienen excepciones legales y, el deseo del paciente a no ser informado, unos límites. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso.

También hay situaciones en las que el médico, puede llevar a cabo intervenciones sobre el paciente –siempre a favor del mismo–, sin contar con su autorización. Estas situaciones, son: a) Cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. b) Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

**Undécima.-** La información debe ser verbal pero la forma de consentimiento puede ser oral o escrita y ésta, debe realizarse por escrito en los casos establecidos por la ley: intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo

procedimientos que supongan riesgos e inconvenientes notorios y previsible susceptibles de repercutir en la salud del paciente.

Antes de recabar su consentimiento escrito, el facultativo debe proporcionar al paciente, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y d) Las contraindicaciones.

También debe informar de los procedimientos alternativos que tenga la intervención o tratamiento de que se trate pero con mención, respecto del procedimiento alternativo, de los riesgos que se pueden derivar ya que, el consentimiento es implícito, y su extensión está referido a la información que se le ha dado salvo en situaciones concretas: es el caso del paciente que acude al servicio de urgencia. La exigencia radica en el deber de información que, en este caso suele ser verbal.

**Duodécima.-** El incumplimiento del deber de informar, conlleva para el médico, unas responsabilidades que estarán vinculadas tanto a la información inadecuada o carencia de ésta como a la del incumplimiento de la obligación de obtención del consentimiento informado del paciente –o sus representantes si fuera el caso– debiendo ser éste, en los casos que determina la ley, expresado por escrito, plasmándose en documentos conocidos como formularios escritos, aunque, hay otros tipos de soporte como son las grabaciones en cinta, videos, etc.

La obligada a proporcionar a los facultativos, protocolos informativos normalizados, para recabar el consentimiento informado de los pacientes, es la Administración.

En el primero de los supuestos -falta o insuficiencia de información-, son la ley y la jurisprudencia las que delimitan que se entiende en cuanto a cantidad de información a facilitar al paciente. En el caso de ausencia o defecto del consentimiento, también la ley determina cuando debe existir la obligación de solicitar del paciente, un consentimiento expreso y por escrito, pudiendo dar lugar, su ausencia, a responsabilidad por los daños que pudieran producirse.

## BIBLIOGRAFÍA

### A) Monografías y artículos en revistas y obras colectivas

#### A.1.- Monografías

ALBALADEJO, M. (1987), *Curso de Derecho Civil Español: Introducción y parte general*, T. 1, 4ª edic., Barcelona, Bosch.

AQUINO, SANTO TOMAS DE (1978), *Summa Theologiar I<sup>a</sup> – II<sup>a</sup>*, q 95, a, Madrid, Editorial Católica, Biblioteca de autores cristianos.

ARANGUREN, J. S. L. (1995), *Ética*, Madrid, Alianza Universidad.

ARISTÓTELES (1993), *Moral, a Nicómaco*, Traducción de Patricio de Azcárate, Madrid, Espasa Calpe.

ATAZ LOPEZ, J. (1985), *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo.

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P.; PRESNO LINERA, M.A.; ALÁEZ CORRAL, B y FERNÁNDEZ SARASOLA, I. (2004), *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.

BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F. (1999), *Principios de ética biomédica*, Barcelona, Masson.

BEAUCHAMP, T. L. y McCULLOUGH, L. B. (1987), *Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos*, Barcelona, Labor.

BENAVENT GARCÉS, A.; FERRER FERRANDIS, E. y FRANCISCO DEL REY, C. (2001), *Fundamentos de enfermería*, Madrid, DAE (Grupo Paradigma).

BLACK, A. (1996), *El pensamiento político en Europa, 1250-1450*, trad. por Fabián Chueca Crespo, Cambridge, Cambridge University Press.

BROWN SCOTT, J. (1928), *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, Universidad de Valladolid.

CARDENAL MURILLO, A. Y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. (1993), *Protección penal del honor*, Madrid, Cívitas.

- CARRERAS SERRA, L. (1996), *Régimen jurídico de la información: Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel Derecho.
- (2003), *Derecho español de la información*, Barcelona, UOC.
- CARRILLO, M. (1987), *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, Barcelona, PPU.
- CARRILLO, M. (2003), *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*, Navarra, Thomson.
- CENDÁN PAZOS, F. (1974), *Historia del Derecho español de prensa e imprenta (1502-1966)*, Madrid, Editora Nacional.
- CID, F. (1985), *Breve historia de las ciencias médicas*, Barcelona, Espaxs.
- CLAVERO, B. (1990), *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Editorial.
- COMELLAS, J. L. (1974), *Historia de España Moderna y Contemporánea (1474-1947)*, T. II, Madrid, Rialp.
- COMPAYRE, G. (1922) *Herbart y la educación a través de la instrucción*, Madrid, Ediciones de la Lectura
- CREMADES, J. (1995), *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, La Ley-Actualidad.
- CUVILLIER, A. (1954), *Nouveau précis de philosophie*, T. 2, Paris, Armand Colin.
- DE BERCEO, G. (1198?-1274) (1904), *La vida de Santo Domingo de Silos*, Edic. crítica, 2ª edic., Paris, Librairie Emile Bouillón Editeur.
- DE LA TORRE DIAZ, F. J. (2000), *Ética y deontología jurídica*, Madrid, Dykinson.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. (2000), *Manual de documentos sobre Consentimiento Informado en Urología*, Madrid, Asociación Española de Urología, Editores Médicos.
- DE LORENZO Y MONTERO, R. y BASCONES MARTINEZ A. (1996), *El consentimiento informado en Odontoestomatología*, Madrid, Editores Médicos.



DIEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (1990), *Sistema de Derecho civil*, T. I, 7ª edic., Madrid, Tecnos.

DIGESTO 1.1.1.

DOBB, M.; SWEEZY, P.; TAKASHI, K.; HILTON, R.; HILL C.; LEFEBVRE, G.; PROCACCI, G.; HOBBSAWM, E.; MERRINGTON, J. (1977), *La transición del feudalismo al capitalismo*, Rodney Hilton Ed., Barcelona, Crítica.

*Documento de las Comisiones Promotoras de los Comités de Ética Asistencial del País Vasco. La información y el consentimiento informado (Principios y pautas de actuación en la relación clínica)*. (s.f.), Euskal Harriko Eikarteko Administrazioa, Osakidetza.

DOMÍNGUEZ ALCÓN, C.; RODRÍGUEZ, J. A. y DE MIGUEL, J. M. (1983), *Sociología y Enfermería*, Madrid, Pirámide.

DONAHUE, M. P. (1985), *Historia de la enfermería*, Barcelona, Doyma.

EMALDI CIRIÓN, A.; MARTÍN URANGA, A.; MATA BARRANCO, I. DE LA; NICOLÁS JIMÉNEZ, P. y ROMEO CASABONA. C. M. (Coordinador). (2000), *Información y Documentación Clínica: Su tratamiento jurisprudencial (1990-1999)*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.

FADEN, R. R. Y BEAUCHAMP, T. L. (1986), *A history and theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press.

FERNÁNDEZ AREAL, M. (1971), *La libertad de Prensa en España (1938-1971)*, Madrid, Edicusa.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992), *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson.

FROMM, E. (1977), *El miedo a la libertad*, trad. por Gino Germani, Barcelona, Paidós.

GAFO, J. (1994), *Ética y Legislación en Enfermería*, Madrid, Editorial Universitas.

- GALÁN CORTÉS, J. C. (1997), *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, Colex.
- (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas.
- GALINO, M. A. (1982), *Historia de la educación. Edades antigua y media*, 2ª ed., Madrid, Gredos.
- GÁLVEZ MONTES, F. J. (1985), *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, F. ed., Madrid, Civitas.
- GARCÍA SUSO, A.; VERA CORTÉS, M. L. y CAMPOS OSABA, M. A. (2001), *Enfermería Comunitaria: Bases teóricas*, Madrid, DAE/Grupo Paradigma.
- GARCÍA VALDÉS, A. (1987), *Historia de la Medicina*, Madrid, Interamericana McGraw-Hill.
- GAYO, C. (1943), *Instituciones Iustitia*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria.
- GÓMEZ DE LIAÑO, F. (1996), *Diccionario jurídico*, 5ª edic. ampliada y puesta al día, Oviedo, Forum.
- GÓMEZ PAVÓN, P. (1997), *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, Bosch.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (1987), *El origen del poder político según Francisco Suárez*, San José-México, Universidad Autónoma de Centroamérica Jus.
- (1989), *Fundadores del Derecho Internacional, Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio*, México, UNAM.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E. (1977), *Aproximación histórica al Derecho de la imprenta y de la Prensa en España (1480-1966)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos.
- GRACIA, D. (1989), *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema.
- GUERRERO ZAPLANA, J. (2004), *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia: Ley básica 41/2002 y las Leyes autonómicas (formularios, legislación y jurisprudencia)*, Valladolid, Lex Nova.

- HERRANZ RODRÍGUEZ, G. (1993), *Comentarios al Código de ética y deontología médica*, 2ª ed. Revisada, Pamplona, Eunsa.
- HERRERO TEJEDOR, F. (1994), *Honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, Colex.
- HOBBS, T. (1979), *Leviatán*, Edic. preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid, Editora Nacional.
- HORACIO. *Sermones*.
- JAEGER, W. (1957), *Paideia: los ideales de la cultura griega*, Trad. por Joaquín Xirau, Mexico, Fondo de Cultura económica.
- JAMETON, A. (1984), *Nursing Practice. The Ethical Issues*, New Jersey, Englewood Cliffs, Prentice-Hall.
- JONSEN, A. R.; SIEGLER, M. y WINSLADE, W. (2005), *Ética clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica*, Barcelona, Ariel.
- JORNET, J. (1991), *Malpraxis: aspectos legales en la relación medico-paciente*, Barcelona, Ancora.
- (1995), *La jurisdicción social I: ¿Una solución para las demandas de los pacientes?*, Barcelona, Ancora.
- JUNCEDA MORENO, J., PÉREZ SALVADOR, J. L. y TABOADA ESTÉVEZ, J. (2005), *El consentimiento informado en Oftamología*, De Lorenzo y García Sánchez coord., Madrid, Editores Médicos.
- JUVENAL. *Saturae*.
- La ley mas antigua. Textos legales sumerios*, (2000), trad. por Manuel Molina, Madrid, Trotta.
- LABARRIÈRE, P. J. (1979), *La phénoménologie de l'esprit de Hegel : introduction à une lecture*, Paris, Aubier-Montaigne.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988), *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch.
- LAÍN ENTRALGO, P. (1964), *La relación médico-enfermo*, Madrid, Revista de Occidente.

- (1987), *La curación por la palabra en la Antigüedad Clásica*, Barcelona. Anthropos.
- (1989), *Historia de la Medicina*, Barcelona, Salvat.
- (1998), *La historia clínica*, 3ª edic. facsímil de la 1ª, Madrid, Triacastela.
- LANCHO PEDRERA, F.; VILLAMOR MORGAN-EVANS, E.; GARCÍA TRUJILLO, B y PÉREZ HERNANDO, I. (1998), *Fundamentación, historia y aplicación de los derechos fundamentales*, Dir. por Dº Carlos de Villamor Maquieira, Cáceres, Tomás Rodríguez.
- LARA, F. (1982), *Código de Hammurabi*, Madrid, Editora Nacional.
- LE SENNE, R. (1967), *Tratado de Moral General*, Versión española de A. Puigcerver, 5ª ed., Madrid, Gredos.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1999), *El consentimiento en el Derecho Penal*, Madrid, Dykinson.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P. y SATRÚSTEGUI, M. (1994), *Derecho Constitucional*, V. 1, Valencia, Tirant lo blanch.
- LLULL, R. (1986), *Libro de la Orden de Caballería*, Introducción de Luis Alberto de Cuenca, Barcelona, Alianza Editorial Enciclopedia Catalana.
- MADINIER, G. (1969), *La conscience morale*, París, Presses Universitaires de France.
- MANSILLA IZQUIERDO, P. P. (1986), *Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- MANTILLAS PINEDA, B. (1996), *Filosofía del derecho*, Santa Fé de Bogota, Temis.
- MARITAIN, J. (2001), *Los derechos del hombre: cristianismo y democracia*, Madrid, Palabra.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (1999), *La responsabilidad civil profesional de los Teleinformáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en*

- general. Especial estudio de la responsabilidad civil de Médicos, Administradores/Consejeros de las sociedades mercantiles y de los Abogados*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1995), *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, Granada, Comares.
- MARTÍNEZ-PEREDA, J. M. Y DE LORENZO, R. (1997), *Los médicos y el nuevo Código Penal*, Madrid, Editores Médicos.
- MEDINA CASTELLANO, C. D. (2000), *Ética y legislación en Enfermería*, Madrid, DAE/Grupo Paradigma.
- MENÉNDEZ DE LUCAS, J. A. y ZATO GÓMEZ DE LIAÑO, M. A. (2006), *La responsabilidad profesional del Oftalmólogo*, Madrid, Mac Line.
- MIAJA DE LA MUELA, A. (1985), *Derecho Internacional Privado: Introducción y parte general*, T. 1, 9ª edic., Madrid, Atlas.
- (1992), *Internacionalistas españoles del siglo XVI: Fernando Vázquez de Menchaca*, Valladolid, Universidad de Valladolid.
- MILL, J. S. (1988), *Sobre la Libertad*, Prólogo de Isaiah Berlín, 5ª edic., Madrid, Alianza Editorial.
- MILLÁN GARRIDO, A. (1999), *Libro de estilo para juristas. Normas básicas y reglas técnicas en la elaboración del trabajo académico*, Barcelona, Bosch.
- MOLAS, I. (1998), *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos.
- MONTESQUIEU. (1983), *Del espíritu de las Leyes*, trad. por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos.
- NIETZSCHE, F. (1993), *Más allá del bien y del mal*, Madrid, M.E.
- Organización Mundial de la Salud. (1999), *Salud para todos en el siglo XXI*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo
- PALOMARES BAYO, M. y LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (Coords.) (2002), *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial*, Madrid, Comares.

- PANTALEÓN, F. (1995), *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid. Civitas.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1988), *La elaboración de la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PECES-BARBA, G. (1994), *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1986), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ ROYO, J. (1994), *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PIQUER, A. (1711-1772) (1987), *Las epidemias de Hipócrates con observaciones prácticas de los antiguos y modernos*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- POLAINO-LORENTE, A. (1994), *Manual de Bioética General*, Madrid, Rialp.
- QUINTANA CABANAS, J. M. (1995), *Pedagogía moral. El Desarrollo Moral Integral*, Madrid, Dykinson.
- REINER, H. (1985), *Bueno y Malo. Origen y esencia de las distinciones morales fundamentales*, Madrid, Ediciones Encuentro.
- RICO LINAJE, R. (1999), *Constituciones históricas*, Ediciones oficiales 3ª edición., Sevilla, Universidad de Sevilla.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1997), *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. (2004), *La Autonomía del paciente. Información, consentimiento y documentación clínica*, Madrid, Diles.
- ROLDÁN GARRIDO, B, y PEREA PÉREZ, B. (1996), *El consentimiento informado en la práctica clínica*, Madrid, SmithKline Becham.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1990), *El médico ante el Derecho*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- (2005), *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada, Comares.

- ROMERO COLOMA, A. M. (2001), *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*, Madrid, Civitas.
- ROUSSEAU, J. J. (1985), *Emilio, o De la educación*, trad. por Jose Luis Aguirre Prado, Madrid, EDAF.
- (1993), *El contrato social*, Madrid, Altaza.
- SAAVEDRA LOPEZ, M. (1987), *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel Derecho.
- SÁDABA, J. (2004), *Principios de Bioética Laica*, Barcelona, Gedisa.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1964), *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- (1975), *Documentos Constitucionales y textos políticos*, Madrid, Editora Nacional.
- SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. (1999), *El consentimiento informado. 1ª y 2ª parte*, Fundación Salud 2000, Madrid.
- (2003), *Derechos y deberes de los pacientes (Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*, Granada, Comares.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (1992), *La libertad de expresión*, Madrid, Marcial Pons.
- SANZ CID, C. (1922), *La Constitución de Bayona*, Madrid, Editorial Reus.
- SEMPERE RODRÍGUEZ, C. (1984), *Comentarios a las leyes políticas: Constitución Española de 1978*, Dir. por Oscar Alzaga, Madrid, Edersa.
- SÉNECA, L. A. (1966), *Cartas a Lucilio*, Obras completas, Madrid, Aguilar.
- SIMÓN, P. (2000), *El consentimiento informado*, Madrid, Triacastela.
- (2005), *Ética de las organizaciones sanitarias. Nuevos modelos de calidad*, Pablo Simón ed., Madrid, Triacastela.
- SOLANS BARRI, T. (1998), *Consentimiento Informado*, Madrid, Tecnimedia Editorial.
- SOLÉ TURA, J. y AJA, M. (1978), *Constituciones y períodos constituyentes en España. (1808-1936)*, Madrid, Siglo XXI.

- SORIA, C. (1984), *El derecho a la información en la Constitución española*, Madrid, Persona y Derecho.
- SOTO, Domingo de (1968), *Del derecho y de la justicia (De iure et iustitia)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SUAREZ, F. (1970), *Defensio Fidei Catholicae adversus Anglicanae sectae errores*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- THOMPSON, J. B. Y THOMPSON, H. O. ( 1984), *Ética en Enfermería*, México, El Manual Moderno.
- TORRALBA SORIANO, V. (1995), *Derecho Civil para Económicas y Empresariales*, Barcelona, EUB.
- TORRES DEL MORAL, A. (1986), *Constitucionalismo Histórico Español*, T. 1, Madrid, Átomo Ediciones.
- (1992), *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. 1, 3ª ed. Renovada, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- TRUYOL y SERRA, A. (1977), *Fundamentos de derecho internacional público*, 4ª edic. revisada y ampliada, Madrid, Tecnos.
- (1982), *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado: Del Renacimiento a Kant*, T. 2, 2ª ed. revisada y aumentada, Madrid. Alianza.
- ULLMANN, W. (1983), *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, trad. por Rosa Vitaró, Barcelona, Ariel.
- URÍAS, J. (2003), *Lecciones de derecho de la información*, Madrid, Tecnos.
- V Plan de Humanización de la Asistencia Sanitaria. (1984), Madrid, Instituto Nacional de la Salud, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- VALDEAVELLANO, L. G. de (1973), *Historia de las Instituciones Españolas*, Madrid, Revista de Occidente.
- VILLEY, M. (1981), *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Vol. 2, Pamplona, Eunsa.



A.2.- Artículos en revistas y obras colectivas

- ABEL I FABRE, F. (1999), *Comités de Ética Asistencial en España: Historia y realidad actual*, Ponencia al 2º Congreso Nacional *La Bioética lugar de encuentro*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica.
- ABEL LLUCH, X. (2004), “El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, en *El juez civil ante la investigación biomédica*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- ALARCÓN NICOLÁS, M. D. y TARRALBA MADRID, M. J. (1997), “La profesión de enfermería como ámbito de responsabilidades; frente a otros profesionales y ante los pacientes”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. Eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- ALONSO OLEA, M. (2001), El consentimiento informado en Medicina y Cirugía, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, Madrid.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. y LÓPEZ DOMÍNGUEZ, O. (2000), “El secreto médico y la confidencialidad de los datos sanitarios”, en *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario.
- ALVENTOSA DEL RIO, J. y DURÁN Y LALAGUNA, P. (1997), “Bioética y legislación española”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. Eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- AULLÓ CHAVES, M. y PELAYO PARDOS, S. (2000), “La Historia Clínica”, en *Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario.

- AYERRA LAZCANO, J. M. (2003), Regulación general de la historia clínica, *Derecho y Salud*. Vol. 11, núm. 1.
- BARBERO, J.; ROMEO CASABONA, C.; GIJÓN, P. y JÚDEZ, J. (2004), “Limitación del esfuerzo terapéutico”, en *Ética en la práctica clínica*, Diego Gracia y Javier Júdez eds., Madrid, Triacastela.
- BENÍTEZ DEL ROSARIO, M. A. y ASENSIO FRAILE, A. (2002), Cuidados Paliativos. La comunicación con el paciente con enfermedad en fase Terminal, *Atención Primaria*, Vol. 30, núm. 7.
- BRYAN, B. (2003), Biotechnology, Bioethics and Liberalism: Problematizing Risk, Consent and Law, *Health Law Journal*, Vol. 11.
- CASADO, M. (2000), Ponencia al V Encuentro Quiral, *Cuadernos Quiral*, núm. V, Barcelona, Observatorio de la Comunicación Científica, UPF.
- CENTENO CORTÉS, C; FLORES PÉREZ, L. A. y HERNÁNDEZ DE LA CALLE, S. (2003), “Historia de los cuidados paliativos. Su desarrollo en España”, en *Avances en Cuidados Paliativos*, Dirección Científica M. Gómez Sancho, T. III, Las Palmas de Gran Canaria, Gabinete de Asesoramiento y Formación Sociosanitaria.
- COUCEIRO V, A. y BECA I, J. P. (2006), Los Comités de Ética Asistencial y las repercusiones jurídicas de sus informes, *Rev Med Chil.*, núm. 134 (4).
- COUCEIRO VIDAL, A. (1991), La información al paciente. *Jano*, Vol. XLI.
- COUCEIRO, A. (1999), “Los comités de ética asistencial: origen, composición y método de trabajo”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela.
- COURY, CH. Y GIROD, L. (1975), “La medicina de los actuales pueblos primitivos”, en *Historia Universal de la Medicina*, dir. por Pedro Laín Entralgo, T. I, Barcelona, Salvat
- DE LORENZO Y MONTERO, R. y SANCHEZ CARO, J. (2000), “El consentimiento Informado”, en *Responsabilidad legal del Profesional Sanitario*, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario.

- DE SANTIAGO CORCHADO, M. (2001), “Una perspectiva sobre los fundamentos de la Bioética”, en *Bioética y Urología*, Madrid, Luzan.
- EMANUEL, E. J. y EMANUEL L. L. (1999), “Cuatro modelos de la relación médico-paciente”, en *Bioética para clínicos*, Couceiro, A. ed., Madrid, Triacastela.
- FRAGA MANDIÁN, A. y LAMAS MEILÁN, M. M. (1999), El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica), Pontevedra, *Revista Xurídica Galega*.
- FRANCH MENEU, V. (1997), “Manipulación del patrimonio genético y diagnóstico genético”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- GALÁN CORTÉS, J. C. (1999), La responsabilidad médica y el consentimiento informado, *Rev. Med. Uruguay*, Vol. 15, núm. 1.
- GALENDE DOMÍNGUEZ, I. (2006), “Consideraciones éticas”, en *Evaluación de Ensayos Clínicos. Guías operativas para los CEICS*, Coord. por Ines Galende Domínguez, Majadahonda-Madrid, Fundación AstraZéneca.
- GARCÍA ORTEGA, C.; CÓZAR MURILLO, V. y ALMENARA BARRIOS, J. (2004), La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002, *Rev. Esp. Salud Pública*, Vol. 78, núm. 4.
- GONZÁLEZ BALLESTEROS, T. (1989), La genérica libertad de expresión y la específica libertad de información, *Cuenta y razón del Pensamiento Actual*, núms. 44-45.
- GONZÁLEZ CAJAL, J.; CASANOVA GÓMEZ, R. y LÓPEZ FRANCO, P. (1994), Protocolos de consentimiento informado en un servicio de radiodiagnóstico, Cartas al Director, *Radiología*, Núm. 36.3.
- GRACIA GONZÁLEZ, S. y LABORDA CALVO, E. (2000), “Responsabilidad”, en *Responsabilidad legal del profesional Sanitario*,

- Coord. por Ricardo de Lorenzo y Montero, Madrid, Asociación Española de Derecho Sanitario.
- GRACIA, D. (1988a), Los cambios en la relación médico-enfermo, *Med. Cli.*, núm. 93.
- (1999), “La práctica de la medicina”, en *Bioética para clínicos*, Couceiro, A. ed., Madrid, Triacastela.
- Grupo de Trabajo del Ministerio de Sanidad y Consumo. (1998), *Gac. Sanit*, Vol. 12, núm. 3.
- Guía de Buena Práctica Clínica. (1997), *El Medicamento*, núm. 2.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ-CAMPELLO, C. (1999), “Secreto Médico y confidencialidad en los datos personales del paciente”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Madrid, Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid.
- HERRANZ RODRÍGUEZ, G. (2001), “La objeción de conciencia en Urología”, en *Bioética y Urología: Una nueva perspectiva*, Coord. por J. Jara Rascón, Madrid, Luzan.
- HOTTOIS, G. (1999), Información y saber genéticos, *Rev Der Gen H.*, núm. 11, Bilbao, Universidad de Deusto.
- JONSEN, A. R. (1999), “La ética en la práctica de la medicina interna”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela.
- Junta de la Sociedad Española de Calidad Asistencia (1994), Conclusiones de la reunión de la S.E.C.A. sobre: Recomendaciones ante la introducción del consentimiento informado en hospitales, *Rev. Calidad Asistencial*, núm. 2.
- LÁZARO, J. y GRACIA, D. (2006), La relación médico-enfermo a través de la historia, Navarra, *An. Sis. Sanita*, vol 29, Supl. Núm. 3.
- MARTÍ MERCADAL, J. A.; BUISÁN EZPELETA, L. Y GISBERT CALABUIG, J. A. (1988), “El secreto profesional en Medicina”, en *Ética y medicina*, coord. por Francisco Vilardell, Madrid, Espasa-Universidad.

- MARTÍNEZ AGUADO, L. C. (1993), El consentimiento informado: Un derecho humano en el ámbito sanitario, *SEAUS*, Vol. 1, núms. 2 y 3.
- MARTÍNEZ AGUADO, L. C. (1997), Análisis de los derechos y deberes de los pacientes, *Todo Hospital*, núm. 142.
- MARTINEZ ROCAMORA, L. G. (1998), La objeción laboral de conciencia en materia de aborto, *Aranzadi social*, núm. 3.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA LOPEZ, L. (1986), Especial estudio de la denominada *Lex Artis ad Hoc* en la función médica, Madrid, *Actualidad civil* núm. 23.
- MARTÍNEZ-PEREDA, J. M. (2004), La evolución normativa de la información sanitaria en el Derecho Español, Ponencia al XI Congreso de la *Asociación Española de Derecho Sanitario*, Madrid.
- MEDINA CASTELLANO, C. D. (1993), La enfermería y la eutanasia, *Enfermería Científica*, núm. 130.
- MÉNDEZ BAIGES, V. (2000), “Sobre la legislación española en biomedicina”, en *Estudios de Bioética y Derecho*, coord. por María Casado, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PASTOR GARCÍA, L. M. (1997a), “Bioética y aborto”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. Eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- (1997b), “La bioética y sus principios específicos”, en *Manual de ética y legislación en enfermería: Bioética de Enfermería*, Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- PEDREIRA ANDRADE, A. (1990), Rechazo del tratamiento, consentimiento y derecho a la información del paciente, Barcelona , *Jano*, Vol. XXXIX, núm. 915.
- PELLEGRINO, E. D. (1999), “La metamorfosis de la ética médica. Una mirada retrospectiva a los últimos 30 años”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Cruceiro ed., Madrid, Triacastela.

- PÉREZ ROYO, F. J. (1999), Derecho a la información, *Boletín de la ANABAD*, T. 49, núms. 3-4.
- PLAZA PENADÉS, J. (2002), El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, *Revista de derecho patrimonial*, Monografía núm. 7, Cizar (Navarra), Aranzadi.
- POLAINO-LORENTE, A. (1997a), “El obrar ético: El acto humano, su libertad y su valoración”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Pastor García, L. M, y León Correa, F. J. Eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- (1997b), “La conciencia y el orden moral”, en *Manual de ética y legislación en enfermería*, Madrid, Mosby/Doyma Libros.
- QUINTANA TRÍAS, O. (1994), Calidad y consentimiento informado, Ponencias, *Hospitalaria*, Núm. 2.
- (1996), “Bioética y Consentimiento Informado”, en *Materiales de Bioética y Derecho*, Casado, M. ed., Barcelona, Cedecs.
- QUINTANA, O. (1994), El consentimiento informado para mejora de la asistencia, editorial de *El Médico*.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001), Nuevo enfoque de la responsabilidad médico-sanitaria: La perspectiva de la defensa de los consumidores y usuarios, Madrid,. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. 18-2000, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J. M. (2005), Unión europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: La cuestión abierta de la adhesión, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol XXIII, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones.
- ROMEO CASABONA, C. M. (1992), “Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español”, en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Madrid, INSALUD.
- (1995a), El consentimiento del paciente al tratamiento, Tema monográfico, *Jano*, Vol. XLVIII, núm. 114.

- (1995b), ¿Límites Jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación, Bilbao, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 6.
- (1995c), Los testigos de Jehová y el rechazo de las transfusiones de sangre, *Jano*, Vol. XLVIII, núm. 114.
- (2002), “El consentimiento informado entre el médico y el paciente: Aspectos jurídicos”, en *Problemas prácticos del Consentimiento Informado*, Barcelona, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas.
- SÁINZ ROJO, A. (1997), Como lograr una óptima relación médico paciente. El consentimiento informado, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 25.
- SÁINZ, A. y QUINTANA, O. (1994), Guía sobre la información al paciente y la obtención del consentimiento, *Rev. Calidad Asistencial*, núm. 2.
- SÁINZ, A.; QUINTANA, O. y SÁNCHEZ CARO, J. (1994), La información médica: El consentimiento informado. Fundamentos éticos y legales, Opinión, *Rev. Calidad Asistencial*, núm. 2.
- Sanidad. (1996), La competencia del paciente es un presupuesto previo al consentimiento informado, *Noticias médicas*, núm. 3526.
- SARABIA Y ALVAREZUDE, J. y DE LOS REYES LÓPEZ, M. (2000), Jornada de debate sobre Comités Asistenciales de Ética. Madrid, *Asociación de Bioética Fundamental y Clínica*.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MARIÑO, J. L. (2005), Alcance del deber de secreto profesional sanitario ante la administración de justicia, *Revista Penal*, núm. 15
- SIMÓN LORDA, D.; SIMÓN LORDA, P.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, A. y CONCHEIRO CARRO, L. (1992), El consentimiento informado en Psiquiatría: un formulario escrito de consentimiento para terapia electroconvulsiva (TEC) o electroshock, Madrid, *Anales de Psiquiatría*, Vol 8, núm. 7.
- SIMÓN LORDA, P. (1993), El consentimiento informado: teoría y práctica (y II), Barcelona, *Med. Cli.*, Vol. 101, núm. 5.

- (1995), El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias, *MEDIFAM*, Vol. 5, núm. 5.
- (1999a), “El consentimiento informado y la participación del enfermo en las relaciones sanitarias”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro ed., Madrid, Triacastela.
- (1999b), Sobre la posible inexistencia del principio de Autonomía, Madrid, *Asociación de Bioética fundamental y clínica*. 2º Congreso Nacional Barcelona, noviembre de 1997.
- (2002), “El consentimiento informado: abriendo nuevas brechas”, en *Problemas prácticos del consentimiento informado*, Barcelona, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas.
- SIMÓN LORDA, P. Y BARRIO CANTALEJO, I. M. (1995a), El consentimiento informado y la enfermería: un modelo integral, *Jano*, Vol. XLIII, núm. 1117.
- (1995b), Un marco histórico para una nueva disciplina: la bioética, Barcelona, *Med Clin.*, núm. 105.
- (1999), “Un marco histórico para una nueva disciplina: la Bioética”, en *Bioética para clínicos*, Azucena Couceiro Ed., Madrid, Triacastela.
- SIMÓN LORDA, P. y CONCHEIRO CARRO, L. (1993), El consentimiento Informado: Teoría y Práctica (I), Barcelona, *Med. Clin.*, Vol. 100, núm. 17.
- SIMÓN LORDA, P.; BARRIO CANTALEJO, I. M. y CONCHEIRO CARRO, L. (1997), Legibilidad de los formularios escritos de consentimiento informado, Barcelona, *Med Clin.*, núm. 107.
- SIMÓN, P. (2006), Diez mitos en torno al consentimiento informado, *An. Sist. Sanit. Navar.*, Vol. 29, Supl. 3.
- TORRALBA MADRID, M. J. y ALARCÓN NICOLÁS, M. D. (1997), “El secreto profesional en Enfermería”, en *Manual de Ética y legislación de Enfermería. Bioética de Enfermería*, Pastor Garcia, L. M. Y León Correa, F. J. eds., Madrid, Mosby/Doyma Libros.



TORTOSA SIMANCAS, J. (1982), Legislación hospitalaria, *Monografías Beecham*, Barcelona.

VACCARINO, J. M. (1978), Consent, informed consent and the consent form, *N. Eng. J. Med*, núm. 298.

VALLS, R. (2000), “Materiales básicos sobre los orígenes de la moral moderna”, en *Estudios de bioética y derecho*, coord. por María Casado, Valencia, Tirant lo blanch.

WELLMER, A. (1991), “Derecho natural y razón práctica. En torno al despliegue aporético de un problema en Kant, Hegel y Marx”, en *Ética comunicativa y democracia*, Apel, K. O.; Cortina, A.; De Zan, J. y Michellini, D. eds., Barcelona, Crítica.

## **B) LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### **B.1.- Legislación**

- Boletín Oficial de las Cortes, núm. 135, de 24 de julio de 1978
- Boletín Oficial de las Cortes, núm. 157, de 6 de octubre de 1978
- Boletín Oficial de las Cortes, núm. 161, de 13 de octubre de 1978
- Boletín Oficial de las Cortes, núm. 170, de 28 de octubre de 1978
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Hecha en Niza el 7 de Diciembre de 2000 (Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas DOCC-2000/364/1 de 18 de diciembre)
- Circular 3/1995 de 30 de Abril del Instituto Nacional de la Salud
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de Noviembre de 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979)
- Convenio Europeo relativo a los derechos humanos y a la biomedicina firmado en Oviedo el 4 de Abril de 1997 (Convenio de Oviedo) (BOE núm. 251, de 20 de Octubre)

- Decreto 15/2006, de 24 de enero, por el que se regula la libre elección de médico, servicio y centro en Atención Primaria de Salud del Sistema Sanitario Público de Extremadura (DOE núm. 13, de 31 de enero)
- Decreto 228/2005, de 27 de septiembre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de Pacientes en Lista de Espera del Sistema Sanitario Público de Extremadura y se crea el fichero de datos de carácter personal del citado registro (DOE núm. 116, de 10 de octubre)
- Decreto 272/86 de 25 de Noviembre del Gobierno Vasco. por el que se regula el uso de la Historia Clínica en los Centros Hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
- Decreto de 1 de abril de 1977 (BOE núm. 57, de 12 de abril)
- Decreto de 22 de abril de 1938 (BOE núm. 550)
- Decreto núm. 2082/78 de 25 de agosto del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (BOE de 1 de septiembre de 1978)
- Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos (DOCE L 2005/91/13, de 12 de abril)
- Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Modificado por 397L0036 (Diario Oficial n° L 298, de 17 de octubre de 1989 y DO L 202, de 30 de julio de 1997)
- Instrucciones sobre Protocolos de Consentimiento Informado de 5 de Abril de 1993.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero)

- Ley 1/2003 de 28 de enero de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana (BOE núm. 48, de 25 de febrero).
- Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (BOE núm. 177, de 25 de julio)
- Ley 11/2002, de 6 de mayo foral Navarra
- Ley 11/94, Ordenación sanitaria de Canarias, de 26 de julio de 1994
- Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril (BOE núm. 102, de 29 de abril)
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo)
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio)
- Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal (BOE núm. 134, de 6 de junio)
- Ley 2/2002, de 17 de abril de Salud de la Comunidad Autónoma de la Rioja (BOE núm. 106, de 3 de mayo)
- Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de la Generalitat de Cataluña (BOE núm. 29, de 2 de febrero)
- Ley 25/1990, de 20 de Diciembre, del medicamento. (BOE núm. 306, de 22 diciembre) modificada por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 313, de 31 de diciembre)
- Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27 de julio)
- Ley 3/2001 de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE núm. 158, de 3 de julio)
- Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 186, de 5 de agosto)

- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (BOE núm. 266, de 6 de noviembre)
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. (BOE núm. 282, de 24 de diciembre)
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre)
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (BOE. núm. 314, de 31 de diciembre)
- Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión. Modificada por la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite y por Ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 4, de 5 de enero de 1984)
- Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (BOE núm. 110, de 8 de mayo)
- Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2003)
- Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha (BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2001)
- Ley de 1958, de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la Propia imagen, modificada por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE núm. 115, de 14 de mayo)
- Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero)
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE. Núm. 281, de 24 de noviembre)

- Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación (BOE núm. 74, de 27 de marzo)
- Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información (BOE núm. 147, de 20 de junio)
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril)
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo)
- Ley Orgánica 5/1992 de 29 de Octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (BOE núm. 262, de 31 de octubre)
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero)
- Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos (BOE núm. 166, de 12 julio)
- Orden 1/2007, de 2 de enero, por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales (BOE núm. 4, de 4 de enero)
- Orden de 1 de febrero de 1990 (BOE núm. 34, de 9 de febrero)
- Orden de 28 de abril de 1992 por la que se modifica la orden de 1 de febrero de 1990, que establece los modelos oficiales de receta medica para la prestación farmacéutica en el Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 111, de 8 de mayo)
- Orden del Ministerio de Sanidad, de 6 de septiembre de 1984
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, 30 de abril de 1977)

- Proyecto de directiva elaborada por el Consejo de Comunidades Europeas de 20 de diciembre de 1990, sobre la responsabilidad del prestador de servicios. Esta propuesta fue retirada en Junio de 1994 (DOCE de 18 de enero de 1991)
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16 de septiembre)
- Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000)
- Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (BOE núm. 21, de 24 de enero)
- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (BOE núm. 33, de 7 de enero)
- Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre Centros Sanitarios Acreditados y Dictámenes Preceptivos para la Práctica Legal de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BOE núm. 281, de 24 de noviembre)
- Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (BOE núm. 72, de 23 de marzo)
- Real Decreto 521/1987, de 15 de Abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Insalud (BOE núm. 91, de 16 de abril)
- Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE núm. 35, de 10 de febrero)
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 de Junio)

- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de Marzo)
- Reglamento de Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972 (BOE de 19 de julio)

## B.2.- Jurisprudencia

Tribunal Constitucional Español, Disponible en:

<http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/jurisprudencia.html>

- STC 102/1994 de 11 de abril (BOE núm. 117, de 17 de mayo)
- STC 104/1986 de 17 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto)
- STC 105/1983, de 23 de noviembre (BOE núm. 298, de 14 de diciembre)
- STC 105/1990 de 6 de junio (BOE núm. 160, de 5 de julio)
- STC 107/1988, de 8 de junio (BOE núm. 152, de 25 de junio)
- STC 11/1981 de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril)
- STC 110/1984 de 26 de noviembre (BOE núm. 304, de 21 de diciembre)
- STC 12/1982 de 31 de marzo (BOE núm. 95, de 21 de abril)
- STC 120/1983 de 15 de diciembre (BOE núm. 9, de 11 de enero)
- STC 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio)
- STC 126/2003 de 30 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio)
- STC 132/1989, de 18 de julio (BOE núm. 190, de 10 de agosto)
- STC 136/1994 de 9 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de junio)
- STC 137/1990 de 17 de julio (BOE núm. 181, de 30 de julio)
- STC 139/2001, de 18 de Junio (BOE núm. 170, de 17 de julio)
- STC 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 7 de agosto)
- STC 156/2001, de 2 de Julio (BOE núm. 178, de 26 de julio)

- STC 159/1986 de 16 de Diciembre de 1986 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre)
- STC 160/2003, de 15 de septiembre de 2006 (BOE núm. 242, de 9 de octubre)
- STC 165/1987 de 27 de Octubre de 1987 (BOE núm. 279, de 21 de noviembre)
- STC 168/1986 de 22 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero)
- STC 171/1990 de 12 de noviembre de 1990 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre)
- STC 172/1990 de 12 de noviembre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre)
- STC 181/2006, de 19 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio)
- STC 192/1999, de 25 de octubre (BOE núm. 286, de 30 de noviembre)
- STC 197/1991 de 17 de octubre (BOE núm. 274, de 15 de noviembre)
- STC 20/1990 de 15 de febrero (BOE núm. 52, de 1 de marzo)
- STC 217/1992, de 1 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre)
- STC 22/1984 de 17 de febrero (BOE núm. 59, de 9 de marzo)
- STC 223/1992, de 14 de diciembre. BOE núm. 16, de 19 de enero.
- STC 231/1988, de 2 de diciembre (BOE núm. 307, de 23 de diciembre)
- STC 25/1981 de 14 de julio (BOE núm. 193, de 13 de agosto)
- STC 254/1993 de 20 de julio (BOE núm. 197, de 18 de agosto)
- STC 286/1993 de 4 de octubre (BOE núm. 268, de 9 de noviembre)
- STC 320/1994 de 28 de noviembre (BOE núm. 310, de 28 de noviembre)
- STC 34/1983 de 6 de mayo (BOE núm. 120, de 20 de mayo)
- STC 4/1996 de 16 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero)
- STC 51/1989 de 22 de febrero (BOE núm. 62, de 14 de marzo)
- STC 52/1983, de 17 de junio (BOE núm. 168, de 15 de julio)
- STC 52/1995 de 23 de febrero (BOE núm. 77, de 31 de marzo)
- STC 53/1985, de 11 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo)
- STC 6/1981 de 16 de marzo (BOE núm. 89, de 14 de abril)



- STC 6/1988 de 21 de enero (BOE núm. 31, de 5 de febrero)
- STC 62/1982, de 15 de octubre (BOE núm. 276, de 17 de noviembre)
- STC 63/1987 de 20 de mayo (BOE núm. 134, de 5 de junio)
- STC 69/1989 de 20 de abril (BOE núm. 119, de 19 de mayo)
- STC 83/2002, de 22 de abril (BOE núm. 122, de 22 de mayo)
- STC 88/1985 de 19 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto)

Sentencias del Tribunal Supremo Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia/>

#### Sala de lo Civil

- STS de 1 de julio de 1997 (Ponente José Almagro Nosete)
- STS de 10 de noviembre de 1997 (Ponente Román García Varela),
  - STS de 11 de abril de 1987 (Ponente Juan Latour Brotóns)
  - STS de 11 de Marzo de 1991 (Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez)
  - STS de 11 de mayo de 2001 (Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez)
  - STS de 12 de Enero de 2001 (Ponente Jose Manuel Martínez-Pereda Rodríguez)
  - STS de 18 febrero de 1997 (Ponente José Almagro Nosete)
  - STS de 19 de febrero de 1998 (Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez)
  - STS de 2 de julio de 2002 (Ponente Jesús Corral Fernández)
  - STS de 2 de octubre de 1997 (Ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)
  - STS de 20 de marzo de 1997 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil)
  - STS de 23 abril 1992 (Ponente Antonio Gullón Ballesteros)
  - STS de 23 de julio de 2003 (Ponente Luis Martínez-Calcerrada Gómez)
  - STS de 23 de Marzo de 1993 (Ponente Pedro González Poveda)
  - STS de 24 de mayo de 1995 (Ponente Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)
  - STS de 25 de abril de 1994 (Ponente Jose Luis Albacar López)
  - STS de 26 de septiembre de 2000 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil)
  - STS de 27 de abril de 2001 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil)

- STS de 27 de septiembre de 2001 (Ponente Jesús Corral Fernández)
- STS de 28 de diciembre de 1998 (Ponente Pedro González Poveda)
- STS de 28 de diciembre de 1999 (Ponente Pedro González Poveda)
- STS de 28 junio de 1997 (Ponente Francisco Morales Morales)
- STS de 29 de junio de 1990 (Ponente Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)
- STS de 29 de mayo de 2003 (Ponente Alfonso Villagómez Rodil)
- STS de 31 de julio de 1996 (Ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade)
- STS de 4 de enero de 1990 (Ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)
- STS de 5 de octubre de 1989 (Ponente Rafael Casares Córdoba)
- STS de 7 de febrero 1990 (Ponente Antonio Fernández Rodríguez)
- STS de 7 de Febrero de 1989 (Ponente Juan Latour Brotons)
- STS de 7 de junio de 1994 (Ponente Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)
- STS de 7 de marzo de 2000 (Ponente José Almagro Nosete)

#### Sala de lo Contencioso

- STS de 10 octubre 2000 (Ponente Juan Antonio Xiol Rios)
- STS de 22 de noviembre de 1991 (Ponente Mariano Baena de Alcazar)
- STS de 29 de abril de 1982 (Ponente Rafael Pérez Gimeno)
- STS de 3 de octubre de 2000 (Ponente Juan Antonio Xiol Rios)
- STS de 4 de abril de 2000 (Ponente Juan Antonio Xiol Rios)
- STS de 7 junio 2001 (Ponente Jose María Álvarez-Cienfuegos Suárez)

#### Sala de lo Penal

- STS de 29 de Octubre de 1994 (Ponente Enrique Ruiz Vadillo)

C) Audiencia Nacional [Fuente de datos: CD2007, Base de Datos Aranzadi, Thomson]

- SAN de 27 de Noviembre de 2002 (Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sección 4) Ponente José Guerrero Zaplana

- SAN de 14 de abril de 1999 (Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sección Cuarta) Ponente José Guerrero Zaplana

D) Audiencia Provincial:

- SAP de Barcelona de 5 de enero de 1998 (Jurisdicción Civil. Sección 16) Ponente Inmaculada Zapata Camacho

E) Tribunales Superiores de Justicia:

- STSJ de Navarra 6 marzo 1996 (Sala de lo Civil y Penal) Ponente Miguel Angel Abarzuza Gil
- STSJ de Navarra de 22 de mayo de 1995 (Sala de lo Social) Ponente Concepción Santos Martín
- STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 1998 (Sala de lo Social) Ponente Enrique Míguez Alvarellos
- STSJ del País Vasco de 24 de junio de 1999 (Sala de lo Contencioso Administrativo) Ponente Begoña Orue Bascones

F) Otros Tribunales:

- Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N° 3, Mar del Plata, de 18 de setiembre de 1995 [Disponible en <http://www.bioetica.org/bioetica/fallos5.htm> ]
- Tribunal Uruguayo de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno. Sentencia de 13 de septiembre de 2000

**C) Documentos y artículos disponibles en páginas de internet**

- *A Report on the Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship.* (1982), President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. Making Health Care Decisions, Volume One: Report Whashington

- D.C. Government Printing Office, Disponible en [http://www.bioethics.gov/reports/past\\_commissions/making\\_health\\_care\\_decisions.pdf](http://www.bioethics.gov/reports/past_commissions/making_health_care_decisions.pdf)
- Acta Adicional a la Constitución de 1856 (Real Decreto de 15 de septiembre de 1856), [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12159429792325954198846/index.htm>
  - ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. (1995), *Confidencialidad del dato sanitario, derechos de los pacientes e intereses generales*, Ponencia al II Congreso Nacional de Derecho Sanitario,[Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso2/2congre-1.htm>
  - ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. (1996), *El secreto y el nuevo Código Penal*, Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso3/3congre-15.htm>
  - BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2005), *El fundamento de los Derechos Fundamentales*, Disponible en: [http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero\\_03/bastida.pdf](http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero_03/bastida.pdf)
  - BLANCO CORDERO, I. (1997), *Responsabilidad del médico por la omisión o el exceso de información terapéutica*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/frames/frame2.htm>
  - CARPINTERO BENITEZ, F. (2002), Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo, *La ilustración liberal. Revista española y americana* (on line) núm. 12, [Consulta el 28 Marzo 2002], Disponible en [http://www.libertad digital.com:83/ilustracion\\_liberal/articulo.php/318](http://www.libertad digital.com:83/ilustracion_liberal/articulo.php/318)
  - ——— (2003), Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político y jurídico, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 25, [Consulta de 12 Febrero 2007], Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552003002500009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552003002500009&script=sci_arttext)

- CARRILLO, M. (2001), El marco jurídico-político de la libertad de prensa en la transición a la democracia en España (1975-1978), *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Núm. 2, [Consulta el 20 marzo 2007], Disponible en: <http://hc.rediris.es/02/Numero02.html?id=01>
- Constitución de 1837, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1837.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1837.pdf)
- Constitución de 1845, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1845.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1845.pdf)
- Constitución de 1869, [Consulta el 17 febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1869.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf)
- Constitución de 1876, [Consulta el 17 febrero 2007], Disponible en: [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1876.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf)
- Constitución de 1931, [Consulta el 19 febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf)
- Constitución Española. Elaboración y aprobación de la Constitución española de 1978, [Consulta el 22 marzo 2007], Disponible en: <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/proceso.htm>
- Constitución no promulgada de 1856, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/espana/1856.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/1856.html)
- Constitución Política de la Monarquía Española. Proclamada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1812.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf)
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, [Consulta el 13 febrero 2007], Disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol Núm. 11, Consejo de Europa, [Consulta 13 febrero

2007] Disponible en <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/005.htm>

- CORONAS GONZÁLEZ, S. M. (2000), El pensamiento constitucional de Jovellanos, *Historia Constitucional. Revista Electrónica*, Núm. 1, [Consulta el 19 marzo 2007], Disponible en <http://constitucion.rediris.es/revista/hc/uno/jovellanos.html>
- CREMADES, J. (2005), El derecho a saber, *ABC.es hemeroteca*, [Consulta el 12 marzo 2007], Disponible en: <http://www.abc.es/hemeroteca>
- Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Uso de la Computadora en la Medicina. Basada en la Resolución adoptada por la 27a Asamblea Médica Mundial Munich, Alemania, octubre 1973, Disponible en <http://www.wma.net/s/policy/c9.htm>
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, [Consulta 13 febrero 2007], Disponible en [http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2\\_e.htm](http://www.aidh.org/uni/Formation/01Home2_e.htm)
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, Aceptada por el Rey de Francia el 5 de octubre de 1789, Disponible en [http://www.elysee.fr/elysee/espagnol/las\\_instituciones/los\\_textos\\_fundadores/la\\_declaracion\\_de\\_los\\_derechos\\_del\\_hombre/la\\_declaracion\\_de\\_los\\_derechos\\_del\\_hombre.21654.html](http://www.elysee.fr/elysee/espagnol/las_instituciones/los_textos_fundadores/la_declaracion_de_los_derechos_del_hombre/la_declaracion_de_los_derechos_del_hombre.21654.html)
- Declaración para la promoción de los derechos de los pacientes en Europa. EUR/ICP/HLE 121, Traducción personal, Disponible en [http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam\\_derpac\\_ing.pdf](http://www.aeds.org/pdf/declaracionamsterdam_derpac_ing.pdf)
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Geneva: United Nations, [Consulta 12 febrero 2007], Disponible en <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/spn.htm>
- DEWEY, J. (1987), My Pedagogic Creed, *The School Journal*, Vol. LIV, Núm. 3, Disponible en <http://www.infed.org/archives/e-texts/e-dew-pc.htm>

- Díaz Arias, R. (2000), *La libertad de programación en radiodifusión: Un desarrollo del art. 20 de la Constitución Española*, Madrid, Memoria para la obtención del Título de Doctor en Derecho dirigida por Dº Jose María Desantes Guanter, [Consulta el 20 Marzo 2004], Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01604529769035906320035/003609.pdf>
- Documento final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, [Consulta el 10 Octubre 2001], Disponible en <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/textos6/salud3.html>
- Documento final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica, [Consulta el 6 noviembre 2000], Disponible en <http://www.diariomedico.com/asesor/hnoclinica.html>
- El Comité de Expertos de Consentimiento Informado, [Consulta el 03 enero 2001] Disponible en <http://www.cfnavarra.es/SALUD/ASISTENCIA.SANITARIA/ CONSENTIMIENTO.htm>
- Estatuto de Bayona de 1808, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/c08.pdf>
- Estatuto Real de 1834, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en [http://www.constitucion.es/otras\\_constituciones/espana/txt/constitucion\\_1834.html](http://www.constitucion.es/otras_constituciones/espana/txt/constitucion_1834.html)
- FERNÁNDEZ AREAL, M. (s.f.), *Evolución del concepto de libertad de prensa desde la ley de guerra de 1938 hasta la constitución de 1978*, [Consulta el 19 febrero 2007], Disponible en [http://www.upf.edu/periodis/Congres\\_ahc/Documents/Sesi01/Fernandez.htm](http://www.upf.edu/periodis/Congres_ahc/Documents/Sesi01/Fernandez.htm)
- Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. Documento final, Madrid a 26 de noviembre de 1997, [Consulta el 15 octubre 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/documentos/expertos.htm>
- HERRANZ RODRÍGUEZ, G. (1996), *La ética médica y sus relaciones con la historia clínica y el secreto*, Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho

Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso3/3congre-18.htm>

- IDOATE, V. M. (2000), *La comprensibilidad del consentimiento informado*, [Consulta el 21 febrero 2001] Disponible en <http://www.cfnavarra.es/salud/anales/textos/textos10/salud2a.html>
- La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del Norte, [Consulta el 13 febrero 2007], Disponible en <http://usinfo.state.gov/usa/infousa/facts/funddocs/deces.htm>
- La ley biomédica choca con el Código Penal en la clonación terapéutica, *Gaceta Médica Digital*, Año II, Núm. 201, [Consulta el 15 Mayo 2007] Disponible en <http://www.gacetamedica.com/gacetamedica/articulo.asp?idcat=231&idart=258357>
- LA PARRA LÓPEZ, E. (2005), *La libertad de prensa en las Cortes de Cádiz*, *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*, Alicante, [Consulta el 14 febrero 2007], Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56818403212381663654679/p0000001.htm>
- Ley fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, Pág. 1) (BGBl III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1), Disponible en [www.constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html](http://www.constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html)
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2007), *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*, [Consulta el 30 Abril 2007], Disponible en [http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento\\_informado.html](http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/consentimiento_informado.html)
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1997), *La Minoría Madura*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, [Consulta el 29 Agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/frames/frame2.htm>



- MARTINEZ-CALCERRADA LÓPEZ, L. (1997), *Aspectos Civiles*, Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 19 febrero 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congrso4/4congre-24.htm>
- MERELLO ARECCO, I. (2005), La máxima "*Quod omnes tangit*": Una aproximación al estado del tema. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Núm. 27, [Consulta el 19 Marzo 2007], Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S071654552005000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071654552005000100008&lng=es&nrm=iso)
- NAVARRO MARCHANTE, V. Y RODRÍGUEZ BORGES, R. F. (2001), La cláusula de conciencia de los profesionales de la información: Ley Orgánica 2/1997, *Revista Latina de Comunicación Social*, Núm. 49, abril de 2002, La Laguna (Tenerife), [Consulta el 11 marzo 2007], Disponible en: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/2002/latina49abril/4905navarro.htm>
- Nuremberg Code 1947 (1949), en *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law*, Vol II, Núm. 10, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, Disponible en <http://www.copernicugroup.com/irbForms/NurembergCode.pdf>
- Organización Médica Colegial, Declaración sobre las cualidades del certificado médico y sobre sus diferencias con los partes y los informes médicos, Aprobado por el Pleno del Consejo General el 26 de Enero de 2007, Disponible en [http://www.cgcom.org/deonto/pdf/07\\_01\\_26\\_certificados.pdf](http://www.cgcom.org/deonto/pdf/07_01_26_certificados.pdf)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, [Consulta el 13 febrero 2007], Disponible en [http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a\\_ccpr\\_sp.htm](http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm)
- PEÑA, J. (2006), Universalismo moral y derecho de gentes en Francisco de Vitoria, *Rev. estud. hist.-juríd.*, [online], Núm. 28, [Consulta el 12 Febrero 2007]. Disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-552006000100008&lng=es&nrm=](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-552006000100008&lng=es&nrm=)

- Proyecto de Constitución de 1834, [Consulta el 15 febrero 2007], Disponible en:  
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07036396711892773087857/index.htm>
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1999), *Protección penal de la confidencialidad en la práctica clínica*, Ponencia al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 29 agosto 2001], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso6/6congre-10.htm>
- RUIZ VADILLO, E. (1997), *La responsabilidad médica. La perspectiva constitucional del problema*, Ponencia al IV congreso Nacional de Derecho Sanitario, [Consulta el 22 mayo 2007], Disponible en <http://www.aeds.org/congreso4/4congre-19.htm>
- SANCHO GARGALLO, I. (2004), Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado, *Working Paper*, Núm, 209, Barcelona, Disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).
- SANTAMARÍA LAMBAS, F. (1999), *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Memoria para la obtención del Título de Doctor en Derecho, Disponible en <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/34690626542325084843457/007783.pdf>

## ANEXO I

### **Código de Nüremberg**

(Tribunal Internacional de Nüremberg)

1946

#### **La prueba de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad**

Aplicando cualquier criterio reconocido de evaluación, el juicio muestra que se han cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad tal como se alega en los puntos dos y tres de la querrela. Desde el comienzo de la Segunda Guerra Mundial se realizaron, en Alemania y en los países ocupados, experimentos médicos criminales en gran escala sobre ciudadanos no alemanes, tanto prisioneros de guerra como civiles, incluidos judíos y personas “asociales”. Tales experimentos no fueron acciones aisladas o casuales de médicos o científicos que trabajaran aislados o por su propia responsabilidad, sino que fueron el resultado de una normativa y planeamiento coordinados al más alto nivel del gobierno, del ejército y del partido nazi, practicado como parte del esfuerzo de guerra total. Fueron ordenados, aprobados, permitidos o sancionados por personas que ocupaban cargos de autoridad, las cuales estaban obligadas, de acuerdo con los principios de la ley, a conocer esos hechos y a tomar las medidas necesarias para impedirlos y ponerles fin.

#### **Experimentos médicos permisibles**

Existen pruebas de gran peso que nos muestran que ciertos tipos de experimentos sobre seres humanos, cuando se mantienen dentro de límites razonablemente definidos, son conformes con la ética general de la profesión médica. Quienes practican la experimentación humana justifican su actitud en que esos experimentos proporcionan resultados que benefician a humanidad y que no pueden obtenerse por otros métodos o medios de estudio. Todos están de acuerdo, sin embargo, en que deben observarse ciertos principios básicos a fin de satisfacer los requisitos de la moral, la ética y el derecho:

1.El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide. Este último elemento exige que, antes de aceptar una respuesta afirmativa por parte de un sujeto experimental, el investigador tiene que haberle dado a conocer la naturaleza, duración y propósito del experimento; los métodos y medios conforme a los que se llevará a cabo; los inconvenientes y riesgos que razonablemente pueden esperarse; y los efectos que para su salud o personalidad podrían derivarse de su participación en el experimento.

El deber y la responsabilidad de evaluar la calidad del consentimiento corren de la cuenta de todos y cada uno de los individuos que inician o dirigen el experimento o que colaboran en él. Es un deber y una responsabilidad personal que no puede ser impunemente delegado en otro.

- 2.El experimento debería ser tal que prometiera dar resultados beneficiosos para el bienestar de la sociedad, y que no pudieran ser obtenidos por otros medios de estudio. No podrán ser de naturaleza caprichosa o innecesaria.
- 3.El experimento deberá diseñarse y basarse sobre los datos de la experimentación animal previa y sobre el conocimiento de la historia natural de la enfermedad y de otros problemas en estudio que puedan prometer resultados que justifiquen la realización del experimento.
- 4.El experimento deberá llevarse a cabo de modo que evite todo sufrimiento o daño físico o mental innecesario.
- 5.No se podrán realizar experimentos de los que haya razones a priori para creer que puedan producir la muerte o daños incapacitantes graves; excepto, quizás, en aquellos experimentos en los que los mismos experimentadores sirvan como sujetos.
- 6.El grado de riesgo que se corre nunca podrá exceder el determinado por la importancia humanitaria del problema que el experimento pretende resolver.
- 7.Deben tomarse las medidas apropiadas y se proporcionaran los dispositivos adecuados para proteger al sujeto de las posibilidades, aun de las más remotas, de lesión, incapacidad o muerte.
- 8.Los experimentos deberían ser realizados sólo por personas cualificadas científicamente. Deberá exigirse de los que dirigen o participan en el experimento el grado más alto de competencia y solicitud a lo largo de todas sus fases.
- 9.En el curso del experimento el sujeto será libre de hacer terminar el experimento, si considera que ha llegado a un estado físico o mental en que le parece imposible continuar en él.
- 10.En el curso del experimento el científico responsable debe estar dispuesto a ponerle fin en cualquier momento, si tiene razones para creer, en el ejercicio de su buena fe, de su habilidad comprobada y de su juicio clínico, que la continuación del experimento puede probablemente dar por resultado la lesión, la incapacidad o la muerte del sujeto experimental.

(Traducción: Gonzalo Herranz)

Disponible en <http://www.unav.es/humbiomedicas/deontologiaBiol/nuremberg.pdf>.

## **ANEXO II**

**ACUERDO DEL CONSEJO INTERTERRITORIAL  
SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

**Adoptado en la sesión plenaria del  
6 de noviembre de 1995**

### **TEXTO DE ACUERDO DEL CONSEJO INTERTERRITORIAL SOBRE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

#### **1.- CONSIDERACIONES GENERALES**

1.1. Todo paciente tiene derecho a que se le informe de su enfermedad y de las circunstancias relevantes que ésta implica, desde que se establece la relación con su médico.

La información en la relación asistencial es un deber ineludible del profesional y, por lo tanto, debe constituir un acto clínico más, tan importante como cualquier otro en las tareas que competen a aquél.

La información recibida por el paciente debe entenderse como un proceso gradual y continuado a lo largo de todo el proceso asistencial, que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso, y que debe permitir que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.

1.2. En el ámbito de la relación sanitaria dentro del Sistema Nacional de Salud el proceso de información y participación del paciente no se realiza todavía con carácter general de manera satisfactoria.

Modificar esta situación supone un profundo cambio cultural, que no puede desarrollarse de manera brusca, pero que requiere en todo caso el establecimiento de formas concretas de información y participación de los pacientes en los procesos de diagnóstico y tratamiento de su enfermedad.

1.3. Los procesos de información y consentimiento por parte de los pacientes se desarrollan básicamente a través del intercambio verbal. Sin embargo, algunos aspectos de esos procesos pueden quedar registrados y documentados por escrito.

La consideración sobre la conveniencia del registro escrito del consentimiento informado es variable en diferentes países de nuestro entorno. En nuestro país, en todo caso, es obligada la implantación de formas de registro como la mencionada, como consecuencia de lo establecido en el Artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

1.4. Conforme a lo establecido en la citada norma, los documentos de información y consentimiento deben cumplir diversas finalidades:

- La primera de ellas, y la más importante, servir de medio de apoyo al proceso de consentimiento, facilitando la transmisión de una información completa, veraz y comprensible para el paciente.

- Por otra parte, siempre que se haya acompañado de la suficiente información verbal, el documento escrito puede coadyuvar eficazmente a proteger a los profesionales sanitarios de posibles denuncias por falta de información al paciente o por información deficiente.

- La utilización de documentos de consentimiento no puede surtir efectos de exoneración de responsabilidad de los profesionales en el desarrollo de sus actuaciones y, por esa razón, referencias o cláusulas que tengan esa finalidad no deben constar en los documentos de consentimiento informado, ni deben tampoco tratar de ser utilizados para esos fines.

1.5. Aunque los procedimientos médicos son muy parecidos en todo el mundo desarrollado, las diferencias culturales inciden de manera importante en la comunicación entre médico y paciente.

Por ello, es mucho más fácil establecer pautas de utilización de técnicas y tecnologías que modelos únicos de información y soporte escrito del consentimiento informado.

Por otra parte, es imposible informar por escrito a un paciente de todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se le pueden realizar en el curso de su asistencia, lo que supondría una burocratización inaceptable de la actuación médica.

Las fórmulas de consentimiento general, de otro lado, no garantizan la información y, por ello, carecen de valor desde el punto de vista legal.

Todas esas razones conducen a considerar como lo más adecuado y prioritario la elaboración de documentos específicos referidos a procedimientos diagnósticos o terapéuticos determinados que conlleven un cierto grado de riesgo. Esos documentos deben ser elaborados por los profesionales, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada centro y servicio.

1.6. En el marco de lo señalado en el apartado anterior, sí es posible, sin embargo, establecer una orientación general sobre los contenidos de los documentos de consentimiento informado, de forma que reflejen unos aspectos mínimos semejantes. Dichas pautas se indican en el apartado siguiente de este informe.

## 2.- CONTENIDOS DE LOS DOCUMENTOS DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

En todo documento escrito específico de consentimiento informado deben figurar los siguientes apartados, enunciados de forma breve y en lenguaje comprensible, de manera que los conceptos médicos puedan entenderse por la generalidad de los usuarios:

- a) Datos personales del paciente.
- b) Nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene necesariamente que ser el mismo que realice el procedimiento en el que se consiente.

- c) Nombre del procedimiento que se vaya a realizar, con explicación breve y sencilla del objetivo del procedimiento, en qué consiste el mismo y la forma en que se va a llevar a cabo.
- d) Descripción de las consecuencias seguras de la intervención, que deban considerarse relevantes o de importancia, como por ejemplo, la pérdida de un miembro.
- e) Descripción de los riesgos típicos del procedimiento.
  - Se entiende por tales aquéllos cuya realización deba esperarse en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia. Se incluyen también aquellos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves.
- f) Descripción de los riesgos personalizados.
  - Deben entenderse por éstos los que están relacionados con las circunstancias personales de los pacientes y hacen referencia al estado previo de salud, a la edad, a la profesión, a las creencias, valores y actitudes de los pacientes, o a cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.
- g) A criterio del facultativo puede incluirse la información que haga referencia a las molestias probables del procedimiento y sus consecuencias.
- h) Declaración del paciente de haber recibido información acerca de los extremos indicados en los apartados anteriores, así como de alternativas diferentes al procedimiento, con pros y contras, de forma que el paciente participe, si así lo desea, en la elección de la más adecuada, y que dicha elección tenga en cuenta sus preferencias.
- i) Manifestación del paciente acreditativa de estar satisfecho con la información recibida y de haber obtenido información sobre las dudas planteadas y sobre la posibilidad de revocar en cualquier momento el consentimiento informado, sin expresión de causa, así como la expresión de su consentimiento para someterse al procedimiento.
- j) Fecha y firmas del médico que informa y del paciente.
- k) Apartado para el consentimiento a través de representante legal en caso de incapacidad del paciente.
- l) Apartado para la revocación del consentimiento, que deberá figurar en el propio documento.

### 3.- ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

3.1. El cumplimiento de los objetivos y funciones de los documentos de consentimiento informado exigen que el paciente, o su representante, reciban la información y el documento con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes.

3.2. No deben considerarse válidos los documentos genéricos. El consentimiento escrito prestado para una intervención no debe resultar válido para otra diferente.

3.3. Los documentos de consentimiento informado deben extenderse por duplicado, uno de ellos a disposición del paciente, debiendo quedar el otro en la institución sanitaria, incorporado a la historia clínica correspondiente.

3.4. El destinatario de la información es el paciente y, como consecuencia, con carácter general debe ser éste el que otorgue y firme el consentimiento, salvo las excepciones establecidas en el Artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad.

Cuando el paciente no quiera recibir la información, ésta debe transmitirse a los familiares o en su defecto a la persona que designe. Si el paciente prohibiera la transmisión de la información a los familiares o allegados, debe hacerse constar así en un documento firmado por el médico que informe con testigos, sin perjuicio de obtener el consentimiento del paciente para los procedimientos correspondientes.

Cuando a juicio facultativo el paciente, aún siendo mayor de edad, no tenga capacidad de discernimiento para decidir acerca de una intervención, debe requerirse el consentimiento informado de los parientes o allegados más próximos. El consentimiento informado debe ser firmado por los menores cuando, a juicio facultativo, reúnan las condiciones de madurez suficientes para otorgarlo, de conformidad con lo previsto en el Artículo 162.1 del Código Civil.

3.5. En el ámbito de las instituciones sanitarias, los protocolos de consentimiento informado por escrito deben desarrollarse por los servicios correspondientes, teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la institución sanitaria.

Una vez desarrollados de esa forma, deben ser avalados, antes de su puesta en funcionamiento, por un órgano técnico médico designado por la dirección de la institución. En aquellas instituciones en las que exista comité ético asistencial, ésta deberá aprobar dichos protocolos.

3.6. Los documentos de consentimiento informado a los que se viene haciendo referencia no son de aplicación a proyectos de investigación en medicina, procedimientos de extracción de órganos ni situaciones de urgencia, ni a otros procedimientos que no se refieran a procesos claramente patológicos, como los reseñados, tengan o precisen exigencias específicas.

3.7. La selección de aquellos procedimientos que, conforme a lo señalado en el apartado 1.5., sean más adecuados para la implantación de documentos de consentimiento informado, debe hacerse con el acuerdo de los profesionales, a través de las organizaciones científicas o grupos técnicos correspondientes, que, asimismo, deben constituir el apoyo fundamental para la definición de los riesgos típicos de las diferentes actuaciones médicas.



## **ANEXO III**

### **Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina**

#### **Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina**

(Aprobado por el Comité de Ministros el 19 de noviembre de 1996. Firmado el día 4 de abril de 1997)

#### **PREAMBULO**

Los Estados miembros del Consejo de Europa, los demás Estados y la Comunidad Europea, signatarios del presente Convenio,

Considerando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;

Considerando el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950;

Considerando la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961;

Considerando el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966;

Considerando el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981;

Considerando igualmente la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es la de conseguir una unión más estrecha entre sus miembros y que uno de los medios para lograr dicha finalidad es la salvaguardia y el fomento de los derechos humanos y de las libertades;

Conscientes de los rápidos avances de la biología y la medicina;

Convencidos de la necesidad de respetar al ser humano a la vez como persona y como perteneciente a la especie humana y reconociendo la importancia de garantizar su dignidad;

Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina;

Afirmando que los progresos en la biología y la medicina deben ser aprovechados en favor de las generaciones presentes y futuras;

Subrayando la necesidad de una cooperación internacional para que toda la Humanidad pueda beneficiarse de las aportaciones de la biología y la medicina;

Reconociendo la importancia de promover un debate público sobre las cuestiones planteadas por la aplicación de la biología y la medicina y sobre las respuestas que deba darse a las mismas;

Deseosos de recordar a cada miembro del cuerpo social sus derechos y responsabilidades;

Tomando en consideración los trabajos de la Asamblea Parlamentaria en este ámbito, comprendida la Recomendación 1160 (1991) sobre la elaboración de un Convenio de Bioética;

Decididos a adoptar las medidas adecuadas, en el ámbito de las aplicaciones de la biología y la medicina, para garantizar la dignidad del ser humano y los derechos y libertades fundamentales de la persona;

Han convenido lo siguiente:

#### **CAPITULO I**

##### **Disposiciones generales**

##### **Artículo 1**

(Objeto y finalidad)

Las partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.

**Artículo 2**

(Primacía del ser humano)

El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia.

**Artículo 3**

(Acceso igualitario a los beneficios de la sanidad)

Las partes, teniendo en cuenta las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles, adoptarán las medidas adecuadas con el fin de garantizar, dentro de su ámbito jurisdiccional, un acceso igualitario a los beneficios de una sanidad de calidad apropiada.

**Artículo 4**

(Obligaciones profesionales y normas de conducta)

Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la experimentación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables a cada caso.

## **CAPITULO II**

### **Consentimiento**

**Artículo 5**

(Regla general)

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

**Artículo 6**

(Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento)

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

**Artículo 7**

(Protección de las personas que sufran trastornos mentales)

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos.

#### **Artículo 8**

(Situaciones de Urgencia)

Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.

#### **Artículo 9**

(Deseos expresados anteriormente)

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

### **CAPITULO III**

#### **Vida privada y derecho a la información**

##### **Artículo 10**

(Vida privada y derecho a la información)

1. Toda persona tendrá derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.
2. Toda persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada.
3. De modo excepcional, la ley podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 2.

### **CAPITULO IV**

#### **Genoma Humano**

##### **Artículo 11**

(No discriminación)

Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

##### **Artículo 12**

(Pruebas genéticas predictivas)

Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

##### **Artículo 13**

(Intervenciones sobre el genoma humano)

Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

##### **Artículo 14**

(No selección de sexo)

No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

## CAPITULO V

### Experimentación científica

#### Artículo 15

(Regla general)

La experimentación científica en el ámbito de la biología y la medicina se efectuará libremente, a reserva de lo dispuesto en el presente Convenio y en otras disposiciones jurídicas que garanticen la protección del ser humano.

#### Artículo 16

(Protección de las personas que se someten a un experimento)

No podrá hacerse ningún experimento con una persona, a menos que se den las siguientes condiciones:

I) que no exista un método alternativo al experimento con seres humanos de eficacia comparable,

II) que los riesgos que pueda incurrir la persona no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento,

III) que el proyecto haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objetivo del experimento, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético,

IV) que la persona que se preste a un experimento esté informada de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección,

V) que el consentimiento a que se refiere el artículo 5 se haya otorgado libre y explícitamente y esté consignado por escrito. Este consentimiento podrá ser libremente retirado en cualquier momento.

#### Artículo 17

(Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a un experimento)

1. Sólo podrá hacerse un experimento con una persona que no tenga, conforme al artículo 5, capacidad para expresar su consentimiento acerca del mismo, cuando se den las siguientes condiciones:

I. que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 16, párrafos (I) a (IV);

II. que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para su salud;

III. que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo;

IV. que la persona no exprese su rechazo al mismo.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, podrá autorizarse un experimento cuyos resultados previstos no supongan un beneficio directo para la salud de la persona si se cumplen las condiciones enumeradas en los párrafos (I), (III), (IV) y (V) del apartado anterior, así como las condiciones suplementarias siguientes:

I. el experimento tenga por objeto, mediante una mejoría significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno, o que presenten las mismas características;

II. el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.

#### Artículo 18

(Experimentación con embriones in vitro)

1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.

2. Se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación.

## **CAPITULO VI**

### **Extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes**

#### **Artículo 19**

(Regla general)

1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable.

2. El consentimiento a que se refiere el artículo 5 deberá ser libre y explícitamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

#### **Artículo 20**

(Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos)

1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

I. si se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento,

II. si el receptor es hermano o hermana del donante;

III. si la donación es para preservar la vida del receptor,

IV. si se ha dado explícitamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente,

V. si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma.

## **CAPITULO VII**

### **Prohibición del aprovechamiento y la utilización de una parte del cuerpo humano**

#### **Artículo 21**

(Prohibición del aprovechamiento)

El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser fuente de aprovechamiento.

#### **Artículo 22**

(Utilización de una parte extraída del cuerpo humano)

Cuando una parte del cuerpo humano ha sido extraída en el curso de una intervención, sólo podrá conservarse y utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados.

## **CAPITULO VIII**

### **Contravención de lo dispuesto en el Convenio**

#### **Artículo 23**

(Contravención de los derechos o principios)

Las partes garantizarán una protección jurisdiccional adecuada con el fin de impedir o hacer cesar en breve plazo cualquier contravención ilícita de los derechos y principios reconocidos en el presente Convenio.

#### **Artículo 24**

(Reparación de un daño injustificado)

La persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas por la ley.

#### **Artículo 25**

(Sanciones)

Las Partes deberán prever sanciones apropiadas para los casos de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Convenio.

## **CAPITULO IX**

### **Relación del presente Convenio con otras disposiciones**

#### **Artículo 26**

(Restricciones al ejercicio de los derechos)

1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

2. Las restricciones a que se refiere el párrafo precedente no podrán aplicarse a los artículos 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 y 21.

#### **Artículo 27**

(Protección más extensa)

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de que limite o atente contra la facultad de cada parte para conceder una protección más extensa con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina que la prevista por el presente Convenio.

## **CAPITULO X**

### **Debate público**

#### **Artículo 28**

(Debate público)

Las Partes en el presente Convenio se encargarán de que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas.

## **CAPITULO XI**

### **Interpretación y seguimiento del Convenio**

#### **Artículo 29**

(Interpretación del Convenio)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

- El Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes,
- El Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos.

#### **Artículo 30**

(Informes sobre la aplicación del Convenio)

Cualquier parte, a instancia del Secretario General del Consejo de Europa, proporcionará las explicaciones requeridas acerca del modo en que su legislación interna garantiza la aplicación efectiva de todas las disposiciones del presente Convenio.

## **CAPITULO XII**

### **Protocolos**

#### **Artículo 31**

(Protocolos)

Podrán redactarse protocolos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, con el fin de desarrollar, en los ámbitos específicos, los principios contenidos en el presente Convenio.

Los protocolos quedarán abiertos a la firma de los signatarios del Convenio. Serán sometidos a ratificación, aceptación o aprobación. Un signatario no podrá ratificar, aceptar o aprobar los protocolos sin haber ratificado, aceptado o aprobado el Convenio con anterioridad o simultáneamente.

## **CAPITULO XIII**

### **Enmiendas al Convenio**

#### **Artículo 32**

(Enmiendas al Convenio)

1. Las tareas encomendadas al "Comité" en el presente artículo y en el artículo 29 se llevarán a cabo por el Comité Director para la Bioética (CDBI) o por cualquier otro Comité designado a este efecto por el Comité de Ministros.

2. Sin perjuicio de las disposiciones específicas del artículo 29, todo Estado miembro del Consejo de Europa, así como toda Parte en el presente Convenio que no sea miembro del Consejo de Europa, podrá hacerse representar en el seno del Comité cuando éste desempeñe las tareas confiadas por el presente Convenio, y si dispone de voto en el mismo.

3. Todo Estado a que se refiere el artículo 33 o que haya sido invitado a adherirse al Convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34, que no sea parte en el presente Convenio, podrá designar un observador ante el Comité. Si la Comunidad Europea no es Parte, podrá designar un observador ante el Comité.

4. Con el fin de tener en cuenta los avances científicos, el presente Convenio será objeto de un estudio en el seno del Comité en un plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor, y en lo sucesivo, a intervalos que determinará el Comité.

5. Toda propuesta de enmienda al presente Convenio, así como toda propuesta de Protocolo o de Enmienda a un protocolo, presentada por una Parte, el Comité o el Comité de Ministros, será comunicada al Secretario General del Consejo de Europa y se transmitirá por mediación del mismo a los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte, a todo Estado invitado a firmar el presente Convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 33 y a todo Estado invitado a adherirse al mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 34.

6. El Comité examinará la propuesta no antes de dos meses a partir de que le haya sido transmitida por el Secretario General, conforme al párrafo 5. El Comité someterá a la aprobación del Comité de Ministros el texto adoptado por la mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Una vez aprobado, este texto será comunicado a las Partes para su ratificación, aceptación o aprobación.

7. Toda enmienda entrará en vigor, con respecto a las Partes que la hayan aceptado, el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de un mes a partir de la fecha en que hayan comunicado al Secretario General su aceptación cinco Partes, comprendidos al menos cuatro Estados miembros del Consejo de Europa.

Para toda Parte que lo acepte posteriormente, la enmienda entrará en vigor el primer día del siguiente a la expiración de un período de un mes a partir de la fecha en que la mencionada Parte haya comunicado al Secretario General su aceptación.

## CAPITULO XIV

### Cláusulas finales

#### Artículo 33

(Firma, ratificación y entrada en vigor)

1. El presente Convenio queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración y de la Comunidad Europea.
2. El presente Convenio será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.
3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha en que cinco Estados, que incluyan al menos a cuatro Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento en quedar vinculados por el Convenio conforme a lo dispuesto en el apartado precedente.
4. Para todo consignatario que exprese posteriormente su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, el mismo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

#### Artículo 34

(Estados no miembros)

1. Una vez entrado en vigor el presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a adherirse al presente Convenio, previa consulta a las Partes, a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa mediante una decisión adoptada por la mayoría prevista en el artículo 20, párrafo d), del Estatuto del Consejo de Europa, y por unanimidad de los votos de los representantes de los Estados Contratantes que tengan derecho a estar representados en el Consejo de Ministros.
2. Para todo Estado adherente, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de adhesión ante el Secretario General del Consejo de Europa.

#### Artículo 35

(Aplicación territorial)

1. Todo signatario, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio. Cualquier otro Estado podrá formular la misma declaración en el momento de depositar su instrumento de adhesión.
2. Toda Parte, en cualquier momento posterior, podrá extender la aplicación del presente Convenio, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración y del que asuma las relaciones internacionales o para el que esté habilitado para adoptar decisiones. El Convenio entrará en vigor con respecto a este territorio el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses a partir de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario General.
3. Toda declaración hecha en virtud de los dos apartados precedentes podrá ser retirada, en lo que se refiere a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

#### Artículo 36

(Reservas)

1. Cualquier Estado y la Comunidad Europea podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito del instrumento de ratificación, una reserva con respecto a una disposición particular del Convenio, en la medida en que una ley vigente en su territorio no sea



conforme a dicha disposición. Las reservas de carácter general no se autorizan según los términos del presente artículo.

2. Toda reserva emitida conforme al presente artículo incluirá un breve informe de la ley pertinente.

3. Toda parte que extienda la aplicación del presente Convenio a un territorio designado en una declaración prevista en aplicación del apartado 2 del artículo 35, podrá formular una reserva para el territorio de que se trate, conforme a lo dispuesto en los apartados precedentes.

4. Toda Parte que haya formulado la reserva indicada en el presente artículo podrá retirarla por medio de una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de un mes a partir de la fecha de recepción por el Secretario General.

#### **Artículo 37**

(Denuncia)

1. Toda parte podrá denunciar el presente Convenio, en cualquier momento, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario.

#### **Artículo 38**

(Notificaciones)

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo, a la Comunidad Europea, a todo Signatario, a toda Parte y a cualquier otro Estado que haya sido invitado a adherirse al presente Convenio:

a. toda firma;

b. el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

c. toda fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus artículos 33 ó 34;

d. toda enmienda o protocolo adoptado conforme al artículo 32, y la fecha en la que dicha enmienda o protocolo entren en vigor;

e. toda declaración formulada en virtud de lo dispuesto en el artículo 35;

f. toda reserva y toda retirada de reservas formuladas conforme a lo dispuesto en el artículo 36;

g. cualquier otro acto, notificación o comunicación que tenga relación con el presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajos firmantes, debidamente autorizados a estos efectos, han firmado el presente Convenio.

Hecho en Oviedo, España, el 4 de abril de 1997, en francés y en inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos, en un solo ejemplar que será depositado en los Archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa transmitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa, a la Comunidad Europea, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio y a todo Estado invitado a adherirse al presente Convenio.

**INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CON RESPECTO A LAS APLICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA (CONVENIO RELATIVO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA), HECHO EN OVIEDO EL 4 DE ABRIL DE 1997.** (Publicado en el BOE de 20-X-99 y corregido según BOE de 11-XI-99)

**JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA**

Por cuanto el día 4 de abril de 1997, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Oviedo el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina) hecho en el mismo lugar y fecha.

Vistos y examinados el Preámbulo y los treinta y ocho artículos de dicho Convenio, Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en el mismo se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza,

Mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por MI, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 23 de julio de 1999.

**JUAN CARLOS R.**

El Ministro de Asuntos Exteriores.

ABEL MATUTES JUAN

## ANEXO IV

**Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**  
(BOE núm. 274, de 15-11-2002, pp. 40126-40132)

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales se pone de manifiesto al constatar el interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. En este sentido, es necesario mencionar la trascendencia de la Declaración universal de derechos humanos, del año 1948, que ha sido el punto de referencia obligado para todos los textos constitucionales promulgados posteriormente o, en el ámbito más estrictamente sanitario, la Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, aparte de múltiples declaraciones internacionales de mayor o menor alcance e influencia que se han referido a dichas cuestiones.

Últimamente, cabe subrayar la relevancia especial del 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 (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, el cual ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000. Dicho Convenio es una iniciativa capital: en efecto, a diferencia de las distintas declaraciones internacionales que lo han precedido, es el primer instrumento internacional con carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben. Su especial valía reside en el hecho de que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, persiguiendo el alcance de una armonización de las legislaciones de los diversos países en estas materias; en este sentido, es absolutamente conveniente tener en cuenta el Convenio en el momento de abordar el reto de regular cuestiones tan importantes.

Es preciso decir, sin embargo, que la regulación del derecho a la protección de la salud, recogido por el artículo 43 de la [Constitución de 1978](#), desde el punto de vista de las cuestiones más estrechamente vinculadas a la condición de sujetos de derechos de las personas usuarias de los servicios sanitarios, es decir, la plasmación de los derechos relativos a la información clínica

y la autonomía individual de los pacientes en lo relativo a su salud, ha sido objeto de una regulación básica en el ámbito del Estado, a través de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

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, que debe asegurarse en condiciones de escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario, garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación.

A partir de dichas premisas, la presente Ley completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales. En este sentido, refuerza y da un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. En particular, merece mención especial la regulación sobre instrucciones previas que contempla, de acuerdo con el criterio establecido en el Convenio de Oviedo, los deseos del paciente expresados con anterioridad dentro del ámbito del consentimiento informado. Asimismo, la Ley trata con profundidad todo lo referente a la documentación clínica generada en los centros asistenciales, subrayando especialmente la consideración y la concreción de los derechos de los usuarios en este aspecto.

En septiembre de 1997, en desarrollo de un convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, tuvo lugar un seminario conjunto sobre información y documentación clínica, en el que se debatieron los principales aspectos normativos y judiciales en la materia. Al mismo tiempo, se constituyó un grupo de expertos a quienes se encargó la elaboración de unas directrices para el desarrollo futuro de este tema. Este grupo suscribió un dictamen el 26 de noviembre de 1997, que ha sido tenido en cuenta en la elaboración de los principios fundamentales de esta Ley.

La atención que a estas materias otorgó en su día la Ley General de Sanidad supuso un notable avance como reflejan, entre otros, sus artículos 9, 10 y 61. Sin embargo, el derecho a la información, como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por Leyes y disposiciones de distinto tipo y rango, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa contenida en la Ley General de Sanidad. Así, la [Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal](#), califica a los datos relativos a la salud de los ciudadanos como datos especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión. Esta defensa de la confidencialidad había sido ya defendida por la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, en la que, además de reafirmarse la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, en especial de su intimidad relativa a la información relacionada con su salud, se apunta la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente. Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada. En esta línea, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 13 de febrero de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, después

de afirmar que deben recogerse y pro cesarse con el consentimiento del afectado, indica que la información puede restringirse si así lo dispone una Ley y constituye una medida necesaria por razones de interés general.

Todas estas circunstancias aconsejan una adaptación de la Ley General de Sanidad con el objetivo de aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias. Se trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínicas las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución.

## CAPÍTULO 1

### Principios generales

#### **Artículo 1.** *Ámbito de aplicación*

La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

#### **Artículo 2.** *Principios básicos.*

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libre mente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.
5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.
6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.
7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

**Artículo 3. Las definiciones legales.**

A efectos de esta Ley se entiende por:

**Centro sanitario:** el conjunto organizado de profesionales, instalaciones y medios técnicos que realiza actividades y presta servicios para cuidar la salud de los pacientes y usuarios.

**Certificado médico:** la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de una persona en un determinado momento.

**Consentimiento informado:** la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

**Documentación clínica:** el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial.

**Historia clínica:** el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial.

**Información clínica:** todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla.

**Informe de alta médica:** el documento emitido por el médico responsable en un centro sanitario al finalizar cada proceso asistencial de un paciente, que especifica los datos de éste, un resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas.

**Intervención en el ámbito de la sanidad:** toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

**Libre elección:** la facultad del paciente o usuario de optar, libre y voluntariamente, entre dos o más alternativas asistenciales, entre varias facultativas o entre centros asistenciales, en los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes, en cada caso.

**Médico responsable:** el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

**Paciente:** la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud.

**Servicio sanitario:** la unidad asistencial con organización propia, dotada de los recursos técnicos y del personal cualificado para llevar a cabo actividades sanitarias.

**Usuario:** la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria.

## CAPÍTULO II

### El derecho de información sanitaria

#### **Artículo 4.** *Derecho a la información asistencial*

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

#### **Artículo 5.** *Titular del derecho a la información asistencial.*

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.
3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

#### **Artículo 6.** *Derecho a la información epidemiológica.*

Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley.

### CAPÍTULO III

#### Derecho a la intimidad

**Artículo 7.** *El derecho a la intimidad.*

1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.
2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

### CAPÍTULO IV

#### El respeto de la autonomía del paciente

**Artículo 8.** *Consentimiento informado.*

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el [artículo 4](#), haya valorado las opciones propias del caso.
2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.
3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.
5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

**Artículo 9.** *Límites del consentimiento informado y con sentimiento por representación.*

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.
2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:



a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible con seguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

**Artículo 10.** *Condiciones de la información y consentimiento por escrito.*

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones.

**Artículo 11.** *Instrucciones previas.*

1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

**Artículo 12.** *Información en el Sistema Nacional de Salud.*

1. Además de los derechos reconocidos en los artículos anteriores, los pacientes y los usuarios del Sistema

Nacional de Salud tendrán derecho a recibir información sobre los servicios y unidades asistenciales disponibles, su calidad y los requisitos de acceso a ellos.

2. Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones.

3. Cada servicio de salud regulará los procedimientos y los sistemas para garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones de este artículo.

**Artículo 13.** *Derecho a la información para la elección de médico y de centro.*

Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes.

## CAPÍTULO V

### La historia clínica

#### **Artículo 14.** *Definición y archivo de la historia clínica.*

1. La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro.
2. Cada centro archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audio visual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.
3. Las Administraciones sanitarias establecerán los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados en ella, así como la posibilidad de su reproducción futura.
4. Las Comunidades Autónomas aprobarán las disposiciones necesarias para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental.

#### **Artículo 15.** *Contenido de la historia clínica de cada paciente.*

1. La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada.
  2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente
2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso cuando dudoso sea el resultado de una necesario resulta el previo consentimiento del paciente
    - a) La documentación relativa a la hoja clínico- estadística.
    - b) La autorización de ingreso.
    - c) El informe de urgencia.
    - d) La amnesia y la exploración física.
    - e) La evolución.
    - f) Las órdenes médicas.
    - g) La hoja de interconsulta.
    - h) Los informes de exploraciones complementarias.
    - i) El consentimiento informado.
    - j) El informe de anestesia.
    - k) El informe de quirófano o de registro del parto.
    - l) El informe de anatomía patológica.
    - m) La evolución y planificación de cuidados de enfermería.
    - n) La aplicación terapéutica de enfermería.

- ñ) El gráfico de constantes.
- o) El informe clínico de alta.

Los párrafos b), c), i), j), k), l), ñ) y o) sólo serán exigibles en la cumplimentación de la historia clínica cuando se trate de procesos de hospitalización o así se disponga.

3. La cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella.

4. La historia clínica se llevará con criterios de unidad y de integración, en cada institución asistencial como mínimo, para facilitar el mejor y más oportuno conocimiento por los facultativos de los datos de un determinado paciente en cada proceso asistencial.

#### **Artículo 16.** *Usos de la historia clínica*

1. La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia.

2. Cada centro establecerá los métodos que posibiliten en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten.

3. El acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia, se rige por lo dispuesto en la [Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal](#), y en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y demás normas de aplicación en cada caso. El acceso a la historia clínica con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que como regla general quede asegurado el anonimato, salvo que el propio paciente haya dado su consentimiento para no separarlos. Se exceptúan los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. El acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso.

4. El personal de administración y gestión de los centros sanitarios sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.

5. El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tiene acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

6. El personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto.

7. Las Comunidades Autónomas regularán el procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso.

#### **Artículo 17.** *La conservación de la documentación clínica.*

1. Los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aun que no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial.
2. La documentación clínica también se conservará a efectos judiciales de conformidad con la legislación vigente. Se conservará, asimismo, cuando existan razones epidemiológicas, de investigación o de organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Su tratamiento se hará de forma que se evite en lo posible la identificación de las personas afectadas.
3. Los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de los pacientes.
4. La gestión de la historia clínica por los centros con pacientes hospitalizados, o por los que atiendan a un número suficiente de pacientes bajo cualquier otra modalidad asistencial, según el criterio de los servicios de salud, se realizará a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario.
5. Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen.
- 6: Son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contienen datos de carácter personal y, en general, por la [Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal](#).

**Artículo 18.** *Derechos de acceso a la historia clínica.*

1. El paciente tiene el derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos.
2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada.
3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

**Artículo 19.** *Derechos relacionados con la custodia de la historia clínica.*

El paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el [artículo 16](#) de la presente Ley.

## CAPÍTULO VI

### Informe de alta y otra documentación clínica

**Artículo 20.** *Informe de alta*

Todo paciente, familiar o persona vinculada a él, en su caso, tendrá el derecho a recibir del centro o servicio sanitario, una vez finalizado el proceso asistencial, un informe de alta con los contenidos mínimos que determina el [artículo 3](#). Las características, requisitos y condiciones de los informes de alta se determinarán reglamentariamente por las Administraciones sanitarias autonómicas.

**Artículo 21.** *El alta del paciente.*

1. En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

**Artículo 22.** *Emisión de certificados médicos.*

Todo paciente o usuario tiene derecho a que se le faciliten los certificados acreditativos de su estado de salud. Estos serán gratuitos cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

**Artículo 23.** *Obligaciones profesionales de información técnica, estadística y administrativa.*

Los profesionales sanitarios, además de las obligaciones señaladas en materia de información clínica, tienen el deber de cumplimentar los protocolos, registros, informes, estadísticas y demás documentación asistencial o administrativa, que guarden relación con los procesos clínicos en los que intervienen, y los que requieran los centros o servicios de salud competentes y las autoridades sanitarias, comprendidos los relacionados con la investigación médica y la información epidemiológica.

**Disposición adicional primera.** *Carácter de legislación básica.*

Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1. y 16.a de la [Constitución](#).

El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley.

**Disposición adicional segunda.** *Aplicación supletoria*

Las normas de esta Ley relativas a la información asistencial, la información para el ejercicio de la libertad de elección de médico y de centro, el consentimiento informado del paciente y la documentación clínica, serán de aplicación supletoria en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial.

**Disposición adicional tercera.** *Coordinación de las historias clínicas.*

El Ministerio de Sanidad y Consumo, en coordinación y con la colaboración de las Comunidades Autónomas competentes en la materia, promoverá, con la participación de todos los interesados, la implantación de un sistema de compatibilidad que, atendida la evolución y disponibilidad de los recursos técnicos, y la diversidad de sistemas y tipos de historias clínicas, posibilite su uso por los centros asistenciales de España que atiendan a un mismo paciente, en evitación de que los atendidos en diversos centros se sometan a exploraciones y procedimientos de innecesaria repetición.

**Disposición adicional cuarta.** *Necesidades asociadas a la discapacidad.*

El Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley.

**Disposición adicional quinta.** *Información y documentación sobre medicamentos y productos sanitarios.*

La información, la documentación y la publicidad relativas a los medicamentos y productos sanitarios, así como el régimen de las recetas y de las órdenes de prescripción correspondientes, se regularán por su normativa específica, sin perjuicio de la aplicación de las reglas establecidas en esta Ley en cuanto a la prescripción y uso de medicamentos o productos sanitarios durante los procesos asistenciales.

**Disposición adicional sexta.** *Régimen sancionador.*

Las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en el capítulo VI del Título 1 de la Ley 14/1 986, General de Sanidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedentes en derecho.

**Disposición transitoria única.** *Informe de alta*

El informe de alta se regirá por lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad, de 6 de septiembre de 1984, mientras no se desarrolle legalmente lo dispuesto en el artículo 20 de esta Ley.

**Disposición derogatoria única.** *Derogación general y de preceptos concretos.*

Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley y, concretamente, los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10, el apartado 4 del artículo 11 y el artículo 61 de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

**Disposición final única.** *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor en el plazo de seis meses a partir del día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»,.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 14 de noviembre de 2002.

El Presidente del Gobierno,  
JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ

JUAN CARLOS R



## **ANEXO V**

### **Modelos de Formularios de Consentimiento Informado**

- **Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo: TRATAMIENTO QUIRÚRGICO DE LA HERNIA (Anverso)**
  
- **Servicio de Oftalmología: VITRECTOMIA (Anverso)**
  
- **Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología: OSTEOSINTESIS DE UNA FRACTURA (Anverso)**
  
- **Servicio de Urología: RESECCIÓN TRANSURETRAL DE PRÓSTATA (Anverso)**
  
- **Reverso único para todos los documentos**



JUNTA DE EXTREMADURA  
Consejería de Sanidad y Dependencia

Servicio  
de Cirugía General y  
del Aparato  
Digestivo

Nombre: .....	Fecha nacimiento: .....
Apellidos: .....	
Nº H: .....	DNI: .....
Dirección: .....	
Localidad: .....	Teléfono: .....

### Consentimiento informado

## TRATAMIENTO QUIRÚRGICO DE LA HERNIA

Nombre y apellidos del médico responsable: *Dr/a* .....

Nombre y apellidos del familiar o representante: .....

He informado al paciente o a su representante que para un completo diagnóstico y tratamiento de su enfermedad, resulta necesaria la realización de esta intervención y le he explicado lo siguiente:

#### Objetivo:

Mediante este procedimiento se pretende reparar el defecto de la pared abdominal evitando el aumento de la hernia, las molestias que ella le produce y la estrangulación de la misma que obligaría a una cirugía urgente.

#### Descripción:

Se me va a reparar la hernia que es un defecto de la pared abdominal, por donde en algunos casos se desliza alguna viscera u órgano. La operación consiste en recolocar el contenido de la hernia y reparar el defecto. El médico me ha advertido que, a veces, para una reparación segura hay que colocar un material protésico. También sé que cabe la posibilidad que durante la cirugía haya que realizar modificaciones del procedimiento por los hallazgos intraoperatorios para proporcionarme el tratamiento más adecuado.

Se me ha advertido que el procedimiento requiere la administración de anestesia y que es posible que durante o después de la intervención sea necesaria la utilización de sangre y/o hemoderivados, de cuyos riesgos me informarán los servicios de anestesia y de hematología.

Se me ha indicado que para la realización de esta técnica puede ser necesaria una preparación previa, en ocasiones con peculiaridades (aunque puede ser posible su realización sin una preparación completa).

También se me ha indicado la necesidad de advertir de mis posibles alergias medicamentosas, alteraciones de la coagulación, enfermedades cardiopulmonares, existencia de prótesis, marcapasos, medicaciones actuales o cualquier otra circunstancia.

#### Riesgos Típicos:

Comprendo que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos del procedimiento; poco graves y frecuentes: Infección o sangrado de la herida quirúrgica. Flebitis. Retención aguda de orina. Hematoma. Dolor prolongado en la zona de la operación, o poco frecuentes y graves: Dolor postoperatorio prolongado por afectación nerviosa. Rechazo de malla. En hernias inguinales: inflamación y atrofia testicular. Reproducción de la hernia. Lesión vascular. El médico me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se resuelven con tratamiento médico (medicamentos, sueros, etc.) pero pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, incluyendo un riesgo mínimo de mortalidad.

#### Riesgos Personales:

El Paciente expuesto a esta intervención, sobre la base de sus circunstancias y antecedentes personales que se conozcan:  **NO** presenta riesgos sobreañadidos en la realización de la misma.  **SI** presenta riesgos sobreañadidos, consistiendo estos en: .....

**Alternativas posibles a esta Intervención son:** No existe ningún otro método para realizar el tratamiento quirúrgico de la hernia. Aunque sería posible usar un braguero o faja de por vida, pero no es seguro que con ello se eviten las complicaciones.

Si en el momento de la intervención surgiera algún imprevisto o complicación el equipo médico decidirá y efectuará los actos médicos-quirúrgicos pertinentes e indispensables para proceder sobre los mismos.

CI-CGD27

Consentimiento Informado



Servicio de Oftalmología

Nombre: .....	Fecha nacimiento: .....
Apellidos: .....	
Nº Hª: .....	DNI: .....
Dirección: .....	
Localidad: .....	Teléfono: .....

**Consentimiento informado**

**VITRECTOMIA**

Nombre y apellidos del médico responsable: Dr/a .....

Nombre y apellidos del familiar o representante: .....

He informado al paciente o a su representante que para un completo diagnóstico y tratamiento de su enfermedad, resulta necesaria la realización de esta intervención y le he explicado lo siguiente:

**Objetivo y Descripción:**

El globo ocular podría compararse con una habitación llena de líquido transparente, en el cual la coroides y la retina se corresponderían con las diferentes capas de pintura de las paredes, y el vítreo sería el líquido que rellena toda la habitación. La vitrectomía es una intervención que consiste en introducir en el ojo unos instrumentos sofisticados muy pequeños para eliminar todo el vítreo y sustituirlo por líquido, aire, gas u otras sustancias. La finalidad de todas ellas es mantener la retina en su posición, ya sea de forma temporal, mientras se produce la cicatrización, o definitivamente en casos más complicados. Además se pueden realizar diferentes maniobras desde dentro de ojo para el tratamiento de distintas enfermedades.

Se puede realizar una vitrectomía en diferentes enfermedades:

- Desprendimientos de retina complicados: redespndimiento, desgarros gigantes, vítreo-retinopatía proliferante, desprendimientos complicados en diabéticos.
- En hemorragias vítreas de diabéticos, trombosis y otros.
- En enfermedades de la mácula: agujeros maculares, membranas debajo o encima de la mácula.
- En infecciones graves del ojo (endofalmitis).

Después de la cirugía el ojo estará inflamado después de la intervención, ya que se trata de una cirugía muy traumática. Si la respuesta del ojo es buena, irá recobrándose la visión progresivamente en el curso de los siguientes 6 a 12 meses, aunque esto dependerá de la propia enfermedad.

El resultado del tratamiento no será percibido por el paciente como una mejoría espectacular, pero algunos signos indirectos como una mejor percepción de la luz ayudarán a valorar el resultado de la operación.

En algunos casos, al finalizar la intervención, se deja el ojo lleno de aire, gas o aceite de silicona. Esto obligará al paciente a guardar una determinada posición, frecuentemente boca abajo, incluso durante el sueño, los días siguientes a la cirugía, a veces hasta un mes, para que ésta tenga éxito.

El gas puede permanecer dentro del ojo hasta más de un mes. Durante todo este tiempo hay que guardar la posición de la cabeza que el médico indique y no es posible la visión.

Si se ha dejado aceite de silicona, éste no se elimina sólo y en algunos casos se deberá realizar una segunda intervención para extraerlo. En determinadas situaciones deberá mantenerse indefinidamente.

**Riesgos Típicos:**

- 1) Todas las derivadas de la anestesia general.
- 2) Complicaciones comunes a toda cirugía: infección grave, hemorragias, dehiscencias de sutura...

Estas intervenciones son largas y complicadas. Las enfermedades que requieren este tratamiento son muy graves. Por ello los fracasos son más frecuentes que con otras técnicas de cirugía ocular y puede producirse:

- Cierta dolor en el postoperatorio. Suele ser leve, pero en algunos casos es intenso.
- En algunos casos una sola intervención puede no ser suficiente para lograr la curación y es necesario operar incluso varias veces para intentar conseguirla. El pronóstico empeora cuantas más intervenciones sean necesarias para controlar la enfermedad.
- Puede producirse la pérdida total de visión en algunos casos.
- En algunos casos y sobre todo tras más de una intervención, o en cirugía muy complicada, el ojo puede sufrir una inflamación intensa acompañada de fuertes dolores, la cual puede llegar a atrofiar el ojo.
- Son raros los casos en que se produce una infección del contenido ocular, pero ésta es muy grave, pudiendo conducir a la pérdida de visión e incluso del ojo.

Si Usted es alérgico, tiene problemas de coagulación de la sangre o alguna otra enfermedad importante debe comunicarlo antes de la intervención.

**Riesgos Personales:**

El Paciente expuesto a esta intervención, sobre la base de sus circunstancias y antecedentes personales que se conozcan:  NO presenta riesgos sobreañadidos en la realización de la misma.  SI presenta riesgos sobreañadidos, consistiendo estos en:

Alternativas posibles a esta Intervención son: .....

Si en el momento de la intervención surgiera algún imprevisto o complicación el equipo médico decidirá y efectuará los actos médicos-quirúrgicos pertinentes e indispensables para proceder sobre los mismos.



Hospital San Pedro de Alcántara  
Complejo Hospitalario  
de Cáceres

JUNTA DE EXTREMADURA  
Consejería de Sanidad y Dependencia

Servicio  
de Cirugía  
Ortopédica y  
Traumatología

Nombre: .....	Fecha nacimiento: .....
Apellidos: .....	
Nº Hª: .....	DNI: .....
Dirección: .....	
Localidad: .....	Teléfono: .....

### Consentimiento informado

## OSTEOSINTESIS DE UNA FRACTURA

Nombre y apellidos del médico responsable: Dña. ....

Nombre y apellidos del familiar o representante: .....

He informado al paciente o a su representante que para un completo diagnóstico y tratamiento de su enfermedad, resulta necesaria la realización de esta intervención y le he explicado lo siguiente:

### Objetivo:

Reparar las lesiones producidas por el traumatismo en la fractura de .....

### Descripción:

Colocación de dispositivos de sujeción de la fractura que suelen ser mecánicos, como tornillos, agujas, clavos, placas, fijadores externos etc.

El médico me ha explicado que el procedimiento requiere la administración de anestesia y que es posible que durante o después de la intervención sea necesaria la utilización de sangre y/o hemoderivados, de cuyos riesgos me informarán los servicios de anestesia y hematología.

También me ha explicado la necesidad de advertir de mis posibles alergias medicamentosas, alteraciones de la coagulación, enfermedades cardiopulmonares, existencia de prótesis, marcapasos, medicaciones actuales o cualquier otra circunstancia.

### Molestias y consecuencias:

Generalmente se colocará algún tipo de inmovilización como vendaje o escayola durante un tiempo. Posteriormente se precisará la realización de ejercicios para buscar la normal movilidad de la zona lesionada.

### Riesgos Típicos:

Infección de la herida o del hueso, rotura del hueso que se manipula, lesión vascular o nerviosa, síndrome compartimental, trombosis venosa superficial o profunda, embolismo pulmonar o graso, falta de consolidación, acortamiento del miembro o mal rotación del mismo, consolidación en mala posición, pérdida de movilidad de las articulaciones próximas, aflojamiento o ruptura del material implantado y el resto de complicaciones descritas en la literatura.

### Riesgos Personales:

El Paciente expuesto a esta intervención, sobre la base de sus circunstancias y antecedentes personales que se conozcan:  **NO** presenta riesgos sobreañadidos en la realización de la misma.  **SI** presenta riesgos sobreañadidos, consistiendo estos en: .....

**Alternativas posibles a esta Intervención son:** No existe otra alternativa más eficaz, ya que los marcadores prostáticos y las exploraciones radiológicas y ecográficas son complementarios.

Si en el momento de la intervención surgiera algún imprevisto o complicación el equipo médico decidirá y efectuará los actos médicos-quirúrgicos pertinentes e indispensables para proceder sobre los mismos.

CI-TRA01

Consentimiento Informado



Este Centro está acreditado para impartir programas de formación docente de especialidades médicas. En ocasiones será preciso recoger imágenes en fotografías y videos, para soporte documental a efectos asistenciales, investigación, formación continuada y docencia, garantizándose en todo momento la confidencialidad del paciente.

Si tiene alguna duda o desea mayor información le rogamos que nos lo haga saber.

<b>ACEPTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO</b>		
<p>He recibido información clara, suficiente y satisfactoria sobre la intervención y sus riesgos, así como de las posibles alternativas diferentes al mismo, comprendiendo tanto las ventajas y desventajas de esta intervención como las de las alternativas que me han sido expuestas y me han sido aclaradas todas las dudas que he planteado. En cualquier caso deseo que se respeten las siguientes condiciones: _____</p>		
<p>Firmo el presente <b>Consentimiento Informado</b> para someterme a la realización de esta intervención. Libremente en cualquier momento y sin necesidad de dar ninguna explicación, puedo revocar este Consentimiento Informado.</p>		
<p>Cáceres a ____ de _____ de _____</p>		
<b>Fdo. El/La Paciente</b>	<b>Fdo. El/La Médico</b>	<b>Fdo. El/La Representante</b>

<b>RENUNCIA AL DERECHO DE INFORMACIÓN</b>
<p>Manifiesto que, por razones personales, <b>renuncio</b> al derecho de información que me corresponde como paciente y expreso mi deseo de <b>no recibir información</b>, en el momento actual, sobre el proceso de mi enfermedad sin que ello implique que no pueda dar mi consentimiento para someterme a la realización de esta intervención, tal como he prestado y firmado en el apartado anterior.</p>
<p>Cáceres a ____ de _____ de _____</p>
<b>Fdo. El/La Paciente</b>

<b>NO ACEPTACIÓN (REVOCACIÓN) DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO</b>		
<p>He sido informado de que puedo revocar este consentimiento previamente a la realización de la intervención, por lo que manifiesto que <b>NO</b> doy mi Consentimiento para someterme a la realización de la misma, dejando sin efecto mi Consentimiento anterior. Deseo hacer las siguientes observaciones: _____</p>		
<p>Cáceres a ____ de _____ de _____</p>		
<b>Fdo. El/La Paciente</b>	<b>Fdo. El/La Médico</b>	<b>Fdo. El/La Representante</b>

**Consentimiento Informado**

